



PODER JUDICIAL MENDOZA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
FUERO PENAL COLEGIADO

COMPENDIO 2022

RECOPIACIÓN DE FALLOS Y PRECEDENTES

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE MENDOZA

Dra. Marina Martín

Jueza Juzgado Penal Colegiado N° 1 - Primera Circunscripción Judicial

PRESENTACIÓN.

Este compendio tiene su génesis en la necesidad de conocer los fallos y precedentes destacados de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza. Nace con la auténtica y genuina vocación, de hacer sus decisiones más cercanas y asequibles a la ciudadanía, profesionales del fuero y operadores jurídicos. Espera ser una herramienta que ponga la inteligencia de las resoluciones del Tribunal Provincial a disposición de la comunidad, como un corpus de lectura que facilite su estudio y profundización.

La obra está organizada en **núcleos temáticos**, sirviendo como aspecto distintivo el bien jurídico protegido, dividiéndose en capítulos, siguiendo el orden de los títulos del libro II del Código Penal Argentino. A la postre, se realiza una remisión a supuestos relevantes previstos por la norma adjetiva, bajo los parámetros jurídicos del Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza.

En cada capítulo, los precedentes se suceden en orden cronológico, de enero a diciembre de 2022.

Cada fallo contiene un **cuadro** donde se consignan con [abreviaturas](#) sencillas, aspectos normativos centrales de la parte general del Código Sustantivo (pena, imputabilidad, tentativa, participación, reincidencia, concurso, unificación, acción, etc), poniendo en destaque además bajo la sigla VG, aquellos hechos examinados, atravesados desde una perspectiva de género (Ley 26485. Belem Do Para, CEDAW).

A continuación, se consigna la dirección **Web** para acceder al fallo completo publicado.

Bajo el acápite **lex**, se detalla el abrazo legal del caso.

En el acápite **vox**, son individualizadas voces o palabras claves del texto bajo estudio.

En el apartado **summa**, rola un breve resumen del fallo, detallando jurisprudencia (provincial, nacional e internacional) y doctrina, citadas en la resolución, o relacionadas con la materia examinada.

Se consigna el Tribunal que realizada el pronunciamiento (**SCJM**), su composición y orden de votación, expresando en su caso, disidencias, adherencias, votos ampliatorios o plenarios.

Ofrece un índice [temático](#) de los fallos transcritos, y con posterioridad ofrece una búsqueda alfabética.

Finalmente, luce agregado un apéndice normativo.

Estos distintos segmentos de análisis buscan dar sendero a la finalidad perseguida por la obra, en un todo afín al espíritu de la **Ley 9070**, poniendo así, los fundamentos de las decisiones del Poder Judicial, a disposición de la sociedad a la cual servimos.

Marina Martín
Mendoza, abril de 2023

ÍNDICE TEMÁTICO

PRESENTACIÓN	2
ÍNDICE TEMÁTICO	3
ORDEN ALFABÉTICO.....	51
ABREVIATURAS y SIGLAS UTILIZADAS.....	61
CAPÍTULO I. DELITOS CONTRA LAS PERSONAS. Delitos contra la vida. Homicidios.	64
1- CABALLERO DELGADO y ot. 18-03-22.	64
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=766	64
Lex: Art. 79, 164 y 55 del CP. Arts. 400 y 416 inc. 4 CPP. Art. 38 (b) Ley 9106.....	64
Vox: Homicidio. Dolo eventual. Robo simple. Concurso real. Nulidad, por falta de fundamentación de la pena. Audiencia de cesura.	64
Summa:	64
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro (Licencia).	64
Fallo	65
1.- Sentencia recurrida.....	65
2.- Recurso de casación.....	66
3.- Dictamen del señor Procurador General	69
4.- La solución del caso	70
SENTENCIA:	81
2- COTELA PINI. 22-03-22	82
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=761	82
Lex: Art. 79, 41 Bis, 35 en función del 34, inc. 7, 12, y 29 inc. 3 del CP. Art. 414 CPP. Art. 475 CPP. .82	
Vox: Homicidio agravado. Arma de fuego. Exceso en la legítima defensa. Absolución de coimputado. Legitimación del querellante particular. Impugnabilidad objetiva. Impugnabilidad subjetiva.....	82
Summa:	82
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Llorente	82
Fallo	83
I.- La sentencia recurrida.....	83
II.- Los recursos de casación.....	83
III.- Dictamen del señor Procurador General	84
IV.- La solución del caso	85
SENTENCIA	90
3- JOFRE, SILVA y ots. 23-03-22	91
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=772	91
Lex: Art. 80 inc. 4 y 6 del CP. art. 47 de la ley 9.106. Art. 403 del CPP	91
Vox: Homicidio agravado. Arma de fuego. Exclusión probatoria. Intervenciones telefónicas. Carencia de exigencias legales de impugnabilidad objetiva	91
Summa:	91
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo. (Disidencia).....	91
Fallo	92
1.- Resolución recurrida	92

2.- Recurso de casación.....	93
3.- Dictamen del señor Procurador General.....	95
4.- La solución del caso	95
SENTENCIA:	102
4- ORTUBIA ZABALETA. 29-03-22.	103
Web: http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=760	103
Lex: Art. 84, 2° párrafo del CP. Ley 25189. Arts. 48 inc. b, 52 y 57 inc. d de la Ley de Tránsito.	103
Vox: Homicidio culposo. Conducción antirreglamentaria. Aumento de riesgo permitido. Desacreditada autopuesta en peligro de la víctima.	103
Summa:	103
SCJM. Dres.: Valerio . Adaro. Palermo.	103
Fallo	104
1.- La resolución recurrida	104
2.- El recurso de casación.....	105
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	106
4.- La solución del caso	107
SENTENCIA:	111
5- ZUÑIGA NAVARRO. 29-03-22. (JJ)	112
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=803	112
Lex: Art. 80 inc. 2 y 41 bis del CP. Arts. 155, 411 incs. 1 y 2, 198 incs. 2 y 3, 416 inc. 4 del CPP. art. 8.2.h y con el art. 14.5 del PIDCP. Ley 9106.....	112
Vox: Homicidio agravado. Alevosía. Arma de fuego. Juicio por Jurados. Técnica del examen y contraexamen de los testigos y de litigación de las instrucciones finales. Revisión integral. Motivación. Expresión de fundamentos. Regla de la deferencia. Doble conforme. Plenario	112
Summa:	112
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio. Garay. Gómez. Llorente. Dra. Day. Plenario	113
Fallo	114
1.- Sentencia recurrida.....	114
2.- Recurso de casación.....	114
3.- Dictamen del señor Procurador General	116
4.- La solución del caso	116
SENTENCIA:	126
6- SARMIENTO VARGAS. 07-04-22.	127
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=811	127
Lex: Art. 79, 41 bis del CP.....	127
Vox: Homicidio simple. Arma de fuego. Reedición de planteos.....	127
Summa:	127
SCJM. Dres.: Adaro . Valerio. Palermo.	127
Fallo:	128
1.- Sentencia recurrida.....	128
2.- Recurso de casación.....	128
3.- Dictamen del señor Procurador General	130
4.- La solución del caso	130
SENTENCIA:	133
7- FARIAS TOLEDO y ots. 19-04-22. (JJ)	134

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=805	134
Lex: Art. 80 inc. 2 y 6 del CP.....	134
Vox: Homicidio agravado. Alevosía. Concurso premeditado de más de dos personas. Juicio por Jurados. Plenario	134
Summa:	134
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio. Garay. Gómez. Llorente. Dra. Day. Plenario	134
Fallo	135
1.- Sentencia recurrida.....	135
2.- Los recursos de la defensa.....	136
3.- Dictamen del señor Procurador General.....	140
4.- La solución del caso.....	141
SENTENCIA:.....	156
8- DI CESARE MELLI. 28-04-22.	158
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=814	158
Lex: Art. 80 inc. 11 del CP. Ley N° 26.791	158
Vox: VG. Homicidio agravado. Ciclo de violencia. Femicidio. Construcción de roles. Diferencia con el odio de género. Casación Horizontal . Reedición de planteos.....	158
Summa:	158
SCJM. Dres.: Day. Llorente. Garay.....	158
Fallo	159
1.- La sentencia recurrida.....	159
2.- El recurso de casación de la defensa de A. S. D. C. M.....	159
3.- Dictamen del señor Procurador General.....	164
4.- La intervención de la querellante particular en esta instancia.....	165
5.- La solución del caso.....	165
SENTENCIA:.....	177
9- GONZALEZ MUÑOZ. 03-05-22.	178
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=800	178
Lex: Art. 84 Bis, 26, 27 del CP.....	178
Vox: Homicidio culposo. Conducción antirreglamentaria.....	178
Summa:	178
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.....	178
Fallo	179
1.- La resolución recurrida.....	179
2.- El recurso de casación.....	180
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	181
4.- La solución del caso.....	182
SENTENCIA:.....	186
10- RIOS FERNANDEZ. 27-05-22	188
Web: http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=830	188
Lex: Art. 79, 41 Bis, 58 del CP.....	188
Vox: Homicidio agravado. Arma de fuego. Arma homicida no hallada. Unificación de pena.....	188
Summa:	188
SCJM. Dres.: Palermo. Day. Gómez.....	188
Fallo:	189

1.- Sentencia recurrida.....	189
2.- Recurso de casación.....	190
3.- Dictamen del señor Procurador General	192
4.- La solución del caso	192
SENTENCIA	198
11- VILDOZA SORIA. 15-06-22. (JJ)	199
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=856	199
Lex: Art. 80 inc. 7 y 166 inc. 2, 2° párrafo del CP. 165 CP. Art. 7 de la ley 4.969. Art. 458, primer párrafo del CPP. Art. 38 inc. “b”, 41 inc. c y d de la ley n° 9106.	199
Vox: Homicidio agravado. Criminis causa. Concurso real. Robo agravado. Uso de arma. Homicidio en ocasión de robo. Juicio por Jurados. Juicio de cesura. Nulidad. Efecto extensivo del recurso. Función revisora. Plus de legitimidad que rodea al veredicto del jurado popular. Audiencia de Voir dire. Autoría. Participación primaria. Plenario	199
Summa:	199
SCJM. Dres.: Garay, Adaro, Gómez, Palermo, Valerio, Llorente. Dra. Day (Disidencia).	200
Fallo	201
1.- Sentencia recurrida.....	201
2.- Los recursos de casación interpuestos	202
3.- Dictamen del señor Procurador General	208
4.- Audiencia de informe oral	209
5.- La solución del caso	209
SENTENCIA:	236
12- CATALDO ORTIZ. 29-07-22. (JJ)	237
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=868	237
Lex: Art. 80 inc. 7, 55, 166 inc. 2, 2° párrafo y 42 del CP. Arts. 18 y 75 inc. 22 de la CN, en función del art. 14 del PIDCP, art. 8 inc. 1 de la CADH, art. 25 de la Constitución de Mendoza y art. 1 del CPP. Art. 4 CPP. Art. 49 de la Ley 9106.	237
Vox: Homicidio agravado. Criminis causa. Concurso real. Robo agravado. Arma de fuego apta para el disparo. Tentativa. Juicio por Jurados. Prisión perpetua. In pauperis. Juez natural. Ámbito temporal. Doble conforme. Derecho de defensa. Calificación legal cuestionada.....	237
Summa:	237
SCJM. Dres.: Adaro . Palermo. Valerio (Licencia).	238
Fallo	239
1.- Sentencia recurrida.....	239
2.- Recurso de casación.....	239
3.- Dictamen del señor Procurador General	241
4.- La solución del caso	242
SENTENCIA:	250
13- HISA LEONARDO. 26-08-22. (JJ)	252
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=880	252
Lex: Art. 80 inc. 7, 55 del CP. art. 7 de la ley 4.969.....	252
Vox: VG. Homicidio agravado. Criminis causa. Femicidio. Participación. Instrucciones. Plenario. Juicio por Jurados. Pena de prisión perpetua.....	252
Summa:	252
SCJM. Dres.: Day . Llorente. Garay.	253
Fallo	254

1.- Sentencia recurrida.....	254
2. - Recursos de casación	256
3. - Dictamen del señor Procurador General	259
4.- Audiencia de informe oral	259
5.- La solución del caso	260
SENTENCIA:	312
14- HERRERA y ots. 22-09-22.....	314
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=889	314
Lex: Art. 79, 41 Bis, 55, 162, 41 quater y 42 del CP	314
Vox: Homicidio agravado. Arma de fuego. Concurso real. Hurto simple agravado. Participación de un menor. Unificación de pena.....	314
Summa:	314
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo (Licencia).	314
Fallo	315
1.- Sentencia recurrida.....	315
2.- Recurso de casación.....	315
3.- Dictamen del señor Procurador General	317
4.- La solución del caso	317
SENTENCIA:	320
15- SOSA. 13-10-22.....	321
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=924	321
Lex: Art. 84, 2° párrafo, 2, 12, 29 inc. 3 CP. Ley 25189. Art. 48 de la Ley 6082. Ley 4976.....	321
Vox: Homicidio culposo. Conducción antirreglamentaria. Víctimas fatales plurales. Condena efectiva. Los abogados deben tener una conducta ajustada a los principios de lealtad, probidad y buena fe. Compulsa al Colegio de Abogados.....	321
Summa:	321
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo	321
Fallo	322
1.- Sentencia recurrida.....	322
2.- Recurso de casación.....	322
3.- Dictamen del señor Procurador General	323
4.- La solución del caso	324
SENTENCIA:	330
16- MENDEZ CASTRO. 13-10-22. (JJ)	331
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=925	331
Lex: Art. 80 inc. 9 y 41 bis, 55, 104 del CP	331
Vox: Homicidio agravado. Arma de fuego. Calidad del sujeto activo. Concurso real. Juicio por Jurados. Plenario.	331
Summa:	331
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio. Garay. Gómez (Licencia). Llorente. Dra. Day. Plenario.	331
Fallo	332
1.- Sentencia recurrida.....	332
2.- Recurso de inconstitucionalidad y casación	333
3.- Dictamen del Procurador General	335
4.- La solución del caso	335

SENTENCIA:	343
17- RECOSTA ASTUDILLO. 18-10-22	344
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=924	344
Lex: Art. 79, 41 bis, 55, 42 del CP.....	344
Vox: Homicidio. Arma de fuego. Concurso real. Tentativa. Reedición de planteos.	344
Summa:	344
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo	344
Fallo	345
1.- La resolución recurrida	345
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	346
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	346
4.- La solución del caso	347
SENTENCIA:	351
18- ZANNI GIAMPORTONE. 08-11-22.	352
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=926	352
Lex: Art. 84 Bis del CP. art. 47 de la ley de Tránsito N° 9024.....	352
Vox: Homicidio culposo. Conducción antirreglamentaria. Riesgo permitido. Cumplimiento de normas de tránsito. Querellante particular.	352
Summa:	352
SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio.	352
Fallo	353
1.- La resolución recurrida	353
2.- El recurso de casación interpuesto por el representante del querellante particular	353
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	354
4.- La solución del caso	354
SENTENCIA:	358
19- GARCIA RIVERA. 01-12-22. (JJ)	359
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=961	359
Lex: Art. 46, 80 inc. 7 y 8, 41 bis, 54, 166 inc. 2 segundo párrafo en función con ella art. 167 inc. 2° y art. 42 del CP. Art. 41, inc. d, ley 9106	359
Vox: Homicidio agravado. Criminis causa. Sujeto pasivo: personal policial (fuerza de seguridad). Uso de arma de fuego. Concurso ideal. Robo agravado por el uso de arma de fuego, en poblado y en banda en grado de tentativa. Partícipe secundario. Juicio por Jurado. Audiencia de selección. Audiencia de Voir dire . Examen y contraexamen de testigos. Motivación. Instrucciones.	359
Summa:	359
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo (Licencia). Valerio (Ampliatorio)	360
Fallo	361
1.- Sentencia recurrida.....	361
2.- Recurso de casación.....	362
3.- Dictamen del Procurador General	363
4- La solución del caso	363
SENTENCIA:	369
20- HEREDIA VELEZ. 01-12-22	370
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=968	370
Lex: Art. 79 del CP.	370

Vox: Homicidio simple. Exceso de legítima defensa.....	370
Summa:	370
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo (Licencia).	370
Fallo	371
1.- La resolución recurrida	371
2.- Recurso de casación interpuesto por la defensa	371
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	373
4.- La solución del caso	373
SENTENCIA:	376
21- AUCACHI CISNEROS. 01-12-22.	377
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=972	377
Lex: Art. 23 y 79 del CP. Art. 9 de la ley provincial 6.816. Ley 25.815 (01-12-03). Art. 475 del CPP	377
Vox: Homicidio. Dolo eventual. Homicidio culposo. Decomiso. Restitución vehicular. Instrumento del delito. Expresión: «cosas que hayan servido para cometer el hecho». Impugnabilidad objetiva.	377
Summa:	377
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo (Licencia).	377
Fallo	378
1.- La resolución recurrida	378
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	378
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	379
4.- La solución del caso	379
SENTENCIA:	384
22- PONCE RUBIO. 02-12-22. (JJ)	386
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=954	386
Lex: Art. 80 inc. 7, 55 y 166, inc. 2, párrafo segundo del CP. Art. 24, 27, 28, 37, 39 y 41 de la ley 9.106	386
Vox: Homicidio agravado. Criminis causa. Concurso real. Robo agravado. Arma de fuego. Pretendida inconstitucionalidad de artículos de la Ley 9106. Juicio por Jurados. Plenario	386
Summa:	386
SCJM. Dres. Valerio, Garay Cueli, Gómez, Llorente, Palermo (Licencia), Adaro (Licencia) y Dra. Day. Pleno.	386
Fallo	387
1.- Sentencia recurrida.....	387
2.- Recurso de inconstitucionalidad y casación de la defensa de Matías Ponce Rubio.....	388
3.- Dictamen del Procurador General	391
4.- Audiencia de informe oral	392
5.- La solución del caso	392
SENTENCIA:	402
23- TALAGUIRRE CASTILLA. 22-12-22	403
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=959	403
Lex: Art. 79, 42, 205 y 55 CP. Art. 35, 43 CP.	403
Vox: Homicidio simple. Tentativa. Concepto de dolo -conocimiento de la realización del tipo objetivo-. Legítima defensa. Exceso. Desistimiento voluntario. Tentativa acabada.	403
Summa:	403
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro.	403

Fallo	404
1.- La sentencia recurrida.....	404
2.- El recurso de casación de la defensa de Lucas Emiliano Talaguirre Castillo.....	406
3.- Dictamen del señor Procurador General	407
4.- La solución del caso	408
SENTENCIA:	414
24- CACCIA BARRIONUEVO. 26-12-22.	415
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=956	415
Lex: Art. 84 -84 Bis; 79, 54, 90 y 20 bis del CP.	415
Vox: Homicidio culposo . Conducción antirreglamentaria. Homicidio simple con dolo eventual (dos hechos) y lesiones graves con dolo eventual, todo en concurso ideal.....	415
Summa:	415
SCJM. Dres.: Palermo . Valerio. Adaro.	415
Fallo	416
I.- La sentencia recurrida.....	416
II.- El recurso de casación.....	417
III.- Dictamen del señor Procurador General	417
IV.- La solución del caso	417
SENTENCIA:	425
25- MIRANDA GREGORIO. 28-12-22.	426
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=941	426
Lex: Art. 79 del CP. Arts. 36, 42 inc. b, 43 incs. a y b, 45 primer párrafo, 52 inc. 1, 7 y 10 de la Ley de Tránsito 9024. Art. 353 inc. 1 del CPP. Art. 271 CPP.....	426
Vox: Homicidio. Dolo eventual. Homicidio culposo. Sobreseimiento. Querellante particular.	426
Summa:	426
SCJM. Dres.: Palermo . Valerio. Adaro.	426
Fallo	427
1.- La sentencia recurrida.....	427
2.- Los recursos de casación del Ministerio Público Fiscal y del querellante particular	427
3.- Dictamen del Señor Procurador General.....	428
4.- La solución del caso	428
SENTENCIA:	440
CAPÍTULO II. DELITOS CONTRA LAS PERSONAS. Lesiones	442
1- TUR MOYA. 03-02-22.	442
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=780	442
Lex: Arts. 92 en función del 89 y 80 incs. 1 y 11, 54 del CP. Art. 26 CP.Art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza. Convención Belem Do Pará. Art. 2, inc. a, b, c y e; art. 4 inc. "f", 16 y 31 de la Ley 26.485. Art. 206 CPP. Ley 27.499 «Ley Micaela». Acordada n° 29.318.	442
Vox: VG. Lesiones leves dolosas calificadas por la relación de pareja preexistente y por mediar violencia de género. Concurso ideal. Vulnerabilidad por género y enfermedad. Testimonio de la víctima. Rechazo de condena de ejecución condicional. Condena de cumplimiento efectivo.	442
Summa:	442
SCJM. Dres.: Valerio . Adaro. Palermo	443
Fallo	444
1.- Sentencia recurrida.....	444

2.- Recurso de casación.....	445
3.- Dictamen del señor Procurador General.....	445
4.- La solución del caso.	445
SENTENCIA:	451
2- DE JESUS. 07-03-22.	452
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=759	452
Lex: Arts. 94 Bis, 26 del CP. Arts. 392 y 413 del CPP. Art. 8.2 de la CADH.....	452
Vox: Lesiones graves culposas agravadas. Conducción antirreglamentaria. Inhabilitación. Principio de congruencia. Hecho diverso. Iura novit curia. Principio de la unidad de la prueba.	452
Summa:	452
SCJM. Dres.: Valerio. Llorente. Adaro.	453
Fallo	454
1.- La resolución recurrida	454
2.- El recurso de casación.....	455
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	456
4.- La solución del caso	457
SENTENCIA:	463
3- TELLO SANCHEZ. 21-04-22.	464
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=819	464
Lex: Art. 92 en función con el art. 89 y 80 inc. 1° y 11 del CP. Decreto 734/20.	464
Vox: VG. Lesiones leves dolosas doblemente calificadas por mediar una relación de pareja y por mediar violencia de género. Violencia física, psicológica y económica. EPI ALTO. Retracción. Ciclo de la violencia. Testimonio de la víctima.	464
Summa:	464
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo . Valerio.	465
Fallo	466
1.- Sentencia recurrida.....	466
2.- Recurso de casación.....	466
3.- Dictamen del Procurador General	467
4.- La solución del caso	467
SENTENCIA:	472
4- BAINA MADRIL. 16-05-22.	473
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=839	473
Lex: Art. 92 en función con el art. 80 inc. 1 y 11, art. 183 primer párrafo, art. 149 bis primer párrafo primer supuesto, art. 141 y art. 55 del CP. Art. 416, incs. 3 y 4 del CPP. Art. 198 inc. 3 CPP. Art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza. Convención Belem Do Pará. Art. 2, inc. a, b, c y e; art. 4 inc. "f", 16 y 31 de la Ley 26.485. Art. 206 y 409 CPP. Ley 27.499 «Ley Micaela». Acordada n° 29.318.	473
Vox: VG. Lesiones leves dolosas agravadas por la relación de pareja y por mediar violencia de género, daño simple, amenazas simples y privación ilegal de la libertad. Retracción. El informe de EPI. Pericia. Informe técnico. Nulidad.....	473
Summa:	473
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	475
Fallo	476
1.- Sentencia recurrida.....	476
2.- Recurso de casación.....	477
3.- Dictamen del señor Procurador General	477

4.- La solución del caso	478
SENTENCIA:	485
5- GONZALEZ CALDERÓN. 30-05-22.	486
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=831	486
Lex: Arts. 92 en función del art. 90 y 80 inc. 9, 20 bis inc. 1, 12, 29 inc. 3 del CP. Art. 35 CP. Art. 9 inc. 7 de la Ley 6722. Art. 34 inc. 4 CP.	486
Vox: Lesiones graves dolosas agravadas por la calidad del sujeto activo. Policía (Fuerza de seguridad) . Inhabilitación especial. Legítima defensa. Exceso en la legítima defensa. Error de prohibición. Estado de necesidad. Autopuesta en peligro de la víctima. Cumplimiento de un deber.	486
Summa:	486
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Garay	486
Fallo	487
1.- La sentencia recurrida.....	487
2.- Recurso de casación.....	488
3.- Dictamen del señor Procurador General	489
4- La solución del caso	490
SENTENCIA:	493
6- GUAJARDO. 22-09-22.	494
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=896	494
Lex: Arts. 92 en función del 89 y 80 incs. 1 y 11, 54 del CP. Art. 76 Bis CP. Art. 26 inc. 3 y 30 y ccs. CPP. CEDAW. Convención Belem Do Pará. Ley 26.485. Res. de la Procuración General N° 16/20. Ley 27.499 «Ley Micaela». Acordada n° 29.318.....	494
Vox: VG. SJP. Lesiones leves dolosas calificadas por la relación de pareja preexistente y por mediar violencia de género. Suspensión de Juicio a prueba. Falta de consentimiento fiscal. Víctima.	494
Summa:	494
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo. (Licencia)	498
Fallo	499
1.- Sentencia recurrida.....	499
2.- Recurso de casación.....	500
3.- Dictamen del señor Procurador General	500
4.- La solución del caso	500
SENTENCIA:	502
7- ROJAS. 25-10-22.	503
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=938	503
Lex: Art. 89, 92, 80 inc. 1 y 11 del CP. Convención Belem Do Pará. Art. 2, 16 y 31 de la Ley 26.485. Art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza. Art. 206 CPP. Ley 27.499 «Ley Micaela». Acordada n° 29.318. Art. 399, segundo párrafo del C.P.P. Art. 145, tercer párrafo del C.P.P.	503
Vox: VG. Lesiones leves dolosas calificadas por el vínculo y por mediar violencia de género.....	503
Summa:	503
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo Adaro (Licencia).	503
Fallo	504
1.- Sentencia recurrida.....	504
2.- Recurso de casación.....	504
3.- Dictamen del Procurador General	505
4.- La solución del caso	505

SENTENCIA:	511
8- CANO. 03-11-22.	512
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=935	512
Lex: Art. 89, 92, 80 inc. 1 y 11 del CP. Convención Belem Do Pará. Art. 2, 16 y 31 de la Ley 26.485. Art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza. Art. 206 CPP. Ley 27.499 «Ley Micaela». Acordada n° 29.318. Art. 2 del CPP y 34 inc 1 del CP.	512
Vox: VG. Lesiones leves dolosas calificadas por el vínculo y por mediar violencia de género. Imputabilidad. art. 2 del CPP y 34 inc 1 del CP. Fundamentos escritos. Indubio pro reo, prudencia en VG.....	512
Summa:	512
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo Valerio. (Licencia)	513
Fallo	514
1.- La resolución recurrida	514
2.- El recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal.....	514
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	515
4.- La solución del caso	515
SENTENCIA:	518
9- ORTUBIA MARCOS. 19-11-22.	520
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=978	520
Lex: Art. 89, 92, 80 inc. 1 y 11, 55, 183 del CP. Convención Belem Do Pará. Art. 2, 16 y 31 de la Ley 26.485. Art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza. Art. 206 CPP. Ley 27.499 «Ley Micaela». Acordada n° 29.318. Art. 2 del CPP.	520
Vox: VG. Lesiones leves dolosas calificadas por el vínculo y por mediar violencia de género. Daño. CR.	520
Summa:	520
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo Valerio.	521
Fallo	522
1.- La resolución recurrida	522
2.- El recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal.....	523
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	523
4.- La solución del caso	524
SENTENCIA:	528
10- MONTON GARCIA. 06-12-22.	529
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=984	529
Lex: Art. 89, 92, 80 inc. 1 y 11, 26, 40 y 41 del CP. Convención Belem Do Pará. Art. 2, 16 y 31 de la Ley 26.485. Art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza. Art. 206 CPP. Ley 27.499 «Ley Micaela». Acordada n° 29.318.....	529
Vox: VG. Lesiones leves dolosas calificadas por el vínculo y por mediar violencia de género. Condena de ejecución condicional.	529
Summa:	529
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo Valerio.	530
Fallo	531
1.- Sentencia recurrida.....	531
2.- Recurso de casación.....	531
3.- Dictamen del señor Procurador General	532
4.- La solución del caso	533
SENTENCIA:	536

CAPÍTULO III. DELITOS CONTRA EL HONOR	538
1- PANDOLFINO. 12-05-22	538
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=824	538
Lex: Art. 109 del CP. Art. 59, 62, 67 sexto párrafo inc d) del CP. Art. 353 y 433 del CPP. Art. 8 CADH.	538
Vox: Calumnias. Prescripción. Actos interruptivos. Audiencia de conciliación.	538
Summa:	538
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo.	538
Fallo	539
1.- Sentencia recurrida.....	539
2.- Recurso de casación.....	540
3.- La solución del caso	541
SENTENCIA:	543
CAPÍTULO IV. DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL. Abuso sexual.	545
1- AGÜERO PEREZ. 25-02-22.	545
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=777	545
Lex: Art. 55; 119, 2° párrafo en función con el 4° párrafo inc. f y 149 bis, 2° párrafo del CP. Art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza. Convención Belem Do Pará. Art. 2, 16 y 31 de la Ley 26.485. Art. 206 CPP. Ley 27.499 «Ley Micaela». CDN.....	545
Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual gravemente ultrajante. Convivencia. Amenazas coactivas. Cámara Gesell. Retracción. Amplitud probatoria. Protección integral de los derechos de menores.	545
Summa:	545
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo.	547
Fallo	548
1.- Sentencia recurrida.....	548
2.- Recurso de casación.....	548
3.- Dictamen del señor Procurador General	549
4.- La solución del caso	549
SENTENCIA:	559
2- AVILA RODRIGUEZ. 09-03-22.	560
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=778	560
Lex: Arts. 119 2° párrafo en función con el 4° párrafo inc. “f”, 119 3° párrafo en función con el 4° párrafo inc. “f” y 55 CP. Art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza. Convención Belem Do Pará. Art. 2, 16 y 31 de la Ley 26.485. Art. 206 CPP. Ley 27.499 «Ley Micaela». CDN.	560
Vox: VG. NNA. Abuso sexual gravemente ultrajante y con acceso carnal. Concurso real. Convivencia. Víctima menor. Delito continuado.	560
Summa:	560
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo. (Licencia)	560
Fallo	561
1.- La sentencia recurrida.....	561
2.- El recurso de casación de la defensa	562
3.- Dictamen del señor Procurador General	563
4.- La solución del caso	564
SENTENCIA:	568
3- VARGAS VERGARA. 21-03-22.	569

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=776	569
Lex: Arts. 119, 2° párrafo en función con el 4° párrafo, inc. f y art. 55 del CP. Ley 26485. CDN.	569
Vox: VG. NNA. A.S.I..Abuso sexual gravemente ultrajante. Convivencia. Cámara Gesell. Número indeterminado de hechos. Indeterminación y derecho de defensa. Valoración de pericias oficiales y de partes.	569
Summa:	569
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo.	569
Fallo	570
1.- La resolución recurrida	570
2.- El recurso de casación.....	571
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	572
4.-La solución del caso	573
SENTENCIA:	579
4- SEA RODRIGUEZ. 23-03-22.	581
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=779	581
Lex: Arts. 119, 3° párrafo, 55 y 130, 1° párrafo del CP. Reglas 6, 7, 11 y concordantes de las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, adoptadas por Acordada Nº 24.023 de esta Suprema Corte de Justicia de Mendoza.	581
Vox: VG. Abuso sexual con acceso carnal, dos hechos, en concurso real con rapto. Víctima mayor. Victimización secundaria o revictimización. Consentimiento. Relevancia del testimonio de la víctima. Discapacidad motriz. Estereotipos. Ideología e instituciones patriarcales.	581
Summa:	581
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	582
Fallo	583
1.- La resolución recurrida	583
2.- El recurso de casación.....	583
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	587
4.-La solución del caso	587
SENTENCIA:	596
5- ITURRI. 29-03-22.	597
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=781	597
Lex: Art. 125, 3° párrafo en función con el 1° párrafo, 54, 119, 1°, 2° y 3° párrafo en función con el 4° párrafo inc. b y f, 55, 92 en función con el art. 89 y 80 incs. 1 y 11 del CP. Art. 4 y 5 de la Ley 26.485. CDN.	597
Vox: VG. NNA. A.S.I.. Promoción de la corrupción de un menor de edad. Delito continuado. Concurso ideal. Abuso sexual gravemente ultrajante y con acceso carnal. Convivencia. Concurso real. Lesiones leves dolosas. Dos víctimas: una menor y otra mayor. Monto de la pena. Doble valoración.....	597
Summa:	597
CSJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo.....	597
Fallo	598
1.- La resolución recurrida	598
2.- El recurso de casación.....	599
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	600
4.-La solución del caso	601
SENTENCIA.	603
6- MALDONADO QUIROGA. 29-03-22.	605

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=782	605
Lex: Art. 119, 2°, 3° y 4° párrafo inc. b y f, 55 del CP.	605
Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual gravemente ultrajante y con acceso carnal. Vínculo. Convivencia. Doble valoración. Pluralidad de víctimas.....	605
Summa:	605
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	605
Fallo	606
1.- La resolución recurrida	606
2.- El recurso de casación.....	607
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	607
4.-La solución del caso	608
SENTENCIA:	609
7- METRAL OSORIO. 20-04-22.	610
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=815	610
Lex: Art. 119, 3° y 4° párrafo inc. f. del CP. Ley 26485. CDN.....	610
Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual con acceso carnal. Convivencia. Víctima menor.	610
Summa:	610
SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio.	610
Fallo	611
1.- Sentencia recurrida.....	611
2.- Recurso de casación.....	612
3.- Dictamen del señor Procurador General	612
4.- La solución del caso	613
SENTENCIA:	618
8- BALTAZAR CRUZ. 25-04-22.	619
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=816	619
Lex: 119, 1° y 3° párrafo CP. Ley 26485. CDN.	619
Vox: VG. NNA. ASI. Abuso sexual con acceso carnal. Convivencia. Delito continuado. Absolución parcial por falta de acusación fiscal.	619
Summa:	619
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio.	620
Fallo	621
1.- Sentencia recurrida.....	621
2.- Recurso de casación.....	621
3.- Dictamen del señor Procurador General	622
4.- La solución del caso	623
SENTENCIA:	629
9- PEREZ GONZALEZ. 03-05-22.	630
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=817	630
Lex: 119, 3° y 4° párrafo inc. b del CP.	630
Vox: VG. NNA. ASI. Abuso sexual con acceso carnal. Vínculo.	630
Summa:	630
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro.Palermo.	630
Fallo	631
1.- Sentencia recurrida.....	631

2.- Recurso de casación.....	631
3.- Dictamen del señor Procurador General.....	632
4.- La solución del caso	632
SENTENCIA:	635
10- VEDIA CARMONA. 11-05-2022.....	636
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=837	636
Lex: Art. 119, 3° y 4° párrafo inc. b del CP. Ley 26485. CDN.....	636
Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual con acceso carnal. Encargado de la Guarda. Concepto. Coito vestibular.	636
Summa:	636
CSJM. Dres.: Valerio .Palermo. Adaro (Licencia).	637
Fallo	638
1.- La resolución recurrida	638
2.- El recurso de casación.....	638
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	639
4.-La solución del caso	640
SENTENCIA:	646
11- ARANCIBIA CHIRQUINA y ot.. 12-05-22.....	647
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=838	647
Lex: 119 , 1° , 3° y 4° párrafo inc. d, 125 CP. VG. Art. 250 del CPP. Art. 392 CPP. Ley 26485.....	647
Vox: Abuso sexual con acceso carnal. Dos SA. Pericia. Hecho diverso. Introducción digital (dedos). Alcohol.	647
Summa:	647
SCJM. Dres.: Valerio . Palermo. Adaro.	647
Fallo	648
1.- Sentencia recurrida.....	648
2.- Recursos de casación	649
3.- Dictamen del señor Procurador General.....	653
4.- La solución del caso	653
SENTENCIA:	667
12- GRAIN y ot. 23-05-22.....	668
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=836	668
Lex: Art. 119 inc. 3 y 4 inc d, 45 y 47 CP. Art. 475 y concordantes del CPP. Ley 26485.....	668
Vox: VG. Abuso sexual con acceso carnal. Dos o más SA. Violación en grupo. Participación primaria. Impugnación de sentencia condenatoria. El querellante particular. Legitimidad subjetiva. Dolo eventual. Teoría cognitivo-volitiva. Teoría cognitiva. Determinación de la pena.....	668
Summa:	668
SCJM. Dras.: Day . Furlotti. Caravajal.....	670
Fallo	671
1.- La resolución recurrida	671
2.- Los recursos de casación interpuestos por el Ministerio Público Fiscal, el querellante particular y la defensa.....	672
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	679
4.- Audiencia de informe oral del recurso	680
5.- La solución del caso	680

SENTENCIA:	694
13- TAPIA CASTILLO. 14-06-22.	695
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=861	695
Lex: Art. 119 CPP. art. 72 del CP; 9, 197, 198 inc. 3°, 203 y cc. del CPP. Art. 295, inc. 4 letra b del CPP. CDN.	695
Vox: VG. NNA. A.S.I..Abuso sexual. Cámara Gessell. Revictimización. Prórroga de prisión preventiva. Nulidad de requerimiento de citación a juicio (RCJ). Impugnabilidad objetiva y subjetiva. Legitimación activa. Interés superior del niño. Contextos familiares.....	695
Summa: Rechazar el recurso de casación interpuesto.....	695
CSJM. Dres.: Adaro . Valerio. Palermo (Licencia).	696
Fallo	697
1.- Resoluciones recurridas.....	697
2.- Recursos de casación	698
3.- Dictamen del señor Procurador General	701
4.- La solución del caso	701
SENTENCIA:	708
14- FERNANDEZ QUISPES. 21-06-22.	709
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=859	709
Lex: art. 119, 1°, 4° inc. d y 5° párrafo del C.P . Art. 255 CPP. Ley 26485. CDN.	709
Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual simple. Dos o más SA. Dictamen pericial. Pericia e informe técnico. Diferencias. Firma digital.....	709
Summa:	709
SCJM. Dres.: Adaro . Palermo Valerio.	710
Fallo	711
I.- Sentencia recurrida.....	711
II.- Recurso de casación.....	711
III.- Dictamen del señor Procurador General	712
IV.- La solución del caso	712
SENTENCIA:	717
15- MORILLAS TEJADA. 22-06-22.	719
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=862	719
Lex: 119, 3° párrafo en función del 4° párrafo inc. d del CP. Ley 26485. CEDAW. Belem Do Para... 719	
Vox: VG. Abuso sexual con acceso carnal. Dos o más SA. Arma. Nulidad. Perito de control. ADN. Víctima mayor.....	719
Summa:	719
SCJM. Dres.: Adaro . Palermo.Valerio.	720
Fallo	721
1.- Sentencia recurrida.....	721
2.- Recurso de casación.....	721
3.- Dictamen del señor Procurador General	722
4.- La solución del caso	722
SENTENCIA	727
16- TAPIA FIGUEROA. 22-06-22.	728
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=860	728
Lex: Arts. 119, segundo párrafo CP. art. 416, inc. 4 y 155 del CPP	728

Vox: VG. NNA. A.S.I..Abuso sexual gravemente ultrajante. Nulidad.....	728
Summa:	728
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo.....	729
Fallo	730
1.- Sentencia recurrida.....	730
2.- Recurso de casación.....	731
3.- Dictamen del Procurador General.....	731
4.- La solución.....	731
SENTENCIA.....	735
17- ESPINA AMAYA. 09-08-22.	736
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=882	736
Lex: Art. 119 3° párrafo en función con el 4° párrafo, ap. f); 119, 5° párrafo en función con el 4° párrafo, letra f) y del CP. Ley 26485. Convención de Belém Do Pará. CEDAW. Reglas de Brasilia... 736	
Vox: VG. NNA. A.S.I..Abuso sexual con acceso carnal. Convivencia. Víctima menor. Absolución parcial. Principio de congruencia. Ausencia de evidencias físicas. Grupo de confianza.	736
Summa:	736
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro (Liciencia).....	736
Fallo	737
1.- La sentencia recurrida.....	737
2.- Recurso de casación de la defensa.....	738
3.- Dictamen del señor Fiscal Adjunto en lo Penal.....	738
4.- La solución del caso.....	739
SENTENCIA:.....	744
18- PECORA URIZA. 16-08-22.	745
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=881	745
Lex: Art. 119, 4° párrafo, inc. d, 2° parte en función con el 3° párrafo del art. 119, 55, 150, 149 bis, 1° párrafo, 2° supuesto del CP. Art. 4 de la ley 26.485.....	745
Vox: VG. Abuso sexual con acceso carnal. Arma. Violación de domicilio. Amenaza con arma. Concurso real.....	745
Summa:	745
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo.....	746
Fallo	747
1.- Sentencia recurrida.....	747
2.- Recurso de casación.....	748
3.- Dictamen del Procurador General.....	748
4.- La solución del caso.....	748
SENTENCIA:.....	752
19- TAPIA CUELLO. 17-08-22.	753
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=877	753
Lex: 119, 1° párrafo del CP.....	753
Vox: VG. Abuso sexual simple. Sistema acusatorio. Imparcialidad del juez. Excesivo activismo del juez. Calificación legal. Ausencia de lesiones.....	753
Summa:	753
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo (Licencia).....	753
Fallo	754

1.- Resolución recurrida.....	754
2.- Recurso de casación.....	754
3.- Dictamen del Procurador General.....	757
4.- Solución del caso.....	757
SENTENCIA:	765
20- MOLINA RAMIREZ. 07-09-2022.	766
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=899	766
Lex: Art. 119, 3° párrafo, 55 del CPP. Ley 26485. CDN.	766
Vox: VG. NNA. ASI. Abuso sexual con acceso carnal. Número indeterminada de hecho. Concurso real. Víctima menor. Contexto familiar.....	766
Summa:	766
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo (Licencia).	766
Fallo	767
I.- La sentencia recurrida.....	767
II.- El recurso de casación de la defensa	767
III.- Dictamen del señor Procurador General	768
IV.- La solución del caso	768
SENTENCIA:	772
21- AGUERO OLMOS. 12-09-2022.	773
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=901	773
Lex: Art. 119, 3° párrafo; 55; 119, 1° párrafo; 55 del CP.....	773
Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual con acceso carnal. Abuso sexual simple. Concurso real. Pluralidad de SP.	773
Summa:	773
CSJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo	773
Fallo	774
1.- Sentencia recurrida.....	774
2.- Recurso de casación.....	775
3.- Dictamen del señor Procurador General	776
4.- La solución del caso	776
SENTENCIA:	784
22- OLMEDO ARRIETA. 12-09-2022.	785
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=902	785
Lex: Art. 119, 3° párrafo, 4° párrafo inc. b) y 55 del CP. Ley 26485. Convención de Belém do Pará. CDN.	785
Vox: VG. NNA. A.S.I..Abuso sexual con acceso carnal. Encargado de la guarda. Número indeterminado de hechos. Concurso real.....	785
Summa:	785
CSJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio.	786
Fallo	787
1.- Sentencia recurrida.....	787
2.- Recurso de casación.....	787
3.- Dictamen del señor Procurador General	788
4.- La solución del caso	789
SENTENCIA:	794

23- ALMONACID VALLEJOS. 26-09-22	795
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=898	795
Lex: Art. 119, 1°, 3°, 4° párrafo, inc. b y f, art. 55 del CP.	795
Vox: VG. NNA. A.S.I..Abuso sexual simple y con acceso carnal. Encargado de la guarda. Convivencia. Modalidad de delito continuado. Pluralidad de víctimas.	795
Summa:	795
CSJM. Dres.: Adaro . Palermo. Valerio.....	796
Fallo	797
1.- La resolución recurrida	797
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	798
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	798
4.- La solución del caso	798
SENTENCIA:	803
24- QUILPIDOR BAIGORRIA. 29-09-22.	804
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=894	804
Lex: Art. 119, 3° párrafo del CP. Ley 26485. Convención Belem Do Pará. CEDAW. Art. 16 CN. 206 y 409 del CPP. Art. 7 de la Constitución de Mendoza.....	804
Vox: VG. Abuso sexual con acceso carnal. Víctima mayor. Absolución parcial.....	804
Summa:	804
SCJM. Dres.: Valerio . Palermo. Adaro (Licencia).	804
Fallo	805
1.- Sentencia recurrida.....	805
2.- Recurso de casación.....	807
3.- Dictamen del señor Procurador General	809
4.- La solución del caso	809
SENTENCIA:	817
25- OLGUIN. 29-09-22	818
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=900	818
Lex: Art. 119, 2° párrafo en función con el 4° párrafo inc. f y 55 CPP	818
Vox: VG. NNA. A.S.I..Abuso sexual gravemente ultrajante. Convivencia. Número indeterminado de hechos. Concurso real.....	818
Summa:	818
SCJM. Dres.: Valerio . Palermo. Adaro (Licencia).	818
Fallo	819
1.- Sentencia recurrida.....	819
2.- Recurso de casación.....	819
3.- Dictamen del señor Procurador General	821
4.- La solución del caso	821
SENTENCIA:	828
26- PORCEL VALERO. 30-09-22.	829
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=892	829
Lex: Art. 119, 2° y 4° párrafo, inc.s b) y f), 54 y 55 del CP. Ley 25.087. Art. 72, 2° párrafo del CP, según Ley 25087 y Ley 27455 (B.O. 25-10-18). Art. 391, 392 del CPP. Art. 489 del CPP. CDN. Ley 26061.	829

Vox: NNA. A.S.I. Abuso sexual gravemente ultrajante. Ascendiente. Convivencia. Concurso ideal. Víctima menor de edad. Instancia de la acción. Inconstitucionalidad del art. 119 CP. Doble valoración. Hecho diverso. Cambio de calificación legal.	829
Summa:	829
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro (Licencia).	829
Fallo	830
1.- La resolución recurrida	830
2.- Recurso de casación.....	832
3.- Dictamen del señor Procurador General	839
4.- Audiencia de informe oral	841
5.- La solución del caso	841
SENTENCIA:	862
27- LOPEZ DOMINGUEZ. 12-10-22.	864
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=937	864
Lex: Art. 119, 3° párrafo del CP.....	864
Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual con acceso carnal. Perito de parte. Valoración probatoria.....	864
Summa:	864
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro.	864
Fallo	865
I.- Sentencia recurrida.....	865
II.- El recurso de casación de la defensa	865
III.- Dictamen del señor Procurador General	866
IV.- La solución del caso	866
SENTENCIA:	869
28- TONELLI BOOCK y ot. 14-10-22.	870
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=939	870
Lex: 119- 3, 125-3 CP.....	870
Vox: NNA. A.S.I. Abuso sexual con acceso carnal. Promoción a la corrupción de menores agravada. Partícipe necesario en omisión impropia. Comisión por omisión por ser garante. Contexto familiar	870
Summa:	870
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	871
Fallo	872
1.- Sentencia recurrida.....	873
2.- Recurso de casación.....	874
3.- Dictamen del señor Procurador General	877
4.- La solución del caso	877
SENTENCIA:	883
29- VALSECCHI VARGAS. 16-10-22.	884
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=933	884
Lex: 119, 1° párrafo en función con el 5° párrafo, 4° párrafo inc. b del CP. Art. 474 y 477 CPP.	884
Vox: VG. NNA. ASI. Abuso sexual simple. Vínculo. Cambio de calificación legal por el juez de instancia anterior. Querellante particular. Impugnabilidad subjetiva. Inadmisibilidad formal. Nulidad del debate.	884
Summa:	884
SCJM. Dres.: Valerio. Llorente. Adaro (Licencia).	885

Fallo	886
1.- La resolución recurrida	886
2.- Los recursos de casación interpuestos por el Ministerio Público Fiscal y por la defensa	887
3.- El dictamen del Procurador General.....	891
4.- Audiencia de informe oral del recurso	891
5.- La solución del caso.	892
SENTENCIA:	899
30- AREVALO SORIA. 20-10-22.	900
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=934	900
Lex: Art. 119 primer párrafo en función con el cuarto párrafo letra f), 119 segundo párrafo en función con el cuarto párrafo letra f), 149 bis segundo párrafo y 55 del CP. Art. 392 CPP. Art. 2, 414 CPP.	900
Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual gravemente ultrajante. Convivencia. Víctima menor. Delito continuado. Absolución cuestionada. Hecho diverso.....	900
Summa:	900
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro (Licencia).	900
Fallo	901
1.- Sentencia recurrida.....	901
2.- Recurso de casación.....	902
3.- Dictamen del señor Procurador General	903
4.- La solución del caso	903
SENTENCIA:	911
31-FLORES. 28-10-22.	912
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=932	912
Lex: 119, 3° y 4° párrafo inc. f del CP. Art. 2 y 414 del CPP.	912
Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual con acceso carnal. Convivencia. Absolución. Nulidad de la sentencia	912
Summa:	912
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro (Licencia).	912
Fallo	913
1.- La resolución recurrida	913
2.- El recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público	914
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	915
4.- La solución del caso	915
SENTENCIA:	918
32- GUARDIA MERCADO. 30-11-22.	919
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=979	919
Lex: 119, 2°, 3° y 4° párrafo inc. b del CP.	919
Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual con acceso carnal. Vínculo.	919
Summa:	919
SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio.	920
Fallo	921
1.- La resolución recurrida	921
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	921
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	922

4.- La solución del caso	922
SENTENCIA:	927
33- SOSA ORTUBIA y LUCERO LORCA. 30-11-22.	928
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=980	928
Lex: Art. 119, 1°, 2°, 3° párrafo en función 4° párrafo, inc. f y 55 del CP. Ley 26585. CDN.	928
Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual con acceso carnal. Convivencia. Prescripción.	928
Summa:	928
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	928
Fallo	929
1.- La resolución recurrida	929
2.- El recurso de casación de las defensas de los acusados.....	931
3.- El dictamen del Procurador General.....	933
4.-La solución del caso	934
SENTENCIA:	945
34- MERCADO. 01-12-22.	946
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=982	946
Lex: 119, 3° párrafo del CP. Art. 399 del CPP	946
Vox: VG. Abuso sexual con acceso carnal. Imparcialidad del juez. Preguntas investigativas y aclaratorias. Delito continuado.....	946
Summa:	946
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo (Licencia). Adaro	946
Fallo	947
1.- La resolución recurrida	947
2.- El recurso de casación.....	947
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	948
4.- La solución del caso	949
SENTENCIA:	959
35- MAIO GRAÑA. 05-12-22.	960
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=983	960
Lex: Art. 119 2° y 3° párrafo, en función del 4° párrafo inc. b, 119 , 1° párrafo y 54 del CP. CDN. Ley 26061. Art. 486 del CPP	960
Vox: NNA. A.S.I. Abuso sexual con acceso carnal. Gravemente ultrajante. Delito continuado. Cambio de calificación legal. Principio de congruencia y del derecho de defensa en juicio. Nulidad de sentencia y fundamentos. Concurso real.	960
Summa:	960
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio.	961
Fallo	962
1.- Sentencia recurrida.....	962
3.- Dictamen del señor Fiscal Adjunto en lo Penal	966
4.- Informe escrito de la defensa	967
5.- La solución del caso	967
SENTENCIA:	976
CAPÍTULO V. DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL. Corrupción. MASNNA. MESNNA.	979
1- CASTILLO ORDOÑEZ. 11-05-22.	979
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=835	979

Lex: Art. 125, 3° párrafo en función con el 1° párrafo, 55, 119, 3° párrafo en función con el 4° párrafo inc. b y 55 del CP. ley 27206 (10-11-15). Art. 67 del CP.....	979
Vox: Promoción de la corrupción de un menor de 18 años de edad agravada. Abuso sexual agravado por ser con acceso carnal y por el vínculo. Concurso real. Prescripción. Delito continuado	979
Summa:	979
SCJM. Dres.: Valerio. Llorente. Adaro (Licencia).	979
Fallo:	980
1.- La resolución recurrida	980
2.- El recurso de casación.....	981
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	982
4.- La solución del caso	983
SENTENCIA:	989
2- MARTINEZ FERNANDEZ. 26-08-22.	990
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=895	990
Lex: Art. 128, 3° párrafo del CP. Ley 26061. CDN	990
Vox: Suministro de material pornográfico. Perspectiva de edad. No revictimización. Tecnologías de la información y la comunicación (TICs). Masculinidad hegemónica y los roles asignados tradicionalmente. Patriarcado. Condena de ejecución condicional. Dictamen negativo del MPF a la Suspensión de Juicio a prueba.	990
Summa:	990
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Llorente.	992
Fallo:	993
I.- La sentencia recurrida.....	993
II.- El recurso de casación del defensor	993
III.- Dictamen del Señor Procurador General.....	994
IV.- La solución del caso	995
SENTENCIA:	1001
CAPÍTULO VI. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD. Amenazas.	1003
1- ALMONACID VALLEJOS ABDON. 22-04-22	1003
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=818	1003
Lex: Art. 149 Bis, 1° párrafo, 1° supuesto del CP. Ley 26485.	1003
Vox: VG. Amenazas simples.	1003
Summa:	1003
SCJM. Dres.: Valerio. Llorente. Adaro (Licencia).	1004
Fallo:	1005
1.- Sentencia recurrida.....	1005
2.- Recurso de casación.....	1005
3.- Dictamen del señor Procurador General	1006
4.- La solución del caso	1006
SENTENCIA:	1013
2- GALLO TORRES.11-08-22	1014
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=883	1014
Lex: Art. 149 Bis, 1° párrafo, 2° supuesto del CP. Art. 4° apartado 3 de la ley 22.278, arts. 172, 179, 180 de la ley 6.354 y arts. 3, 4, 19, 24, 40 y cc. ley 23.849. las leyes 6.354, ley nacional 22.278, ley 26.061 y ley provincial 8.932.	1014

Vox: Amenazas simples. VG. Menor imputable 17 años. Medidas de protección. Sentencia integrativa.....	1014
Summa: Rechazar el recurso de casación interpuesto.....	1014
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro (Licencia).....	1014
Fallo:	1015
1.- Sentencia recurrida.....	1015
2.- Recurso de casación.....	1015
3.- Dictamen del señor Procurador General.....	1017
4.- La solución del caso	1017
SENTENCIA:	1023
3- FERNANDEZ MOLINA. 22-08-22	1025
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=878	1025
Lex: Art. 149 Bis, 1° párrafo, 2° supuesto del CP. Ley 26485.....	1025
Vox: VG. Amenazas. Arma. Arma de fuego reglamentaria. SA policía.....	1025
Summa:	1025
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo.....	1026
Fallo:	1027
1.- La resolución recurrida	1027
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa.....	1027
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1028
4.- La solución del caso	1028
SENTENCIA:	1032
4- ROSALES AGUILERA. 16-09-22	1033
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=886	1033
Lex: Art. 149 Bis, 1° párrafo, 2° supuesto, 104 tercer párrafo y 55 del CP.....	1033
Vox: Amenazas simples. Agresión con arma. Concurso real.....	1033
Summa:	1033
SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio.....	1033
Fallo:	1034
1.- La resolución recurrida	1034
2.- El recurso de casación.....	1035
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1035
4.- La solución del caso	1035
SENTENCIA:	1037
5- ROJAS GALARZA. 26-09-22	1038
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=897	1038
Lex: Art. 149 Bis, 1° párrafo, 1° supuesto del CP.....	1038
Vox: VG. Amenazas simples. Unificación de pena.....	1038
Summa:	1038
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo.....	1038
Fallo:	1039
1.- La resolución recurrida	1039
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa.....	1039
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1040

4.- La solución del caso	1040
SENTENCIA:	1044
6- GIMENEZ ALGARAÑAZ. 29-09-22.....	1045
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=891	1045
Lex: Art. 149 Bis, 1° párrafo, 1° supuesto y 55 del CP.....	1045
Vox: Amenazas simples. Concurso real. Unidad de la prueba.....	1045
Summa:	1045
SCJM. Dres.: Valerio . Adaro (Licencia). Palermo.	1045
Fallo:	1046
1.- La resolución recurrida	1046
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa.....	1046
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1047
4.- La solución del caso	1047
SENTENCIA:	1050
7- GIL ALONSO. 28-11-22.....	1052
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=977	1052
Lex: Art. 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto del CP. Ley 26485. Art. 27 bis del CP.....	1052
Vox: VG. Amenazas simples. Delito doloso, de actividad, delito formal. Reglas de conducta. Nulidad.	1052
Summa:	1052
SCJM. Dres.: Valerio . Palermo (Disidencia parcial). Adaro (Licencia).....	1053
Fallo	1054
1.- La sentencia recurrida.....	1054
2.- Recurso de casación de la defensa	1055
3.- Dictamen del señor Procurador General	1056
4.- La solución del caso	1056
SENTENCIA:	1070
8- SANCHEZ CORDOBA. 15-12-22.....	1072
Web: http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=962	1072
Lex: Art. 149 bis, 1° párrafo, 2° parte, 1° supuesto, 55 y 149 ter, inc. 1, en función con el art. 149 bis, 2° párrafo del CP	1072
Vox: Amenazas agravadas por el uso de arma de fuego. Concurso real. Coacciones agravadas por el uso de arma de fuego. Unificación. Delito formal.	1072
Summa:	1072
SCJM. Dres.: Valerio . Palermo. Adaro (Licencia).	1072
Fallo	1073
1.- La resolución recurrida	1073
2.- El recurso de casación.....	1074
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1074
4.- La solución del caso	1074
SENTENCIA:	1077
CAPÍTULO VII. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD. Robos y Hurtos.....	1079
1- ROMERO ARCE, Jonathan Ariel. 18-03-22.....	1079
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=765	1079

Lex: Art. 166, inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto; art. 167, inc. 4° en función con el art. 163, inc. 4°, art. 167, inc. 2°, art. 54 y art. 45 del CP. Art. 72 inc. 2 y 197 CPP. Art. 262 CPP.....	1079
Vox: Robo. Arma impropia. Escalamiento. Poblado y banda. Lesiones graves. Concurso ideal. Nulidad. Recusación por parentesco. Rueda de personas. Unidad de la prueba.....	1079
Summa:	1079
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro (Licencia).	1080
Fallo	1081
1.- Sentencia recurrida.....	1081
2.- Recurso de casación.....	1082
3.- Dictamen del señor Procurador General	1082
4.- La solución del caso	1083
SENTENCIA	1087
2- CABALLERO DELGADO y ot. 18-03-22.	1088
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=766	1088
Lex: Art. 164, 79 y 55 CP. Arts. 400 y 416 inc. 4 CPP. Art. 38 (b) Ley 9106.....	1088
Vox: Robo simple. Concurso real. Homicidio con dolo eventual. Nulidad, por falta de fundamentación de la pena. Audiencia de cesura.....	1088
Summa:	1088
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro (Licencia).	1088
3- OLGUIN HERRERA y ot. 25-03-22.	1089
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=767	1089
Lex: Art. 166, inc. 2, 1° párrafo, 1° supuesto, 167, inc. 2, 54, 184 inc. 1 del CP. Reglas de Brasilia. Art. 198 CPP.	1089
Vox: Robo. Arma impropia. Poblado y banda. Concurso ideal o aparente de leyes penales. Daño agravado. Unificación de pena. Lenguaje claro. Obligación de informar. JAI cuestionado.....	1089
Summa:	1089
• SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio (Licencia).	1090
Fallo	1091
1.- Sentencia recurrida.....	1091
2.- Recurso de casación.....	1092
3.- Dictamen del señor Procurador General	1092
4.- La solución del caso	1093
SENTENCIA:	1097
4- ROMERO TORRES. 31-03-22.	1098
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=768	1098
Lex: Art. 166, inc. 2, 1° párrafo, 1° supuesto, 166, inc. 2, 3° párrafo, 1° supuesto, 167, inc. 2, y 54 del CP	1098
Vox: Robo. Arma impropia. Arma aptitud no acreditada. Poblado y banda. Reconocimiento fotográfico- contexto de covid-. Concurso ideal o aparente de leyes penales. Testimonio de la víctima. Determinación de la pena.	1098
Summa:	1098
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio (Voto ampliatorio). Adaro.	1099
Fallo	1100
I.- Sentencia recurrida.....	1100
II.- Recurso de casación.....	1101
III.- Dictamen del Procurador General	1101

IV.- La solución del caso	1102
SENTENCIA:	1106
5- MOYANO LOPEZ. 04-04-22.	1107
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=770	1107
Lex: Art. 166, inc. 2°, 1° p., 1° s.; 166, inc. 3°; 167, inc. 2°; y 54 CP	1107
Vox: Robo. Arma impropia. Arma aptitud no acreditada. Poblado y banda. Testigo único. Concurso ideal o concurso aparente.	1107
Summa:	1107
SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio.	1108
Fallo	1109
1.- La sentencia recurrida.....	1109
2.- El recurso de casación de la defensa de Ariel Nicolás Moyano López.....	1110
3.- Dictamen del señor Procurador General	1111
4.- La solución del caso	1111
SENTENCIA:	1114
6- CARMONA RODRIGUEZ yot.. 06-04-22.	1115
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=769	1115
Lex: Art. 166, inc. 2°, 1° p., 1° s.;166, inc. 2°, 3° p. ,1°s., 167, inc. 2°, 54 del CP. Art. 155 del CP. ...	1115
Vox: Robo. Arma impropia. Arma sin aptitud acreditada. Poblado y banda. Consumación.	1115
Summa:	1115
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.....	1115
Fallo	1116
1.- Sentencia recurrida.....	1116
2.- Recursos de casación	1117
3.- Dictamen del señor Procurador General	1117
4.- La solución del caso	1118
SENTENCIA:	1120
7- ESCOBEDO CRUZ. 22-04-22	1121
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=806	1121
Lex: Art. 166, inc. 2°, 1° p., 1°s.;166, inc. 2°, 3° p. ,1°s., 167, inc. 2°, 54 del CP	1121
Vox: Robo. Arma impropia. Arma sin aptitud acreditada. Poblado y banda. Momento consumativo. Tentativa. Concurso ideal. Concurso aparente de leyes.....	1121
Summa:	1121
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro (Licencia).	1124
Fallo	1125
1.- Sentencia recurrida.....	1125
2.- Recursos de casación e inconstitucionalidad.....	1126
3.- Dictamen del señor Procurador General	1127
4.- La solución del caso	1127
SENTENCIA:	1130
8- YANZON RUARTE. 26-04-22.	1132
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=808	1132
Lex: Art. 166, inc. 2°, 167, inc. 2°, 54 del CP	1132
Vox: Robo. Arma de fuego. Poblado y banda.....	1132
Summa:	1132

SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio.	1132
Fallo	1133
I.- Sentencia recurrida.....	1133
II.- Recurso de casación.....	1133
III.- Dictamen del señor Procurador General	1135
IV.- La solución del caso	1135
SENTENCIA	1138
9- RODRIGUEZ ROMERO. 27-04-22.	1139
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=807	1139
Lex: Art. 164, 42, 166, inc. 2°, 1° p., 1°s.; 167, inc. 2°, 54 del CP	1139
Vox: Robo agravado. Uso de arma impropia. Robo simple. Momento consumativo. Tentativa. Esfera de custodia.....	1139
Summa:	1139
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio	1140
Fallo	1141
I.- Sentencia recurrida.....	1141
II.- Recurso de casación.....	1142
III.- Dictamen del Procurador General	1142
IV.- La solución del caso	1142
SENTENCIA	1145
10- CHOMIUK ARANCIBIA. 27-04-22.	1146
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=809	1146
Lex: Art. 167, inc. 2°, 55, 205 del CP	1146
Vox: Robo. Poblado y banda. Infracción al art. 205 CP. Incorporación por lectura en el debate oral de las declaraciones testimoniales producidas durante la IPP. Derecho de examinación. Principio de unidad de la prueba.	1146
Summa:	1146
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo	1147
Fallo	1148
1.- Sentencia recurrida.....	1148
2.- Recurso de casación.....	1148
3.- Dictamen del señor Procurador General	1149
4.- La solución del caso	1149
SENTENCIA	1156
11- ARAYA LUNA. 11-05-22.	1157
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=822	1157
Lex: Art. 163, inc. 6°, 42, 184, 205 del CP. Art. 414 CPP. Acordada 29.051. DNU 520/2020 y 641/2020	1157
Vox: Hurto de vehículo, absolución parcial. Epidemia. Pandemia. ASPO. DISPO. Vías impugnativas extraordinarias reguladas. Unificación de pena.	1157
Summa:	1157
SCJM. Dres.: Valerio. Llorente. Adaro (Licencia)	1157
Fallo	1158
1.- Sentencia recurrida.....	1158
2.- Recurso de casación.....	1159

3.- Dictamen del señor Procurador General	1159
4.- La solución del caso	1160
SENTENCIA:	1164
12- ESPEJO PEREIRA. 12-05-22.	1165
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=823	1165
Lex: Art. 166, inc. 2°, 1° párrafo, 1° s.;166, inc. 2°, 2° párrafo, 167, inc. 2°, 54 del CP	1165
Vox: Robo. Arma impropia. Arma de fuego apta. Poblado y banda.....	1165
Summa:	1165
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Llorente.	1165
Fallo	1166
1.- Sentencia recurrida.....	1166
2.- Recurso de casación.....	1166
3.- Dictamen del Procurador General	1167
4.- La solución del caso	1167
SENTENCIA	1169
13- ZAPATA SCATAREGGIA. 16-05-22	1170
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=825	1170
Lex: Art. 166, inc. 2, 1° párrafo, 1° s., 166, inc. 2, 3° párrafo, 2° s. y 54, 189 bis, inc. 2, 2° párrafo del CP. Resolución N° 48, 49 y 60 de la Coordinación del Fuero Penal.	1170
Vox: Arma impropia. Arma sin aptitud acreditada- utilería-. Poblado y banda. Tenencia ilegal de arma de fuego de guerra sin la debida autorización legal. Principio de inmediatez. Concurso ideal. Concurso aparente de leyes. Concurso real.	1170
Summa:	1170
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo.	1171
Fallo	1172
1.- Sentencia recurrida.....	1172
2.- Los recursos de casación interpuesto por los acusados.	1173
3.- Dictamen del señor Procurador General	1174
4.- La solución del caso	1174
SENTENCIA	1179
14- PEREZ GUTIERREZ. 17-05-22	1180
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=826	1180
Lex: Art. 166, inc. 2, 1° párrafo, 1° supuesto; 166, inc. 2, 3° párrafo; 167, inc. 2 y 54 del CP	1180
Vox: Robo. Arma impropia. Arma sin aptitud acreditada. Poblado y banda. Concurso ideal. Concurso aparente de leyes.....	1180
Summa:	1180
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio.....	1180
Fallo	1181
I.- Sentencia recurrida.....	1181
II.- Recurso de casación.....	1182
III.- Dictamen del Procurador General	1182
IV.- La solución del caso	1182
SENTENCIA	1185
15- DOMINGUEZ. 17-05-22.	1186
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=827	1186

Lex: Art. 166, inc. 2°, 2° párrafo, 167, inc. 4, en función con el art. 163, inc. 4, 167, inc. 2°, 54, 55, 205 del CP	1186
Vox: Robo. Arma de fuego. Poblado y banda. Escalamiento. Tentativa. Epidemia. Pandemia. Concurso ideal. Unificación de pena. Buena fe procesal.....	1186
Summa:	1186
SCJM. Dres.: Palermo .Valerio. Adaro.	1186
Fallo	1187
I.- Sentencia recurrida	1187
II.- Recurso de casación.....	1188
III.- Dictamen del Procurador General	1188
IV.- La solución del caso	1188
SENTENCIA	1191
16- BAIGORRIA y PRADO MARIQUE. 17-05-22.	1192
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=828	1192
Lex: Art. 166, inc. 2°, 2° y 3° párrafo; 167, inc. 2°, 54, 55, 42 del CP	1192
Vox: Robo. Arma sin aptitud acreditada. Arma de fuego. Poblado y banda. Tentativa. Diferencia entre informe y pericia.	1192
Summa:	1192
SCJM. Dres.: Adaro . Palermo. Valerio.....	1192
Fallo	1193
1.- Sentencia recurrida.....	1193
2.- Los recursos de casación interpuestos por los acusados	1194
4.- Dictamen del señor Procurador General	1195
5.- La solución del caso	1195
SENTENCIA	1198
17- GIMENEZ GONZALEZ. 02-06-22.	1199
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=833	1199
Lex: Art. 175 inc. 1 del CP. Art. 413 CPP.	1199
Vox: Apropiación de cosa perdida. Acusación fiscal por Hurto simple. Cambio de calificación legal por la juricatura. Delito diverso. Principio de congruencia. Prohibición de la reformatio in pejus. SA un policía.	1199
Summa:	1199
SCJM. Dres.: Adaro . Palermo. Valerio.....	1200
Fallo	1201
1.- Sentencia recurrida.....	1201
2.- Recurso de casación.....	1201
3.- Dictamen del señor Procurador General	1202
4.- Solución del caso.....	1202
SENTENCIA:	1204
18- GODOY ECHENIQUE y ots.. 14-06-22.	1205
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=853	1205
Lex: Art. 166 inc. 2°, tercer párrafo, 54 y 167 inc. 2° del CP.	1205
Vox: Robo. Arma sin aptitud acreditada. Poblado y banda. Escuchas telefónicas. Intervenciones telefónicas. Unificación de pena . Método aritmético. Determinación de la pena. Juicio de cesura.	1205
Summa:	1205

SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo (Licencia).	1205
Fallo	1206
I.- Sentencia recurrida.....	1207
II.- Recurso de Casación interpuesto en favor de Juan Marcelo Cepeda Gómez	1209
III.- Recurso de casación deducido en favor de Esteban Fernando Oliva Bobadilla	1212
IV.- Recurso de casación presentado a favor de Juan José Godoy Echenique	1214
V.- Dictamen del Señor Procurador General.....	1214
VI.- La solución del caso	1214
SENTENCIA	1230
19- VILDOZA SORIA y otros.. 15-06-22. (JJ)	1232
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=856	1232
Lex: Art. 80 inc. 7 y 166 inc. 2, 2° párrafo del CP. 165 CP. Art. 7 de la ley 4.969. Art. 458, primer párrafo del CPP. Art. 38 inc. “b”, 41 inc. c y d de la ley n° 9106.	1232
Vox: Homicidio criminis causa en concurso real con robo agravado por el uso de arma. Homicidio en ocasión de robo. Juicio por Jurados. Juicio de cesura. Nulidad. Efecto extensivo del recurso. Función revisora. Plus de legitimidad que rodea al veredicto del jurado popular. Audiencia de Voir dire. Autoría. Participación primaria. Plenario	1232
Summa:	1232
SCJM. Dres.: Garay, Adaro, Gómez, Palermo, Valerio, Llorente. Dra. Day (Disidencia).	1233
20- RUGGIERI RUBEN. 22-06-22.	1234
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=854	1234
Lex: Art. 166, inc. 2°, 1° párrafo, 150 y 55 del CP	1234
Vox: Robo. Arma impropia. Violación de domicilio. Concurso real. Momento consumativo. Tentativa.	1234
Summa:	1234
SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio (Disidencia)	1235
Fallo	1236
I.- Sentencia recurrida.....	1236
II.- Recurso de casación.....	1236
III.- Dictamen del Procurador General	1237
IV.- La solución del caso	1237
SENTENCIA:	1240
21- CARPITERO SBARBAT. 23-06-22.	1241
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=857	1241
Lex: Art. 164, 42 y 44 del CP. Art. 17 y 58 del CP.	1241
Vox: Robo simple. Tentativa. Unificación de pena. Plenario.....	1241
Summa:	1241
CSJM. Plenario. Disidencias.....	1242
Fallo	1243
SENTENCIA	1271
22- MONTERO ARANCIBIA. 27-07-22.	1273
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=874	1273
Lex: Art. 164, 42, 239 y 55 del CP. Art. 4 Ley 26485. Art. 25 de la ley 4.976 de Ejercicio de la Abogacía y la Procuración.	1273
Vox: Robo simple. Tentativa. Desobediencia a una orden judicial en contexto de violencia de género. Juicio abreviado cuestionado. Unificación de pena.	1273

Summa:	1273
SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio.	1273
Fallo	1274
1.- La sentencia recurrida.....	1274
2.- El recurso de casación de la defensa de William Sergio Sebastián Montero	1275
3.- Dictamen del señor Procurador General	1276
4.- La solución del caso	1276
SENTENCIA:	1278
23- CARMONA LUJAN y ot.. 05-08-22.	1280
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=870	1280
Lex: Art. 164 y 42 del CP	1280
Vox: Robo simple EGT.....	1280
Summa:	1280
SCJM. Dres.: Palermo. Gómez. Day.	1280
Fallo	1281
1.- La sentencia recurrida.....	1281
2.- El recurso de casación de la defensa de Alejandro Daniel Varas Romero	1282
3.- Dictamen del Procurador General	1282
4.- La solución del caso	1282
SENTENCIA:	1285
24- GALINDO LLAVE. 16-08-22.	1286
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=870	1286
Lex: Art. 166, inc. 2°, 3° párrafo, 1° supuesto, 50 del CP. Art. 206 CPP.....	1286
Vox: Robo. Arma sin aptitud acreditada. Reincidencia. Fotografías. Reconocimiento en rueda de personas. Exclusión probatoria.....	1286
Summa:	1286
SCJM. Dres.: Dres.: Palermo. Valerio. Adaro.	1287
Fallo	1288
1.- La sentencia recurrida.....	1288
2.- El recurso de casación de la defensa de Juan José Galindo Llave.....	1289
3.- Dictamen del señor Procurador General	1289
4.- La solución del caso	1289
SENTENCIA:	1292
25- JOFRE AGUILERA. 16-08-22.	1294
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=872	1294
Lex: Art. 164, 42 y 50 del CP	1294
Vox: Robo simple. Tentativa. Reincidencia.....	1294
Summa:	1294
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo.	1294
Fallo	1295
1.- La resolución recurrida	1295
2.- El recurso de casación.....	1296
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1297
4.- La solución del caso	1297

SENTENCIA:	1299
26- LOBATO BARROSO y ot.. 19-08-22.	1300
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=869	1300
Lex: Art. 166, inc. 2°, 2° párrafo, 167, inc. 2°, 54, 55, 90 del CP. Art. 359 CPP.	1300
Vox: Robo. Arma impropia. Poblado y banda. Concurso ideal. Lesiones graves. Concurso real. JAI cuestionado.....	1300
Summa:	1300
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	1300
Fallo	1301
1.- La resolución recurrida	1301
2.- El recurso de casación.....	1302
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1303
4.- La solución del caso	1303
SENTENCIA	1307
27- MALDONADO JOSE LUIS. 19-08-22.	1308
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=885	1308
Lex: Art. 167, inc. 2° CP.....	1308
Vox: Robo. Poblado y banda. JAI cuestionado.....	1308
Summa:	1308
SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio.	1308
Fallo	1309
1.- Sentencia recurrida.....	1309
2.- Recurso de casación.....	1309
3.- Dictamen del señor Procurador General	1310
4.- La solución del caso	1310
SENTENCIA	1311
28- BALDEZ GATICA, SOSA ALBELLO y ot.. 25-08-2022.	1312
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=871	1312
Lex: Art. 167 inc. 2, art. 166 inc. 2, 3° párrafo, art. 54 y 141del CP. Acordada n° 29051.	1312
Vox: Robo. Poblado y banda. Arma sin aptitud acreditada. CI. Privación ilegítima de la libertad. Escuchas telefónicas. Intervención.	1312
Summa:	1312
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro (Licencia).	1312
Fallo	1313
1.- La resolución recurrida	1313
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	1314
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1314
4.- Audiencia de informe oral	1314
5.- La solución del caso	1315
SENTENCIA	1319
29- BOLADO MARIONES. 21-09-22.	1321
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=888	1321
Lex: Art. 166, inc. 2°, 2° p. CP.....	1321
Vox: Robo. Arma de fuego apta.....	1321
Summa:	1321

SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo.	1321
Fallo	1322
1.- La resolución recurrida	1322
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa.....	1323
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1323
4.- La solución del caso	1324
SENTENCIA:	1327
30- MERCADO TAPIA. 28-09-22.	1328
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=890	1328
Lex: Art. 166, inc. 2°, 3° párrafo, 58 del CP	1328
Vox: Robo. Arma sin aptitud acreditada. Unificación de pena.....	1328
Summa:	1328
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo (Disidencia).	1329
Fallo	1330
1.- Sentencia recurrida.....	1330
2.- Recurso de casación.....	1330
3.- Dictamen del señor Procurador General	1331
4.- La solución del caso	1331
SENTENCIA:	1336
31- FERNANDEZ HERRERA y ots. 12-10-22.	1337
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=927	1337
Lex: Art. 166, inc. 2°, 1° párrafo, 1°s.; 167, inc. 2°, 54 del CP	1337
Vox: Robo. Arma impropia. Poblado y banda. Concurso ideal. Concurso aparente. Falta de coincidencia entre la protocolización y el registro audiovisual. Error material en el protocolo.	1337
Summa:	1337
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.....	1337
Fallo	1338
1.- La resolución recurrida	1338
2.- El recurso de casación.....	1339
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1340
4.- La solución del caso	1340
SENTENCIA:	1346
32- DIMATTEO LUNA. 10-11-22.	1348
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=960	1348
Lex: Art. 166 inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto y 45 del CP	1348
Vox: Robo. Arma impropia. Objeto contundente. Consumación. Reedición de planteos.	1348
Summa:	1348
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo	1349
Fallo:	1350
1.- La resolución recurrida	1350
2.- Los recursos de casación interpuestos por las defensas	1351
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1353
4.- La solución del caso	1355
SENTENCIA:	1361

33- VELAZQUEZ BENEGAS. 14-11-22.	1362
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=944	1362
Lex: Art. 166 inc. 2, 1° párrafo, 1° supuesto, 54 y 167 inc. 2 del CP	1362
Vox: Robo. Arma impropia. Concurso ideal. Poblado y en banda. Concurso aparente.	1362
Summa:	1362
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	1362
Fallo:	1363
1.- La resolución recurrida	1363
2.- El recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal.....	1364
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1364
4.- La solución del caso	1365
SENTENCIA:	1369
Aclaratoria. RECTIFICACION.	1370
34- MUÑOZ y ot. 24-11-22.	1372
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=966	1372
Lex: Art. 167 inc. 2 y 42 del CP. Ley 8008.	1372
Vox: Robo. Poblado y banda. Tentativa. Principio de inmediación. Principio de congruencia. Circunstancia agravante de la banda.	1372
Summa:	1372
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo	1372
Fallo:	1373
1.- La resolución recurrida	1373
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa.....	1373
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1374
4.- La solución del caso	1374
SENTENCIA:	1376
35- CAMPILLAY NOGUERA. 12-12-22.	1377
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=946	1377
Lex: Art. 166 inc. 2, 2° párrafo, art. 54, art. 167 inc. 2 del CP. Art. 2, 414, 416 inc. 4 del CPP	1377
Vox: Robo. Arma de fuego apta para el disparo. Concurso ideal. Poblado y en banda. Absolución por duda. Principio in dubio pro reo. Reconocimiento positivo en rueda de personas	1377
Summa:	1377
SCJM. Dra. Day. Dr. Llorente. Dr. Gómez (Disidencia)	1378
Fallo:	1379
1.- La resolución recurrida	1379
2.- El recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal.....	1380
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1382
4.- La solución del caso	1382
SENTENCIA:	1390
36- CHIAFFITELLI LOPEZ. 21-12-22.	1392
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=964	1392
Lex: Art. 166 inc. 2, 3° párrafo, 167 inc. 2, 55 del CP	1392
Vox: Robo agravado. Arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada. Poblado y en banda. Partícipe primaria. JAI cuestionado. –manifestación contraria al reconocimiento- antes de la lectura de fundamentos.	1392

Summa:	1392
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	1393
Fallo:	1394
1.- La resolución recurrida	1394
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	1396
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1397
4.- La solución del caso	1398
SENTENCIA:	1402
37- MERCADO CARRIZO.28-12-22.	1404
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=970	1404
Lex: Art. 166 del CP	1404
Vox: Robo agravado. Recurso de apelación mal concedido.....	1404
Summa:	1404
SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio.	1404
Fallo:	1405
I.- La sentencia recurrida.....	1405
II.- El recurso de casación de la defensa	1405
III.- Dictamen del señor Procurador General	1407
IV.- La solución del caso	1408
SENTENCIA:	1415
CAPÍTULO VIII. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD. Extorsión. Estafa. Usurpación. Daño.	1417
1- LOBOS GRAS LUIS y ot.. 25-02-22.	1417
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=758	1417
Lex: Art. 174 inc. 5 en función con el art. 173 inc. 7 del CP.....	1417
Vox: Defraudación en perjuicio de la administración pública en la modalidad de administración infiel. Autor. Partícipe primario. «principio de confianza»–.....	1417
Summa:	1417
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	1417
Fallo	1418
1.- La sentencia recurrida.....	1418
2.- Recurso de casación.....	1419
3.- Dictamen del señor Procurador General	1422
4.- Contestación de la vista por el querellante en esta instancia recursiva	1422
5.- Audiencia oral	1422
6.- La solución del caso	1423
SENTENCIA:	1430
2- MAGLIOCCHINI ISAAC. 31-03-22	1432
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=757	1432
Lex: Art. 172 CP. Art. 67, 4° párrafo inc. a) del CP.	1432
Vox: Administración fraudulenta. Prescripción. Sobreseimiento.....	1432
Summa:	1432
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro.	1432
Fallo	1433
1.- Sentencia recurrida.....	1433

2.- Recurso de casación.....	1433
3.- Dictamen del señor Procurador General.....	1434
4.- La solución del caso	1434
SENTENCIA:	1435
3- OJEDA 01-06-22.	1437
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=765	1437
Lex: Art. 172 CP. Art. 19 y concordantes, 353 del CPP.	1437
Vox: Estafa genérica. Non bis in idem. Actos ópticamente diferentes.....	1437
Summa:	1437
SCJM. Dras. Day , Miquel. Carabajal.....	1437
Fallo:	1438
1.- La resolución recurrida	1438
2.- El recurso de casación.....	1438
3.- El dictamen del señor Procurador	1440
4.- La solución del caso	1440
SENTENCIA:	1443
4- PATTI GOBBI. 07-04-22.	1444
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=801	1444
Lex: Art. 181 del CP. Art. 417 del CPP	1444
Vox: Usurpación. Prescripción. Audiencia de acusación. Virtualidad interruptiva.	1444
Summa:	1444
• CSJM. Dres.: Adaro . Valerio. Llorente.....	1445
• Fallo:	1446
1.- La resolución impugnada.....	1446
2.- El recurso de casación de la defensa de Bernardo Patti Gobbi	1447
3.- Dictamen del Procurador General	1448
4.- La solución del caso	1449
SENTENCIA:	1451
5- PARISI. 28-11-22.	1453
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=971	1453
Lex: Art. 172 del CP. Art. 475, 353 del CPP.	1453
Vox: Estafa genérica. Control de impugnabilidad objetiva. Sobreseimiento. Principio de taxatividad legal del art. 475 del CPP. Defectos en la captación digital advertidos. Ausencia de fundamentos.	1453
Summa:	1453
SCJM. Dres.: Valerio . Palermo. Adaro.	1453
Fallo:	1454
1.- La resolución recurrida	1454
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	1454
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1455
4.- La solución del caso	1456
SENTENCIA:	1459
6- MATAR y BRAHIM MATAR. 30-11-22.	1460
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=957	1460
Lex: Art. 169 del CP.	1460

Vox: Chantaje. Tentativa. Concurso real. Tipicidad. Monto de la pena	1460
Summa:	1460
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo	1460
Fallo	1461
1.- Sentencia recurrida.....	1461
2.- Recurso de casación de la defensa	1463
3.- Dictamen del señor Procurador General	1465
4.- La solución del caso	1466
SENTENCIA:	1473
7- MOLINA ACEVEDO. 06-12-22.	1475
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=975	1475
Lex: Art. 181 del CP. Art. 474, 477, 414 del CPP	1475
Vox: Usurpación. Posesión. Absolución. Querellante particular	1475
Summa:	1475
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo	1475
Fallo	1476
1.- La resolución recurrida.	1476
2.- El recurso de casación interpuesto por el querellante particular	1476
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1477
4.- La solución del caso	1478
SENTENCIA:	1480
CAPÍTULO IX. DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PUBLICA. Tenencia. Portación.	1482
1- CASTRO. 03-02-22.	1482
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=771	1482
Lex: Art. 189 Bis inc. 2, 4° párrafo y 5° párrafo del CP.....	1482
Vox: Portación. Arma de fuego de uso civil. Atenuación. Legítimo tenedor. SJP.....	1482
Summa:	1482
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio.	1483
Fallo	1484
1.- Sentencia recurrida.....	1484
2.- Recurso de casación.....	1484
3.- Dictamen del señor Procurador General	1485
4.- La solución del caso	1485
SENTENCIA	1487
2- SUAREZ LOYOLA. 25-02-22.	1488
Web: http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=764	1488
Lex: Art. 189 Bis, 2 ap. 4 p CP.....	1488
Vox: Portación. Arma de fuego de guerra. Unificación. Reedición de planteos.	1488
Summa:	1488
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio.	1488
Fallo	1489
1.- Sentencia recurrida.....	1489
2.- Recurso de casación.....	1489
3.- Dictamen del señor Procurador General	1490

4.- La solución del caso	1491
SENTENCIA	1494
3- GATTARI NAVARRO. 18-04-22.	1495
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=799	1495
Lex: Art. 189 Bis, inc. 2°, 4° y 5° párrafo CP	1495
Vox: Portación. Arma de fuego de guerra. Figura atenuada. Tenencia pretérita pretendida.	1495
Summa:	1495
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo.	1495
Fallo	1496
1.- Sentencia recurrida.....	1496
2.- Recurso de casación.....	1496
3.- Dictamen del señor Procurador General	1497
4.- La solución del caso	1497
SENTENCIA:	1499
4- PERALTA CALDERON. 22-04-22.	1500
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=804	1500
Lex: Art. 189 bis, inc. 2, 4° párrafo CP. Art. 205 CP. Art. 147 CPP. Art. 38 de la ley 9106	1500
Vox: Portación. Arma de fuego de guerra. Atenuación cuestionada. Testigo de actuación. Juicio de cesura.....	1500
Summa:	1500
SCJM. Dres.: Valerio. Llorente. Adaro (Licencia).	1501
Fallo	1502
1.- Sentencia recurrida.....	1502
2.- Los recursos de casación interpuestos por el Ministerio Público Fiscal y por la defensa del acusado	1503
3.- Dictamen del señor Procurador General	1506
4.- La solución del caso	1507
SENTENCIA:	1509
5- DOMINGUEZ MEDINA. 26-05-22.	1510
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=829	1510
Lex: Art. 189 Bis, inc. 2°, 1° párrafo del CP. Art. 217, último párrafo del CPP.	1510
Vox: Tenencia. Arma de fuego de uso civil. Garantía de la inviolabilidad del domicilio. Derecho de exclusión. Nulidad de acta de allanamiento. Doctrina de la Plain View.	1510
Summa:	1510
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo.	1510
Fallo	1511
I.- Sentencia recurrida.....	1511
II.- Recurso de casación.....	1512
III.- La contestación de la vista de la defensa	1513
IV.- Dictamen Procurador General.....	1513
V.- La solución del caso	1513
SENTENCIA:	1515
6- REYES LARA y ot.. 17-08-22.	1516
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=865	1516
Lex: Art. 26 inc. 3, 30 y cc. del CPP. Art. 189 bis, inc. 2, 1° párrafo del CP.	1516

Vox: SJP. Tenencia. Arma de fuego de uso civil. Consentimiento vinculante.	1516
Summa:	1516
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo (Licencia). Valerio.	1517
Fallo	1518
1.- Sentencia recurrida.....	1518
2.- Recurso de casación.....	1518
3.- Dictamen del señor Procurador General	1519
4.- La solución del caso	1519
SENTENCIA:	1520
7- GARCIA MANCA. 17-08-22.	1521
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=866	1521
Lex: Art. 189 Bis, inc. 2°, 3° párrafo del CP. Art. 26 y 30 CPP	1521
Vox: SJP. Portación. Arma de fuego de uso civil. Consentimiento del MPF. Carácter vinculante. .	1521
Summa:	1521
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo (Licencia).	1522
Fallo	1523
1.- Sentencia recurrida.....	1523
2.- Recurso de casación.....	1523
3.- Dictamen del señor Procurador General	1524
4.- La solución del caso	1524
SENTENCIA:	1526
8- ZACCA VIDELA. 18-10-22.	1527
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=922	1527
Lex: Art. 189 bis inc. 2, 4° párrafo, 54, 104, 1° párrafo, 150 y 55 CP	1527
Vox: Portación. Arma de fuego de guerra. Abuso de arma. Violación de domicilio. Concurso real. Concurso ideal. Percepción de los testigos. Unidad de la prueba. Figura atenuada pretendida. .	1527
Summa:	1527
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo.	1527
Fallo	1528
1.- La resolución recurrida	1528
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	1529
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1529
4.- La solución del caso	1529
SENTENCIA:	1532
9- GALLARDO RUARTE. 24-10-22.	1533
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=923	1533
Lex: Art. 189 bis, inc. 2, 4° y 6° párrafo; 205 y 55 del CP	1533
Vox: Portación. Arma de fuego de guerra. Atenuación. Concurso real. Infracción art .205 del CP. Pandemia.	1533
Summa:	1533
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro (Licencia).	1534
Fallo	1535
I.- La resolución recurrida	1535
II.- El recurso de casación.....	1536
III.- El dictamen del señor Procurador General.....	1536

IV.- La solución del caso	1536
SENTENCIA:	1538
10- JOFRE. 11-11-22.	1539
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=949	1539
Lex: Art. 189 inc. 2, 1° párrafo del CP. Art. 198 del CPP.	1539
Vox: VG. Tenencia. Arma de fuego de uso civil. Competencia del Tribunal de revisión. Reformatio in peius. Nulidad absoluta.....	1539
Summa:	1539
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo (Licencia). Valerio.	1539
Fallo	1540
I. Sentencia recurrida	1540
II.- Recurso de casación.....	1541
III.- Dictamen del señor Procurador General	1542
IV.- La solución del caso	1542
SENTENCIA:	1549
11- ROSALES CHACON. 11-11-22.	1550
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=973	1550
Lex: Art. 189 Bis, inc. 2°, 1° párrafo del CP. Art. 26 inc. 3 y 30 del CPP.	1550
Vox: SJP. Tenencia. Arma de fuego de uso civil.....	1550
Summa:	1550
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo. (Licencia).	1551
Fallo	1552
1.- Sentencia recurrida.....	1552
2.- Recurso de casación.....	1552
3.- Dictamen del señor Procurador General	1553
4.- La solución del caso	1553
SENTENCIA:	1555
12- TEJADA TRIGO. 25-11-22.	1556
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=947	1556
Lex: Art. 189 inc. 2°, 4° y 6° párrafo del CP	1556
Vox: Portación. Arma de fuego de guerra. Atenuación.....	1556
Summa:	1556
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. (Licencia). Adaro.	1556
Fallo	1557
1.- La sentencia recurrida.....	1557
2.- El recurso de casación del representante del Ministerio Público Fiscal.....	1558
3.- Dictamen del señor Procurador General	1558
4.- La solución del caso	1558
SENTENCIA:	1559
13- LADISLAO GUTIERREZ. 01-12-22.	1560
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=942	1560
Lex: Art. 189 Bis, inc. 2°, 4° y 5° párrafo del CP. Art. 147, 2, 414, 474, 221, 201 y 202 del CPP. Art. 43 inc. c) de la ley 9204.....	1560
Vox: Portación. Arma de fuego de guerra. Nulidad. Testigo de actuación. Requisita sin orden.....	1560
Summa:	1560

SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo (Licencia).	1560
Fallo	1561
1.- La resolución recurrida	1561
2.- El recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal.....	1561
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1561
4.- La solución del caso	1561
SENTENCIA:	1563
14- LORCA. 14-12-22.	1564
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=958	1564
Lex: Art. 189 bis, inc. 2°, 3° párrafo del CP.	1564
Vox: Portación. Arma de fuego de uso civil.....	1564
Summa:	1564
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio.	1564
Fallo	1565
1.- La resolución recurrida	1565
2.- El recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal.....	1565
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1565
4.- La solución del caso	1566
SENTENCIA:	1567
CAPÍTULO X. DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PÚBLICA. Salud pública.	1569
1- ROZAS DOMINGUEZ. 22-04-22.	1569
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=802	1569
Lex: Art. 205 del CP. DNU N° 297/20. Art. 99 inc. 3 CN.	1569
Vox: Pandemia. Infracción art. 205 CP. Inconstitucionalidad DNU. JAI no homologado.	1569
Summa:	1569
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro (Licencia). Llorente.	1570
Fallo	1571
1.- Sentencia recurrida.....	1571
2.- Recurso de casación.....	1573
3.- Dictamen del señor Procurador General	1574
4.- La solución del caso	1574
SENTENCIA	1585
2- CASTRO CARRASCO. 06-06-22	1586
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=851	1586
Lex: Art. 205 del CP. DNU N° 297/20	1586
Vox: Pandemia. Infracción art. 205 CP. Delito de peligro. Audiencia remota. Principio de congruencia.....	1586
Summa	1586
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro (Licencia). Llorente.	1586
Fallo	1587
1.- La sentencia recurrida.....	1587
2.- El recurso de casación de la defensa de Adrián Castro	1587
3.- Dictamen de Fiscal Adjunto en lo Penal	1589
4.- La solución del caso	1589

SENTENCIA:	1594
3- PALOMO DAVILA. 10-06-22.	1595
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=852	1595
Lex: Art. 205 CP. DNU 297/20. Art. 99 inc. 3 CN. Art. 271, 293, 359, 315, 391	1595
Vox: Pandemia. Infracción art. 205 CP. Inconstitucionalidad Decreto 297/20. Daño simple. Evasión. Resistencia. Delito de peligro abstracto.	1595
Summa:	1595
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro (Licencia). Llorente.	1596
Fallo:	1597
1.- Sentencia recurrida.....	1597
2.- Recurso de casación.....	1600
3.- Dictamen del señor Procurador General	1601
4.- La solución del caso	1601
SENTENCIA:	1612
CAPÍTULO XI. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PÚBLICA. Desobediencia.	1614
1- MAYA MARTINEZ. 25-11-22.	1614
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=951	1614
Lex: Art. 239 del CP	1614
Vox: VG. Desobediencia a la autoridad. El principio in dubio pro reo como regla de decisión. Principio de unidad de la prueba.	1614
Summa:	1614
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo (Licencia)	1614
Fallo:	1615
1.- La resolución recurrida	1615
2.- El recurso de casación.....	1616
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1616
4.- La solución del caso	1617
SENTENCIA:	1620
2- SALGUERO GUZMAN. 25-11-22.	1621
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=953	1621
Lex: Art. 239 del CP y art. 4 de la ley 26.485.....	1621
Vox: VG. Desobediencia a la autoridad. Notificación. Error de prohibición (sobre la vigencia de la prohibición). Debida diligencia. Retracción.....	1621
Summa: Rechazar el recurso de casación deducido por la defensa.....	1621
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo (Licencia).	1622
Fallo:	1623
1.- La resolución recurrida	1623
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa de José Ariel Salguero Guzmán	1623
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1625
4.- La solución del caso	1625
SENTENCIA:	1627
3- MUÑOZ. 25-11-22.	1628
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=963	1628
Lex: Art. 239 del CP. Art. 11, inc. 3, 8, 9 y 15 de la Ley 6.722.	1628
Vox: Resistencia a la autoridad. Facultades policiales. Unificación. Reincidencia.	1628

Summa:	1628
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo (Licencia)	1628
Fallo:	1629
1.- La resolución recurrida	1629
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa de Brian Muñoz	1630
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1630
4.- La solución del caso	1631
SENTENCIA:	1632
4- FERNANDEZ GONZALEZ. 06-12-22.	1634
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=967	1634
Lex: Art. 239 del CP	1634
Vox: VG. Desobediencia a la autoridad. Libertad ambulatoria. Encuentro casual. Ausencia de Estado de necesidad. Unificación.	1634
Summa:	1634
SCJM. Dres.: Adaro.Valerio. Palermo	1634
Fallo:	1635
1.- La resolución recurrida	1635
2.- El recurso de casación de la defensa	1635
3.- Dictamen del Procurador General	1637
4.- La solución del caso	1637
SENTENCIA:	1641
CAPÍTULO XII. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PÚBLICA. Malversación. Encubrimiento.	1643
1- SALGADO SERGIO HERNAN. 14-06-22	1643
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=848	1643
Lex: Art. 59 iniso 3, 62, 67 del CP. Art. 36, 5° párrafo de la CN.	1643
Vox: Malversación de caudales públicos. Desobediencia. Prescripción. Corrupción.....	1643
Summa:	1643
CSJM. Dras.: María Teresa Day, Dra. Silvina Miquel, Y Dra. Gladys Marsala	1643
Fallo:	1644
1.- Resolución recurrida	1644
2.- Recurso de casación.....	1644
3.- Dictamen del señor Procurador General	1645
4.- La solución del caso	1645
SENTENCIA	1661
2- SALINAS ZETA DIEGO. 03-05-22.	1662
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=810	1662
Lex: Art. 277 inc. 1 letra a en función del 277 ap. 3 letras a, b y d, 55, 293, 1 párrafo y 298 del CP. Ley provincial 6.722	1662
Vox: Encubrimiento. Hecho precedente especialmente grave. Ánimo de lucro. SA es funcionario público. Concurso real. Falsedad ideológica. Causa de justificación. Atipicidad.	1662
Summa:	1662
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro.	1662
Fallo:	1663
1.- Sentencia recurrida.....	1663
2.- Recurso de casación.....	1664

3.- Dictamen del señor Procurador General	1664
4.- La solución del caso	1665
SENTENCIA:	1668
3- VERDUGO LUCERO. 12-08-22.	1669
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=875	1669
Lex: Art. 277 inc. 1 letra c del CP	1669
Vox: Encubrimiento.	1669
Summa:	1669
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro (Licencia).	1669
Fallo:	1670
1.- La resolución recurrida	1670
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	1670
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1672
4.- La solución del caso	1672
SENTENCIA:	1677
4- GIOVARRUSCI BONACORCI. 12-08-22.	1678
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=887	1678
Lex: Art. 277 inc. 1 letra c del CP. Art. 25 de la ley 4.976 de Ejercicio de la Abogacía y la Procuración.	1678
Vox: Encubrimiento. JAI cuestionado. Buena fe procesal.	1678
Summa:	1678
SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio.	1678
Fallo:	1679
1.- La sentencia recurrida.....	1679
2.- El recurso de casación de la defensa de Diego Adrián Giovarrusci Bonacorci	1680
3.- Dictamen del señor Procurador General	1681
4.- La solución del caso	1681
SENTENCIA:	1683
5- CERSOSIMO, CAMARGO y ot.. 08-11-22.	1684
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=969	1684
Lex: Art. 277 inc. 1 letra c del CP	1684
Vox: Encubrimiento. SA es funcionaria pública. Autoencubrimiento.	1684
Summa:	1684
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	1684
Fallo:	1685
1.- La resolución recurrida	1685
2.- El recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal.....	1686
3.- El dictamen del señor Procurador General:.....	1688
4.- La solución del caso	1689
SENTENCIA:	1692
6- PARRAGUEZ. 29-11-22.	1694
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=969	1694
Lex: Art. 277 inc. 1 letra c del CP. Art. 259, 418 del CPP.....	1694
Vox: Encubrimiento. JAI cuestionado. Pena de cumplimiento efectivo. Modalidad domiciliaria. Correcta explicación por la judicatura.	1694

Summa:	1694
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	1694
Fallo:	1695
I.- La resolución recurrida	1695
II.- El recurso de casación de la defensa	1696
III.- El dictamen del señor Procurador General.....	1696
IV.- La solución del caso	1697
SENTENCIA:	1699
CAPÍTULO XIII. DELITOS CONTRA LA FE PÚBLICA. Falsificación.	1701
1- MILANESE. 28-06-22.	1701
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=810	1701
Lex: Art. 292 del CP. Art. 353 inc. 1 y 4 del CPP.....	1701
Vox: Falsificación de documento privado. Instrumento público. Prescripción. Querellante particular.	1701
Summa:	1701
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo.	1701
Fallo:	1702
1.- La resolución recurrida	1702
2.- El recurso de casación.....	1702
3.- El dictamen del Procurador General.....	1703
4.- La solución del caso	1703
SENTENCIA:	1704
2- NIETO. 25-10-22.	1705
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=810	1705
Lex: Art. 292 del CP. Art. 34 inc. 1 del CPP.....	1705
Vox: Uso de instrumento público falso. Error de tipo. Exclusión de dolo. Inhabilitación especial. Monto de pena.	1705
Summa:	1705
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro (Licencia).	1705
Fallo:	1706
1.- La resolución recurrida	1706
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	1706
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1707
4.- La solución del caso	1707
SENTENCIA:	1709
CAPÍTULO XIV. IMPEDIMENTO DE CONTACTO DE MENORES CON PADRE NO CONVIVIENTE.	1711
Ley 24270. (Sancionada 03-11-1993; promulgada 25-11-93).....	1711
1- VULCANO. 22-03-22.	1712
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=981	1712
Lex: Art. 1 in fine de la ley 24.270. Resolución n° 717/16. Art. 30 y cc del CPP. Art. 76 Bis del CP. Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal N° 8.008 (Modificada por Ley N° 8.911). Ley 26061. CDN. Constitucionalidad y convencionalidad. Ley 26485. Convención Belén Do Para. CEDAW. ley 27.499 (Ley Micaela) Ley 9.196.....	1712

Vox: VG. Impedimento y obstrucción ilegal de contacto de hijos menores con padres no convivientes, agravado por la edad del niño. Dictamen vinculante del MPF sobre SJP. Condena condicional. Absolución. In dubio pro reo.	1712
Summa:	1712
SCJM. Dra Day . Dr. Garay. Dr. Gómez.....	1713
Fallo:	1714
1.- La sentencia recurrida.....	1714
2.- El recurso de casación de la defensa de D. R. V.....	1716
3.- Dictamen del señor Procurador General.....	1717
4.- Presentación del querellante particular D. D. D. en esta instancia.....	1718
5.- La solución del caso.....	1718
SENTENCIA:.....	1729
CAPÍTULO XV. INCUMPLIMIENTO DE DEBERES DE ASISTENCIA FAMILIAR.	1731
Ley 13944. Art. 4 CP.....	1731
1- CASADO- PERDIGUEZ. 23-08-22	1732
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=873	1732
Lex: Art. 2 inc. d en función del art. 1 Ley 13.944. Ley 26485. Ley 27499. Convención Belén Do Para. Art. 73 del CP. art. 198 inc. c, 424 in fine, 429 del CPP.....	1732
Vox: VG. Delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar. Falta de acción cuestionada. Querellante es ex esposa del imputado. Acción privada. Legitimación activa. Forma y contenido de la querrela. Nulidad. Audiencia de conciliación. Curatela del querellado.....	1732
Summa:	1732
SCJM. Dres.: Valerio . Adaro. Palermo	1734
Fallo:	1735
1.- La sentencia recurrida.....	1735
2.- El recurso de casación de la defensa.....	1736
3.- El planteo de nulidad formulado por la defensa en esta instancia.....	1736
4.- La posición de la querellante en relación con el recurso de casación interpuesto y el planteo de nulidad formulado.....	1737
5.- La solución del caso.....	1737
SENTENCIA:.....	1743
2- FUENTES. 20-12-22.	1744
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=985	1744
Lex: Art. 1 de la ley n° 13.944. Art. 59 inc. 3, 62 incs. 2 y 5 del CP. Art. 353 inc. 4, 417 quater del CPP.	1744
Vox: Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar. Prescripción. Solicitud de audiencia de acusación. Delito de omisión. Delito permanente. Delito continuado. Cese del estado consumativo de la omisión punible. Nulidad del auto.....	1744
Summa:	1744
SCJM. Dres.: Valerio . Adaro (Licencia). Palermo.....	1745
Fallo	1746
1.- La resolución recurrida.....	1746
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa.....	1746
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1748
4.- La solución del caso.....	1748
SENTENCIA:.....	1752

CAPÍTULO XVI. REMISION CPP.	1754
I- SJP. Art. 26 inc. 3, 30 y siguientes del CPP	1754
II- JAI cuestionados. Art. 26 inc. 4, 359, 418 y siguientes del CPP	1754
III-Unificación. Art. 41 del CPP y 58 del CP.....	1755
IV-Falta de registro audio visual. Art. 147, 155 CPP.....	1755
V- Nulidades. Art. 197 y concordantes del CPP	1756
VI-Valoración de la prueba. Art. 205 del CPP.Retracción de la víctima en casos de VG-	1756
VII-Pericias. Informe técnico. Art. 250 y concordantes del CPP	1757
VIII-Reconocimiento en rueda de personas. Art. 262, 264 y concordantes del CPP	1757
IX- Sobreseimiento. Art. 353 del CPP	1758
X-Inadmisibilidad formal del recurso de casación por el Querellante particular. Art. 475 del CPP ...	1758
APÉNDICE NORMATIVO	1760
CODIGO PENAL DE LA NACION ARGENTINA	1761
LIBRO PRIMERO. DISPOSICIONES GENERALES	1761
LIBRO SEGUNDO. DE LOS DELITOS	1786
CODIGO PROCESAL PENAL DE LA PROVINCIA DE MENDOZA	1865
LIBRO PRIMERO. DISPOSICIONES GENERALES	1865
Art. 4º - Ámbito Temporal.	1865
LIBRO SEGUNDO. INVESTIGACIÓN PENAL PREPARATORIA	1938
LIBRO TERCERO. JUICIOS Y PROCEDIMIENTOS ESPECIALES.....	1952
LIBRO CUARTO. RECURSOS	1975
LIBRO QUINTO. EJECUCIÓN	1985
LEY 9106. JUICIO POR JURADOS POPULARES	1996

ORDEN ALFABÉTICO

A
AGUERO OLMOS RODOLFO RICARDO P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL Y ACUMULADOS N° 747057/19 Y 746676/19 (747087/19) (747087) (747057/19) (747057) (746676/19) (746676) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN
AGUERO PEREZ EDUARDO AMERICO P/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO S/ CASACIÓN
ALMONACID VALLEJOS ABDON VALENTEIN P/ AMENAZAS (61731) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN
ALMONACID VALLEJOS ABDON VALENTIN P/ ABUSO SEXUAL - ART 119 1 PARRAFO (51880) (51880/21) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN
ARANCIBIA CHURQUINA ADRIAN Y VALLEJOS SERGIO P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR SER COMETIDO POR DOS O MÁS PERSONAS P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN
ARAYA LUNA WALTER MARIANO P/ HURTO DE VEHÍCULO EN GRADO DE TENT. EN CONC. REAL CON DAÑO AGRAV. EN VENGANZA DE LAS DETERMINACIONES DE LA AUTORIDAD Y EN CONC. REAL CON INCUMP. DEL AISLAMIENTO SOCIAL PREVENTIVO Y OBLIGATORIO P/ REC. EXT. DE CAS.
AREVALO SORIA ROQUE MARCELO P/ ABUSO SEXUAL SIMPLE AGRAVADO (64349) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN
AUCACHI CISNEROS ROBERTO P/ HOMICIDIO SIMPLE CON DOLO EVENTUAL - DOS HECHOS EN CONCURSO IDEAL CON LESIONES LEVES CON DOLO EVENTUAL - TRES HECHOS - (323/19) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN
AVILA RODRIGUEZ, WALDO MARIO P/ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE (1427/20) (11214/20) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN
B
BAIGORRIA Y PRADO MANRIQUE P/ ROBO AGRAVADO Y ACUMULADO P-746642/19 P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN
BAINA MADRIL, ALFREDO LEONARDO P/ LESIONES LEVES DOLOSAS AGRAVADAS POR LA RELACIÓN DE PAREJA Y POR MEDIAR VIOLENCIA DE GÉNERO, DAÑO SIMPLE, AMENAZAS SIMPLES Y PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD, TODO EN CONCURSO REAL (67339/21) P/ RECURSO EXT. DE CASACI
BALDEZ GATICA JUAN SEGUNDO, NAVARRETE DORCEMAINE SEBASTIÁN ALFREDO Y SOSA ALBELLO ALBERTO ADRIÁN P/ ... (735354/19) (735354) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN
BALTAZAR CRUZ HUMBERO Y OTOS P/ ABUSO SEXUAL (16711) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN
BOLADO MORIONES ALEJANDRO Y LEYES ABALLAY CRISTIAN P/ ROBO AGRAV POR EL USO DE ARMA (41824/20) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN
C
CABALLERO DELGADO JORGE EMMANUEL, NAVARRO MONTAÑO RAMON EXEQUIEL P/ ROBO SIMPLE EN CONCURSO REAL CON HOMICIDIO SIMPLE (764657/19) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN

<p>CACCIA BARRIONUEVO JOSE OSVALDO P/ HOMICIDIO SIMPLE CON DOLO EVENTUAL (DOS HECHOS) Y LESIONES GRAVES CON DOLO EVENTUAL TODO EN CONCURSO IDEAL (ARTS. 79, 54, 90 DEL C.P.). (10189) (10189/18) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN</p>
<p>CAMPILLAY NOGUERA ALEXIS GONZALO CARRIZO FERREYRA MARIO JAVIER, TALQUENCA CHISARI EMANUEL SEBASTIAN P/ ROBO AGRAVADO P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN</p>
<p>CANO PEDRO SEBASTIAN P/ LESIONES LEVES DOLOSAS AGRAVADAS POR LA RELACION DE PAREJA Y POR MEDIAR VIOLENCIA DE GENERO (84860) (84860/20) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN</p>
<p>CARMONA LUJÁN, JOSÉ GABRIEL Y VARAS ROMERO, ALEJANDRO P/ ROBO AGRAVADO POR ESCALAMIENTO EN GRADO DE TENTATIVA (7203/21) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN</p>
<p>CARMONA RODRIGUEZ, JESÚS ORLANDO; CHACON PEREZ, E XEQUIEL EDUARDO Y GATICA TOLEDO, MAURICIO ALEXANDER P/ ROBO AGRAVADO CON ARMA IMPROPIA; ROBO CALIFICADO POR SER CON ARMA DE FUEGO CUYA APTITUD PARA EL DISPARO NO PUEDE TENERSE POR ACREDITADA Y ROBO AG</p>
<p>CARPINTERO SBARBAT LUIS ALFREDO Y OTROS P/ ROBO CON ESCALAMIENTO P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN</p>
<p>CASTILLO ORDOÑEZ ALBERTO EDUARDO P/ PROMOCION DE LA CORRUPCION DE MENORES P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN</p>
<p>CASTRO CARRASCO ADRIAN ENRIQUE P/ VIOLACION DE MEDIDAS DESTINADAS A IMPEDIR LA INTRODUCCION O PROPAGACION DE EPIDEMIA COVID-199 P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN</p>
<p>CASTRO, DIEGO EXEQUIEL P/ PORTACIÓN ILEGAL DE ARMA DE FUEGO DE USO CIVIL ATENUADA POR SER TENEDOR AUTORIZADO DEL ARMA (13976/20) (13976) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN</p>
<p>CATALDO ORTIZ ROBERTO FRANCISCO P/ HOMICIDIO CRIMINIS CAUSAS (87358) (87358/20) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN</p>
<p>CERSOSIMO ERWIN, CAMARGO GUARDIA VERONICA Y LLORENS PEREZ ARNALDO COMPULSA EN P-1816/15..P/ INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES PROCESALES (19605) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN</p>
<p>CHIAFFITELLI LOPEZ JAIRO DAVID, LUCERO DI LAURO VIVIANA ISABEL, MERCADO PÁEZ JAQUELINA DEL VALLE, GÓMEZ MORALES MARCOS EXEQUIEL (93234/21) (93234) P/ROBO AGRAVADO RECURSO EXT. DE CASACIÓN</p>
<p>CHOMIUK ARANCIBIA JESUS NAZARENO P/ ROBO (33501/20) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN</p>
<p>CORREA MAIDANA LUIS ALBERTO Y OTROS P/ TORTURAS Y ACUM. N° P- 734842/19 P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN</p>
<p>COTELA PINI CRISTIAN ALEJANDRO Y COTELA PINI AGUSTÍN MATÍAS NICOLÁS P/ HOMICIDIO SIMPLE AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN</p>
<p>D</p>
<p>DADDA RUIZ NELSON GUSTAVO P/ AMENAZA SIMPLS EN CONTEXTO (500431) (500431/18) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN</p>
<p>DE JESUS, JORGE DANIEL P/LESIONES CULPOSAS (8815) S/ CASACIÓN</p>
<p>DI CESARE MELLI, ANDRES SALVADOR P/ HOMICIDIO AGRAVADO (97026) (97026/16) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN HORIZONTAL</p>

DIMATTEO LUNA , PABLO CARLOS Y GOMEZ TAPIA, JESE ESTEBAN P/ ROBO AGRAVADO POR USO DE ARMA CUYA APTITUD PARA DISPARO NO PUEDE TENERSE DE NINGÚN MODO POR ACREDITADA, ROBO AGRAVADO POR USO DE ARMA IMPROPIA Y ROBO AGRAVADO EN POBLADO Y EN BANDA, TODO EN
DOMINGUEZ MEDINA ALBERTO JOSE P/ TENENCIA ILEGAL DE ARMA DE FUEGO (745691) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN
DOMINGUEZ , JUAN JOSÉ P/ ROBO AGRAV. POR USO DE ARMA DE FUEGO EN CONC. IDEAL CON ROBO AGRAV. POR ESCALAMIENTO EN POBLADO Y EN BANDA EN TENT., EN CONC. REAL CON INFRACCIÓN A LAS MEDIDAS PARA EVITAR LA PROPAGACIÓN DE UNA EPIDEMIA P/ RECURSO EXT. DE CAS
E
ESCOBEDO CRUZ ROBERTO CARLOS/ ROBO AGRAVADO (53410) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN
ESPEJO PEREIRA MATIAS ISMAEL P/ROBO AGRAVADO (28218) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN
ESPIÑA AMAYA , LUCAS ELIAN P/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO (67674/20) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN
F
FARÍAS TOLEDO , ÁNGEL RAFAEL; PÁEZ REYNOSO, CAMILO Y MUÑOZ NÚÑEZ, DAIANA GABRIELA P/ HOMICIDIO AGRAVADO S/ CASACIÓN
FERNANDEZ GONZALEZ LUIS MIGUEL P/ DESOBEDIENCIA A LA AUTORIDAD (7744/21) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN
FERNANDEZ HERRERA SEBASTIAN EZEQUIEL Y LUCIANO ANDRES PEÑA ZABALA P/ ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA EN CONCURSO IDEAL CON ROBO AGRAVADO EN POBLADO Y EN BANDA (ART. 166 INC. 2º, PRIMER PÁRRAFO, PRIMER SUPUESTO; 54 Y 167 INC. 2º DEL CÓDIGO PENAL) (P
FERNANDEZ MOLINA ENRIQUE MAXIMILIANO P/ AMENAZAS AGRAVADAS (85726) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN
FERNANDEZ QUISPES HUMBERTO, MAMANI VELA LENNIN NELSON, ACEBEY BALEDEERRAMA MARCO ANTONIO, MAMANI BILLARPANDO YOBANI P/ ABUSO SEXUAL P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN (79875)
FLORES PEDRO OSVALDO P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR LA SITUACION DE CONVIVENCIA PREEXISTENTE (127071) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN
FUENTES ARIEL EUGENIO P/ AMENAZAS P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN
G
G. T. A. N. P/ AMENAZAS AGRAVADAS POR EL USO DE ARMAS EN CONTEXTO DE VIOLENCIA DE GENERO (0082/21/B) (0082) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN
GALINDO JUAN JOSE P/ ROBO AGRAV. P/ USO DE ARMA P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN
GALLARDO RUARTE MAURO AGUSTIN P/ PORTACION ILEGITIMA DE ARMA DE FUEGO DE GUERRA ATENUADA E INFRACCION AL ART 205 EN CONC REAL (ART 189 BIS, INCISO 2, 4º PARRAFO, 205 Y 55 DEL CODIGO PENAL) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN

GARCIA MANCA MAURICIO ANTONIO P/ PORTACION ILEGAL DE ARMA DE FUEGO DE USO CIVIL P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN
GARCÍA RIVERA , VÍCTOR MIGUEL P/ HOMICIDIO AGRAVADO CRIMINIS CAUSA, AGRAVADO EN PERJUICIO DE PERSONAL POLICIAL Y POR USO DE ARMA DE FUEGO EN CONCURSO IDEAL CON ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO, EN POBLADO Y EN BANDA EN GRADO DE TENTATIVA P/
GATTARI NAVARRO JESUS ALBERTO P/ PORTACION ILEGAL DE ARMA DE GUERRA ATENUADA (37662) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN
GIL ALONSO GUILLERMO ADRIAN P/ DOS HECHOS AMENAZAS SIMPLES P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN
GIMENEZ ALGAÑARAZ , PABLO ERNESTO P/ AMENAZAS SIMPLES (776346/19) (776346) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN
GIMENEZ GONZALEZ JUAN HUMBERTO P/ HURTO SIMPLE (741318) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN
GIOVARRUSCI BONACORCI DIEGO ADRIAN P/ ENCUBRIMIENTO (5219) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN
GODOY ECHENIQUE JUAN JOSE, CEPEDA GOMEZ JUAN MARCELO Y OTROS P/ ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO (71429) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN
GONZALEZ MARIO CESAR P/ LESIONES GRAVES DOLOSAS CALIFICADAS POR LA CALIDAD DEL SUJETO ACTIVO (8232) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN
GONZALEZ MUÑOZ MARIO ANSELMO P/ HOMICIDIO AGRAVADO POR LA CONDUCCION IMPRUDENTE Y NEGLIGENTE DE UN VEHICULO MOTOR (13269) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN
GRAIN MARCOS ECHEGARAY VICTOR, ECHEGARAY ALEJANDRO E GAUNA IVAN P/ ABUSO SEXUAL C/ ACCESO CARNAL AGRAVADO (5294) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN
GUAJARDO , SERGIO P/ LESIONES LEVES DOLOSAS AGRAVADAS POR EXISTIR RELACIÓN DE PAREJA Y MEDIAR VIOLENCIA DE GÉNERO P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN
GUARDIA MERCADO ENZO JAVIER P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL (154876/17) (154876) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN
H
HEREDIA VELEZ DAVID ESTEBAN P/ HOMICIDIO SIMPLE (12438) (12438/20) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN
HERRERA KEVIN HERNÁN, GUAJARDO RIVERO CARLOS DAVID, HERRERA SANCHEZ RODRIGO P/ HOMICIDIO SIMPLE AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO (33276) (33276/20) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN
HISA LEONARDO Y OTROS P/HOMICIDIO CALIFICADO (20055) P/ RECURSO EXT.DE CASACIN
I
ITURRI , JUAN ANTONIO P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO Y ACUMULADO N° 727158/19 (41213/18) (41213) (727158) (727158/19) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN
J

JOFRE AGUILERA CRISTIAN FRANCISCO P/ ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA EN GRADO DE TENTATIVA P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN
JOFRE LUIS MARIO P/ TENENCIA ILEGITIMA DE ARMA DE FUEGO DE USO CIVIL CONDICIONAL (13432/20) (13432) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN
JOFRE SILVA Y OTS P/ HOMICIDIO (769545) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN
L
LADISLAO GUTIERREZ MANUEL P/ PORTACION ILEGAL DE ARMA DE GUERRA ATENUADA (44083) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN
LOBATO BARROSO CELSO EXEQUIEL; GORDILLO FLORES ISMAEL MAURICIO; AGUILERA SEBASTIAN EZEQUIEL P/ ROBO AGRAVADO Y ACUMULADOS P-11244/21 Y P-44819/20 (11235) (11244) (44819) (11235/21) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN
LOBOS GRAS LUIS, SGRO CLAUDIA, FERNANDEZ MARIA P/ DEFRAUDACION EN PERJUICIO DE LA AMINISTRACION PUBLICA... (5041) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN
LOPEZ DOMINGUEZ OMAR ALFREDO P/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO (76719) (76719/20) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN
LORCA, JONATHAN CRISTIAN P/ PORTACION ILEGAL DE ARMAS DE USO CIVIL (3296) (3296/21) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN
M
MAGLIOCCHINI ISAAC P/ ADMINISTRACION FRAUDULENTA (124683) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN
MAIO GRAÑA PABLO GUSTAVO P/ ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE AGRAVADO POR EL VINCULO Y ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR EL VINCULO, VARIOS HECHOS EN UN NUMERO INDETERMINADO, TODO EN CONCURSO REAL P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN
MALDONADO QUIROGA, MARCELO FRANCISCO P/ ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN
MALDONADO, JOSE LUIS P/ ROBO AGRAVADO POR SER EN LUGAR POBLADO Y EN BANDA (114403) (114403/21) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN
MARTINEZ FERNANDEZ CRISTIAN JOSE P/ PROMOCION DE CORRUPCION DE MENORES DOBLEMENTE AGRAVADA POR EL VINCULO Y POR SER LA VICTIMA MENOR DE TRECE AÑOS (77363) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN
MATAR EMILIO GUSTAVO y GUSTAVO BRAHIM MATAR P/ CHANTAJE Y EXTORSION (102458) (102469) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN
MAYA MARTINEZ MARCELO ANICETO P/ RESISTENCIA O DESOBEDIENCIA (47062) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN
MENDEZ CASTRO P/ HOMICIDIO (709615/19) (709615) (63385/18) (63385) P/ REC. EXT. DE INCONSTIT - CASACIÓN
MERCADO CARRIZO MATÍAS JAVIER, CARRIZO MIRANDA LUCAS SEBASTIAN, LUCERO JOSÉ ALBERTO, SENATORE JOSÉ MARTIN, LUNA SANATORE CARLOS EZEQUIEL P/ ROBO CALIFICADO P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN

MERCADO JAVIER ARMANDO P/ ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE.. (0049) (49/21) (49) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN
MERCADO TAPIA JUAN JOSE P/ ROBO AGRAVADO P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN
METRAL OSORIO FERNANDO P/ ABUSO SEXUAL SIMPLE AGRAVADO (712013) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN
MILANESE, SOSA Y OT. P/ FALSIFICACION DOCUMENTO PRIVADO (97055) P/ RECURSO EXT .DE CASACIÓN
MIRANDA GREGORIO CACCIA BARRIONUEVO Y PECA FLORES P/ HOMICIDIO CULPOSO AGRAVADO (10189) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN
MOLINA ACEVEDO JORGE ENRIQUE P/ USURPACION DE INMUBLE (157881) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN
MOLINA RAMÍREZ, SERGIO DANIEL POR ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO (16460/20) (16460) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN.
MONTERO ARANCIBIA, WILLIAM SERGIO SEBASTIAN P/ ROBO SIMPLE EN GRADO DE TENTATIVA Y ACUMULADO 12279/21 (72979/21) (72979) (12279/21) (12279) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN
MONTON GARCIA RAUL MANUEL P/ LESIONES LEVES DOLOSAS CALIFICADAS POR EL VINCULO P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN (753063)
MORILLAS TEJADA ABEL JONATHAN P/ ABUSO SEXUAL (80645/20) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN
MOYANO LOPEZ ARIEL P/ ROBO AGRAVADO P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN
MUÑOZ JUAN Y OTROS P/ ROBO AGRAVADO POR SER EN POBLADO Y EN BANDA P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN
MUÑOZ, BRIAN CATRIEL P/ RESISTENCIA A LA AUTORIDAD (52446/21) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN
N
NIETO, MARIO FABIÁN P/ USO DE DOCUMENTO PÚBLICO FALSO... (LORDA) (49390) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN
NN P/ ESTAFA GENÉRICA – OJEDA FRANCO FEDERICO S/ CASACIÓN
O
OJEDA FRANCO O NN P/ ESTAFA GENÉRICA – OJEDA FRANCO FEDERICO S/ CASACIÓN
OLGUIN ALFREDO JESUS P/ ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN (70211/20)
OLGUÍN HERRERA, SERGIO OMAR; RECABARREN VIDELA, RODRIGO EMANUEL S/ CASACIÓN E INCONSTITUCIONALIDAD
OLIVERA CASTILLO EDUARDO GABRIEL P/ HOMICIDIO SIMPLE (57753) (57753/16) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN

OLMEDO ARRIETA, ERNESTO ESTEBAN P/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL (2829/20) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN
ORTUBIA ZABALETA SEBASTIAN ALBERTO P/ HOMICIDIO CULPOSO POR LA CONDUCCION ANTIRREGLAMENTARIA DE UN VEHICULO AUTOMOTOR (114515/14) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN
ORTUBIA, MARCOS P/ LESIONES AGRAVADAS P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN
P
PALOMO DÁVILA DIEGO RAÚL Y OT. P/ VIOLACION A MEDIDAS CONTRA LA PANDEMIA Y P-46476/20, CARATULADA FC/ PALOMO DÁVILA DIEGO RAÚL P/ VIOLACIÓN A MEDIDAS CONTRA PANDEMIA (34568/20) (34568) (46476/20) (46476) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN
PANDOLFINO SABRINA P/ CALUMNIAS E INJURIAS P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN
PARISI JORGE OMAR (29830) (79663) P/ ESTAFA GENERICA P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN
PARRAGUEZ NAHUEL ALAN P/ ENCUBRIMIENTO SIMPLE (12139) (12139/22) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN
PATTI GOBBI BERNARDO P/ USURPACION P/ RECURSO EXT.DE CASACI
PECORA URIZA, JORGE CRISTIAN P/ ABUSO SEXUAL DOBLEMENTE AGRAVADO POR SER CON ACCESO CARNAL Y POR EL USO DE ARMA, VIOLACION DE DOMICILIO Y AMENAZAS AGRAVADAS POR EL USO DE ARMA, TODO EN CONCURSO REAL Y EN CONTEXTO DE VIOLENCIA DE GENERO (30250) (3025
PERALTA CALDERON, SERGIO OMAR, P/ PORTACION ILEGAL DE ARMA DE FUEGO DE GUERRA DE USO CIVIL CONDICIONAL Y VIOLACION DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS POR LAS AUTORIDADES COMPETENTES PARA EVITAR LA PROPAGACION DE UNA EPIDEMIA, TODO EN CONCURSO REAL P/ RECURSO
PERDIGUEZ VIVIANA E. C/ JOSE MARIA CASADO P/ QUERELLA (0137) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN
PEREZ GONZALEZ JOSE VALERIANO P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR EL VINCULO, DOS HECHOS EN CONCURSO REAL P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN
PEREZ GUTIERREZ DAVID JESUS P/ ROBO AGRAVADO (Y ACUMULADO 64940/20) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN
PONCE RUBIO, MATÍAS JOEL P/ HOMICIDIO CRIMINIS CAUSAE EN CONCURSO REAL CON ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN
PORCEL VALERO EDGARDO ADRIAN P/ ABUSO SEXUAL P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN
Q
QUIPILDOR BAIGORRIA FERNANDO OMAR P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL (TRES HECHOS), AMENAZAS COACTIVAS (TRES HECHOS), AMENAZAS SIMPLES, HURTO SIMPLE, TODO EN CONCURSO REAL Y EN CONTEXTO DE VIOLENCIA DE GENERO (128378) (607) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓ
R

RECOSTA ASTUDILLO , ELIAN FABIÁN P/HOMICIDIO AGRAVADO (776349) (776349/19) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN
REYES LARA , LARA ALVARADO Y GARCIA (968/20) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN
RIOS FERNANDEZ JUAN PABLO P/ HOMICIDIO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO (94991) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN
RODRIGUEZ ROMERO GEREMÍAS EMANUEL P/ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA (21153) (21153/20) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN
ROJAS GALARZA , DANIEL FRANCISCO POR AMENAZAS SIMPLES EN CONTEXTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN
ROJAS JULIO MARIO P/ LESIONES LEVES AGRAVADAS (37084/20) (37084) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN
ROMERO ARCE JONATHAN ARIEL, GOMEZ SALINAS HECTOR ANDRES P/ ROBO AGRAVADO (731384) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN
ROMERO TORRES , FRANCO EMANUEL P/ ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA BLANCA, ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO CUYA APTITUD PARA EL DISPARO NO PUEDE TENERSE POR ACREDITADA, ROBO AGRAVADO POR SER EN POBLADO Y EN BANCA, TODO EN CONCURSO IDEAL (72
ROSALES AGUILERA , EMANUEL GASTON P/ AMENAZAS SIMPLES (TRES HECHOS) Y AGRESIÓN CON ARMA IMPROPIA QUE NO CAUSÓ HERIDA, TODO EN CONCURSO REAL (70293/21) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN
ROSALES CHACON JOANA ANABEL P/ TENENCIA ILEGAL DE ARMA DE FUEGO P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN
ROZAS DOMINGUEZ ESTEBAN NICOLAS P/ INFRACCION AL ART. 205 CP (34514/20) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN
RUGGIERI RUBEN JAIR HILARIO O RUGGIERI JAIR RUBEN P/ ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA, VIOLACION DE DOMICILIO E INFRACCION AL ART. 205 C.P. TODO EN CONCURSO REAL P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN (53943)
S
SALGADO SERGIO HERNAN (79691) (104366) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN
SALGUERO GUZMAN JOSE ARIEL P/RESISTENCIA Y DESOBEDIENCIA AUTORIDAD (P-38865/21) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN
SALINAS ZETA DIEGO JAVIER P /ENCUBRIMIENTO (764123/19) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN
SANCHEZ CORDOBA LUIS, SANCHEZ CORDOBA ROMINA, CORDOBA GAITAN MIRTHA Y SANCHEZ PINO LUIS P/ COACIONES Y ACUM. P-12642/17 F C/ SANCHEZ CORDOBA LUIS ALBERTO P/ TENENCIA ILEG Y 31518/19 F C/ DIAZ BUSTOS PAMELA MABEL P/ TENENCIA ILEGAL P/ RECURSO EXT.DE
SARMIENTO VARGAS ALEXANDER RODRIGO P/ HOMICIDIO... (83870) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN
SEA RODRIGUEZ JUAN JOSE P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL, DOS HECHOS, EN CONCURSO REAL CON PRIVACION ILEGITIMA DE LA LIBERTAD AGRAVADA POR SER COMETIDA CON VIOLENCIA Y AMENAZAS (16728) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN

SOSA JULIO RICARDO P/ HOMICIDIO CULPOSO AGRAVADO POR LA CONDUCCION ANTIRREGLAMENTARIA DE UN VEHICULO AUTOMOTOR Y POR SER MAS DE UNA LAS VICTIMAS FATALES (2484) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN
SOSA ORTUBIA ARMANDO ANTONIO Y LUCERO LORCA CRISTIAN OSCAR P/ ABUSO SEXUAL Y ACUMULADOS N° 3316/20 Y 3509/20 (3313) (3313/20) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN
SUÁREZ LOYOLA, ENZO ADRIÁN P/ PORTACIÓN ILEGAL DE ARMA DE FUEGO S/ CASACIÓN
T
TALAGUIRRE CASTILLA, LUCAS EMILIANO HOMICIDIO SIMPLE EN GRADO TENTATIVA Y VIOLACIÓN MEDIDAS PARA IMPEDIR LA INTRODUCCIÓN O PROPAGACIÓN DE UNA EPIDEMIA EN CONC REAL P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN
TAPIA CUELLO DANIEL JONATHAN P/ ABUSO SEXUAL SIMPLE EN GRADO DE TENTATIVA (137111) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN
TAPIA FIGUEROA RODOLFO P/ ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE (ART. 119, PÁRRAFO 2° DEL CÓDIGO PENAL) (78810/18) (78810) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN
TAPIA HEVIA, JESÚS NOÉ S/ CASACION
TEJADA TRIGO, MARCELO DAVID P/ PORTACIÓN ILEGAL DE ARMA DE GUERRA S/ CASACIÓN
TELLO SANCHEZ NAHUEL FRANCO P/ LESIONES LEVES DOLOSAS DOBLEMENTE CALIFICADA POR MEDIAR UNA RELACION DE PAREJA Y POR MEDIAR VIOLENCIA DE GENERO (81848/21) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN
TONELLI BOOCK PABLO GUILLERMO; TONELLI BOOCK LUCAS FRANCISCO; TONELLI BOOCK LUIS ALBERTO FEDERICO, TONELLI BOOCK MARIA TERESITA, BOOCK JENICHEN SILVIA SUSANA P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO (18755/19) (18755) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN
TUR MOYA WALTER EXEQUIEL P/ LESIONES LEVES DOLOSAS CALIFICADAS POR LA RELACION DE PAREJA PREEXISTENTE Y POR MEDIAR VIOLENCIA DE GENERO (9320) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN
V
VALSECCHI VARGAS LUCAS DANIEL P/ ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE AGRAVADO (128420) (2945) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN
VARGAS VERGARA ARMANDO JOSE P/ ABUSO SEXUAL... (756159) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN
VEDIA CARMONA NICOLÁS MARIANO P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR SER COMETIDO POR SER EL ENCARGADO DE LA GUARDA DE LA VÍCTIMA P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN
VELAZQUEZ BENEGAS LUIS MIGUEL MATIAS P/ ROBO AGRAVADO (64394) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN
VERDUGO LUCERO ABEL NORBERTO P/ ENCUBRIMIENTO (18646) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN

VILDOZA SORIA DIEGO NORBERTO, VILLANUEVA FIGUEROA LUCAS SEBASTIAN, AGUERO TOLEDO FRANCISCO JAVIER P/ HOMICIDIO CRIMINIS CAUSA EN CONCURSO REAL CON ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO (152452) (152452/17) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN

VULCANO DAIANA ROSARIO P/ IMPEDIMENTO Y OBSTRUCCION DE CONTACTO DE MENORES CON PADRE NO CONVIVIENTE (19811) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN

Y

YANZON RUARTE BRIAN P/ ROBO AGRAVADO (734856) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN

Z

ZACCA VIDELA JONATHAN P/ PORTACION ILEGAL DE ARMAS DE GUERRA (741332/19) (741332) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN

ZANNI GIAMPORTONE OMAR ARIEL P/ HOMICIDIO CULPOSO (5974/18) P/

ZAPATA SCATAREGGIA DAN MARCEL Y BARRERA HAZERA CRISTIAN ARNALDO P/ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA EN CONCURSO IDEAL CON ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE UTILERÍA P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN

ZUÑIGA NAVARRO RODRIGO ARIEL P/ HOMICIDIO AGRAVADO (11437/20) (11437) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN

ABREVIATURAS y SIGLAS UTILIZADAS.

A.S.I. : Abuso sexual infantil.

A: Autor.

AF: Arma de fuego. (Art. 41 bis CP)

AFC : Arma de fuego de uso civil.

AFG: Arma de fuego de uso civil condicional o de guerra.

AI: Arma impropia.

AM: Adulto mayor.

ANA: Arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada. Arma no apta o no habida.

ANU: Arma no apta de utilería.

Arm. Arma.

Asc.: Ascendiente.

Aut.: Automovilista.

B: Banda

CA: Concurso aparente.

CC: Condena de ejecución condicional. (Art. 26 y concordantes del CP)

CDN: Convención de los derechos del niño.

CE: Condena efectiva.

CI: Concurso ideal (Art. 54 del CP)

CJ: Circunscripción judicial.

CN: Constitución Nacional.

CO. Coautor/es.

Conv. Conviviente.

CP: Código Penal.

CPP: Código Procesal Penal.

CR: Concurso real (Art. 55 del CP).

CSJN: Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Desc.: Descendiente.

EE: Encargado de la educación.

EG: Encargado de la guarda.

EGT: En grado de tentativa o conato. (Art. 42 y concordantes del CP)

EPI: Equipo Profesional Iterdisciplinario.

FP: Funcionario público. (Art. 77 del CP)

FS: Fuerzas de seguridad.

H: Hermano

IA: Inhabilitación absoluta.

IE: Inhabilitación especial.

Ins. Instigador.

IP: Inhabilitación perpetua.

JJ: Juicio por jurado.

JPC: Juzgado Penal Colegiado.

M: Mayor.

MASNNA: Material de abuso sexual de niñas, niños y adolescentes. (Acordada 29363).

MESNNA: Material de explotación sexual de niñas, niños y adolescentes. (Acordada 29363).

MPD: Ministerio Público de la Defensa.

MPF: Ministerio Público Fiscal.

Mul. : Multa.

N: Nulidad.

NNA: Niños, niñas y adolescentes; personas con capacidad restringida.

P: Prisión.

P1°: Partícipe primario.

P2°: Partícipe secundario.

Par.: Pareja.

PCC: Pena de Prisión de cumplimiento condicional o de ejecución condicional.

PCE: Pena de prisión de cumplimiento efectivo.

Pl.: Plural.

PPP: Pena de pena de prisión perpetua.

R: Reincidente.

RCJ: Requerimiento de citación a juicio.

REC: Recurso extraordinario de Casación.

REI: Recurso extraordinario de Inconstitucionalidad.

REQ: Recurso extraordinario de Queja.

REV: Recurso extraordinario de Revisión.

SA: Sujeto activo.

SCJM: Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza.

SJP: Suspensión de juicio a prueba.

SP: Sujeto pasivo.

TPC: Tribunal Penal Colegiado.

U: Unificación. (Art. 58 del CP)

UC: Unificación de condena.

UP: Unificación de pena.

US: Unificación de sentencia.

VG: Violencia de Género.

Capítulo I.

Delitos contra las personas.

Delitos contra la vida. Homicidios.

CAPÍTULO I. DELITOS CONTRA LAS PERSONAS. Delitos contra la vida. Homicidios.

1- CABALLERO DELGADO y ot. 18-03-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	-	-	AI	PCE	-	-	A	-	CR	-	-	-	N	400
														474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=766>

Lex: Art. 79, 164 y 55 del CP. Arts. 400 y 416 inc. 4 CPP. Art. 38 (b) Ley 9106

Vox: Homicidio. Dolo eventual. Robo simple. Concurso real. Nulidad, por falta de fundamentación de la pena. Audiencia de cesura.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **trece años de prisión** de cumplimiento efectivo, como coautor penalmente responsable del delito de robo simple y autor del delito de homicidio simple, ambos en concurso real (arts. 164, 79 y 55 del Código Penal).

Caballero y Navarro cortan los cables y se apoderan de una batería de Abel Airis Segundo. Este último va a reclamar y Caballero le corta el cuello, resultando la muerte de la víctima.

La defensa interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP). La defensa estima que ha sido valorada incorrectamente la prueba. Cuestiona el recurrente la autoría, el encuadre legal (Homicidio en riña- Art. 95 CP- en su caso) y, en forma subsidiaria, el monto de la pena impuesta.

El Procurador General entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La SCJM hizo lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado Jorge Emmanuel Caballero Delgado. Anuló la sentencia y sus fundamentos, sólo respecto de la **determinación judicial de la pena**, remitiendo las actuaciones al TPC. Art. 486 CPP. En tal sentido, y resultando la situación análoga a la prevista en el **art. 38 de la ley n° 9106** corresponde -en tanto resulte compatible- aplicar el procedimiento previsto en el inc. "b" de la citada norma.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1555, pronunciada por el TPC N° 2-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Quiroga Morales. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=192>
- Sanhueza. 09-11-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=820>

SCJM. Dres.: **Valerio**. Palermo. Adaro (Licencia).

Fallo.

CUIJ: 13-05761746-7/1((018602-764657)) F. C/ CABALLERO DELGADO JORGE EMMANUEL, NAVARRO MONTAÑO RAMON EXEQUIEL P/ ROBO SIMPLE EN CONCURSO REAL CON HOMICIDIO SIMPLE (764657/19) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105939982*

En Mendoza, a los dieciocho días del mes de marzo del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05761746-7/1 caratulada “F. C/ CABALLERO DELGADO, JORGE EMMANUEL Y NAVARRO MONTAÑO, RAMÓN EXEQUIEL P/ROBO SIMPLE EN CONCURSO REAL CON HOMICIDIO SIMPLE S/CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en la audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, el DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo el DR. OMAR A. PALERMO, y tercero el DR. MARIO D. ADARO.

La defensa técnica del acusado Jorge Emmanuel Caballero Delgado interpone recurso extraordinario de casación (fs. 88/109 vta.) contra la sentencia n° 1.555 (fs. 87 y vta.) de fecha 7 de mayo de 2021 y sus fundamentos orales que obran en soporte digital, mediante la cual se condenó a aquel a la pena de trece años de prisión, accesorias legales y costas.

Esto último en razón de encontrarlo coautor penalmente responsable del delito de robo simple y autor del delito de homicidio simple, ambos en concurso real (arts. 164, 79 y 55 del Código Penal) que se le atribuyeron en el marco de los autos N° P-764.657/19.

El pronunciamiento fue dictado por el Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El tribunal impugnado, en sala unipersonal, resolvió del modo precedentemente señalado al tener por acreditado el hecho contenido en la pieza acusatoria de citación a juicio, esto es, que «[e]l día 27 de octubre de 2019, aproximadamente a las 02:20 horas, Jorge Emmanuel Caballero Delgado y Ramón Exequiel Navarro Montaña, cortaron los cables y se apoderaron de una batería que se encontraba en el vehículo marca Peugeot, modelo 505, dominio TXS-528, perteneciente a Jorge Abel Airis Segundo, el cual se encontraba estacionado sobre calle Humahuaca, frente a la vivienda situada al 7829, Rodeo de la Cruz, Guaymallén.

Posteriormente, siendo aproximadamente las 3:30 horas, Jorge Abel Airis Segundo se constituyó en la vivienda de Ramón Navarro situada en calle Humahuaca n° 7829, Rodeo de la Cruz, Guaymallén, reclamando la restitución de la batería, por lo que comenzó a discutir con Jorge Emmanuel Caballero Delgado y Ramón Exequiel Navarro Montaña, momento en el cual Jorge Emmanuel Caballero Delgado golpeó con un elemento punzo cortante a Jorge Abel Airis Segundo, ocasionándole heridas en base de cuello cara lateral derecha, provocándole su muerte por shock hipovolémico» (ver soporte audiovisual, audiencia 7/5/21, min. 01:10:44/01:11:54).

Para así decidir valoró, entre los elementos de prueba más relevantes, las declaraciones testimoniales de Juan Carlos Quispe Riveros, Noelia Romina Rico Gutiérrez, Cintia Belén Rico Gutiérrez, Gisela Pino Gutiérrez, Franco Exequiel Pino, Silvia Marta Gutiérrez Pérez y Of. Insp. Santiago Emanuel Guajardo.

Cuadro probatorio que se completa con los restantes elementos incorporados debidamente a la causa como prueba instrumental, destacándose los siguientes: el acta de secuestro de fs. 18, el acta de allanamiento de fs. 31, el acta de procedimiento y croquis ilustrativo de fs. 46/49, el acta de visu de fs. 59, el desgrabado de las comunicaciones efectuadas al CEO de fs. 116/130 y la necropsia de fs. 284/285.

2.- Recurso de casación

La defensa del acusado Jorge Emmanuel Caballero Delgado promueve su impugnación al fallo condenatorio recaído sobre su representado conforme las previsiones contenidas en los incisos 1 y 2 del art. 474 del CPP, por entender que el resolutivo de origen adolece de vicios sustanciales y formales que lo invalidan como acto jurisdiccional válido.

Vicios in procedendo. Arbitraria valoración de la prueba.

2.1. En el plano de lo que suponen los vicios formales –vicios in procedendo– la recurrente cuestiona el acto sentencial al considerar que el tribunal de juicio ha **valorado arbitrariamente la prueba** obrante en autos, apartándose de las reglas que impone el sistema de la sana crítica racional, omitiendo, a su vez, valorar prueba esencial que confirma la hipótesis defensiva.

En este sentido, advierte que el apoyo probatorio en que se sustenta la lógica del razonamiento judicial reside en declaraciones de testigos que, a su criterio, resultan confusas, contradictorias y no certeras, que han sido sacadas de contexto por parte del juez para sostener vagamente la teoría del caso de la acusación, sobre las que no se han analizado correctamente las contradicciones oportunamente señaladas por esa defensa (2.1.a). A lo que aduna falta de ponderación del alegato defensivo y de prueba esencial aportada por esa parte (2.1.b). En lo que sigue se describen y desarrollan los puntos de agravios defensivos en el orden en que aparecen mencionados en este tramo del escrito recursivo.

2.1.a.- La letrada cuestiona la valoración de las declaraciones de Juan Carlos Quispe y Silvia Gutiérrez, sobre los cuales refiere que el juez centró gran parte de sus fundamentos para el dictado de la sentencia condenatoria, omitiendo o descuidando en su valoración el resto de las testimoniales.

Respecto de la declaración del Quispe, la cual a criterio del juez resulta trascendental para afirmar que fue Caballero quien le causó el golpe mortal a la víctima la defensora sostiene que, en realidad, se trata de una declaración que adolece de falta de coherencia y contradicción.

Sostiene que, desde su perspectiva, lo que ese testimonio permite afirmar es que el testigo vio tanto a Caballero como a Navarro armados, con hierros para sacar brasas o caños, es decir, elementos contundentes capaces de haber causado la herida mortal, y que ambos confrontaron o agredieron a Jorge Abel Airis, pero no que Caballero hubiese sido quien golpeó a la víctima en el cuello, lugar de la herida mortal, pues el testigo afirmó que no lo observó.

Esa información es la que surge, afirma, de las respuestas brindadas por el deponente ante las reiteradas preguntas que, sobre el punto en cuestión, le formularon los acusadores –público y privado–, alguno de cuyos fragmentos la defensa repasa y cita en su escrito.

También hace mención al testimonio de Noelia Rico Gutiérrez, viuda de Jorge Abel Airis. Estima que aún cuando se trata del testimonio más trascendente obrante en autos, no sólo por el particular interés de la dicente en que se haga justicia por lo ocurrido, sino porque estuvo a tres metros de la víctima en el momento del hecho, el juez se contentó con repetir fragmentos de su declaración, sin realizar una valoración íntegra de todo su relato.

Por un lado, refiere que la testigo dejó en claro que fue Navarro quien agredió salvajemente a su marido en primera instancia pegándole en el estómago y en todo el cuerpo; información que el juez no valoró.

Por otro lado, señala que también dijo que si bien habían tres personas agrediendo a su marido –Jésica (esposa de Navarro), Ezequiel Navarro y Jorge Caballero–, ella no había visto a ninguno golpearlo concretamente en el cuello, lo que permite sostener en forma contraria a como lo hizo el juez, que los tres estaban agrediendo a Jorge Abel Airis, y que Navarro estaba allí y no en otro lado como se sostiene en la sentencia.

Además, dice la defensa que la testigo, ante el requerimiento del fiscal a fin de que aclare ciertos pasajes de su declaración durante la investigación penal preparatoria, fue clara al describir que todos tenían caños –como también había dicho Quispe–, y que al momento en que su marido cayó al piso, tanto Navarro como su mujer portaban esos elementos, aunque no recordaba si Caballero tenía algo grande en las manos.

Además, menciona que la declarante aseguró que Navarro pasó por al lado de la víctima y que algo le hizo a su marido, que lo golpeó con el puño o con algo, y que fue por ahí que cayó al suelo. Entiende la defensa que esas expresiones de la principal testigo, ignoradas por el sentenciante, demuestran que la agresión mortal fue causada por Navarro.

Seguidamente, la letrada expresa que el juez analizó la declaración de Franco Ezequiel Pino, limitándose a considerar que el testigo observó tanto a Navarro como a Caballero golpear a su cuñado –Jorge Abel Airis–, aunque no visualizó quién le había provocado la herida en el cuello. Pero advierte la defensora que, además, este testigo mencionó que Navarro ingresó a su domicilio y salió con unos caños de pileta, y que luego había salido Caballero a golpearlo. También refirió que en una esquina habían comenzado a pelear Caballero, Navarro y su concuñado –Jorge Abel Airis–, y que mientras ello ocurría, observó que este último se encontraba en el suelo, con un hierro clavado en la pierna.

Por otra parte, controvierte la valoración que efectuó el tribunal de sentencia del testimonio de Silvia Gutiérrez. En primer lugar, expresa que sus dichos son totalmente contradictorios a los de Quispe, Rico y Pino, en cuanto a que éstos señalaron que tanto Navarro como Caballero –y no sólo Caballero como lo refiere la testigo– tenían fierros o caños.

En otro orden, considera que las declaraciones de Silvia Gutiérrez han sido tergiversadas en la sentencia respecto a la dinámica del hecho pues, ya que –a diferencia de lo que considera el juez– ella no dijo que vio a Caballero golpear directamente a la víctima con un caño, ni que luego de ello Jorge Abel Airis cayera al suelo. Sino que describió una secuencia en la que Caballero y la víctima, luego del golpe de aquel sobre éste con un caño, comienzan a disputarse ese instrumento y a insultarse.

Desde ahí interpreta que ese golpe no pudo ser el que provocó la herida mortal, dada la interacción posterior entre la víctima y el supuesto agresor.

Por otro lado, niega que la testigo –como lo consideró el juez– haya ratificado en debate su declaración prestada durante la investigación penal preparatoria, en lo que le fuera leído por el representante fiscal. Particularmente, en lo que tiene que ver con el **lugar, la cantidad y el momento de los supuestos golpes**, ya que mientras en su declaración anterior dijo que había observado que Caballero le había pegado dos veces en la cabeza a su yerno Jorge Abel Airis, durante el debate dijo que el golpe en la cabeza ocurrió cuando salió de la casa. Por lo tanto, entiende la defensa que ese supuesto golpe, no pudo ser **el golpe que provocó el desenlace fatal**, porque precisamente esa testigo aseguró en debate que transcurrieron cinco minutos desde el ataque hasta que su yerno cayó al suelo, lo que no se corresponde con la herida mortal causada.

En cuanto a los testimonios de Brandon Villalobos y Carlos Durán, la defensa considera que el sentenciante se limitó a valorar que ambos confirmaron la existencia del robo de la batería, omitiendo considerar que, además, ninguno indicó haber observado a Caballero causarle la herida mortal a la víctima, aunque detallaron que se trató de una pelea entre todos. Acerca de los dichos del Oficial Guajardo, destaca que ni en su declaración durante la investigación penal preparatoria ni en el acta de procedimiento, el actuante individualizó a los supuestos testigos que, según sus dichos, individualizaron a Caballero como el autor del homicidio al momento de realizar el procedimiento policial.

A ello, agrega que tampoco los testigos durante el debate afirmaron contundentemente ese extremo, ni refirieron habérselo señalado al agente policial al momento del hecho, lo que minimiza el valor probatorio de las afirmaciones del uniformado.

Expresa que lo trascendental de la declaración de Gisela Pino, y que fue omitido por el juez de la causa, es que al ser preguntada por el fiscal si había visto el momento en que hirieron a Jorge Abel Airis, ella respondió –a diferencia de otros testigos– que tanto Caballero como Navarro lo estaban agrediendo, pero que no había visto quién le clavó un fierro.

Considera que no es correcto inferir que fue Caballero quien mató a la víctima a partir de los dichos de Cintia Rico, cuando dice que ella estaba con sus familiares tratando de sacarles los caños a Navarro y a su pareja, y que Caballero se quedó con su cuñado Jorge Abel Airis peleando.

Porque, con posterioridad a la lectura de su declaración anterior a instancias de la defensa, aclaró que ambos acusados golpeaban a la víctima, sin poder precisar cuál fue el autor de la herida mortal, al igual que todos los demás declarantes.

Refiere que aún cuando se resolvió incorporar la declaración de Gimena Rico, quien se encontraba internada al momento del debate, su testimonio no fue merituado en la sentencia, siendo que también puso en dudas que Caballero haya tenido algo en sus manos. No así respecto de Navarro, a quien observó –al igual que la esposa de la víctima– con un caño de pileta.

La defensa manifiesta que la sentencia también deviene en arbitraria, porque no considera circunstancias relevantes del caso. En este punto, hace hincapié en que el informe del CEO, receptado como prueba instrumental por el juez, describe la vestimenta del posible autor del homicidio a partir de datos que no se corresponden con su representado, sino con Navarro.

Al respecto, vuelve a referirse al testimonio del Oficial Guajardo, en tanto refirió que los familiares de la víctima le habían manifestaron que el autor del homicidio era el sujeto detenido que portaba un pantalón naranja y/o rosado. Critica que el juez se haya valido de ese testimonio para validar la autoría de Caballero en el suceso mortal, al considerar que era él quien vestía un pantalón de similar color (rojo) en ese momento. Lo erróneo de ese razonamiento, según la tesis defensiva, es que no se sustenta en prueba objetiva, porque –reitera– esa información no surge consignada en el acta de procedimiento por el actuante, sino aparece sorpresivamente mencionada por aquel testigo en debate, casi un año y medio después del hecho.

Agrega que el juez omite valorar que Guajardo también dijo que había muchas personas –treinta–, que era una batalla campal, y que todos apuntaban hacia un domicilio y querían atacar a dos personas. En función de ello, entiende que no se ha alcanzado en autos el nivel de certeza que requiere el dictado de una sentencia de condena, dadas las omisiones y contradicciones apuntadas, existiendo en autos un estado de duda insuperable en cuanto a quién fue el autor del golpe que ocasionó la muerte de la víctima, que no logra ser derribado a través de los fundamentos del fallo, en el que se arriba a una conclusión desprovista de prueba.

Ello impone la absolución de su defendido por aplicación del art. 2 del CPP, y así lo solicita.

Vicios in iudicando. Vicios en el encuadre legal.

2.2.- Desde lo que suponen **vicios en el encuadre legal –vicios in iudicando–** considera que es erróneo endilgarle al acusado el delito de homicidio simple con dolo eventual (art. 79 del CP.), cuando no hay elementos objetivos en el fallo que determinen con certeza la autoría de Caballero en el hecho que se le atribuye –golpe mortal–. De tal manera, la recurrente plantea que las circunstancias del caso tornan plausible, como hipótesis delictiva, que la conducta del acusado quede subsumida bajo el delito de **homicidio en riña (art. 95 del CP)**, en concurso real con robo simple.

Quantum de la pena aplicada

2.3.- En último orden, y como pretensión subsidiaria, solicita se revise el quantum de la pena aplicada a su representado, porque entiende que el sentenciante **no ha valorado correctamente los parámetros previstos en los arts. 40 y 41 del CP**, de acuerdo a las circunstancias particulares del caso. Pues al hacer alusión a la naturaleza de la acción, de los medios empleados, del daño causado, no logra dar una justificación sustancial que permita la aplicación de la pena de trece años de prisión aplicada.

Expresa que Caballero no posee antecedentes penales y que no ha tenido ningún conflicto de esta índole que pueda agravar su situación particular Señala que el juez, luego de intentar infructuosamente probar un dolo directo respecto del homicidio, se inclina por decir que al menos **Caballero actuó con dolo eventual. Pero esa situación no ha sido considerada para la morigeración de la pena.**

En cuanto a la naturaleza del acto, destaca que el hecho no fue provocado por su representado. Que la afirmación que hace el a quo para sostener que las víctimas del robo fueron pacíficamente a buscar la batería, se contradice con la mayoría de las declaraciones de los testigos.

Por lo tanto, la naturaleza del hecho no tiene la extensión dañosa que el sentenciante le da. Acerca del medio empleado, dice que los testigos aseguraron que todos los que participaron activamente en la riña portaban caños y fierros.

Desde ahí interpreta que no hay manera de interpretar que Caballero pensó, planificó y optó por elegir un elemento distinto al que tenía el resto. De hecho, en las fotografías de los elementos utilizados, los caños secuestrados, se ve que son caños comunes, y que ninguno tenía la particularidad que permita considerar que se usaron con un fin homicida.

Dice que el juez cita formalmente la edad del acusado, sus responsabilidades parentales y su posibilidad de realizar un proceso de reinserción social, en tanto aplica una penalidad que no se condice con las intenciones de considerar esos ítems. Por ello, estima que resulta justa y equitativa la pena de ocho años de prisión.

Finalmente, hace expresa reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

Al contestar la vista conferida, el Procurador General entiende que el recurso de casación procede formalmente, y debe tratarse en el fondo porque constituye un medio de impugnación típico deducido por la defensa del acusado, con un interés concreto en su objeto, con específica indicación de los puntos de agravio y en el tiempo legal correspondiente (arts. 449, 451, 455, 475 y 48 del CPP).

Aún así, considera que no resulta procedente desde lo sustancial. Para sostener ese criterio, parte de verificar que la sentencia se encuentra debidamente fundada, y que el tribunal ha explicado con claridad las razones por las cuales arribó a la certeza necesaria para condenar al acusado.

Expresa que el juez hizo referencia en los fundamentos que acompañan al fallo cuestionado a todos los cuestionamientos que se reiteran en esta etapa recursiva, rebatiendo cada uno de los argumentos que oportunamente hiciera la defensa respecto de su discrepancia con la valoración de la prueba realizada.

Manifiesta que más allá de algunas diferencias que existieron en los dichos de los principales testigos – Quispe, Noelia Rico, Silvia Gutiérrez, Brando Villalobos y Oficial Guajardo– respecto a lo expresado en la investigación penal preparatoria, el juez destacó, acertadamente, que todos ellos fueron contestes en afirmar que existió una pelea, y que quien apareció en la escena portando caños con punta, fue el acusado, resultando vital que Quispe dijo que Caballero estaba golpeando con el elemento a la víctima, y luego lo atacó a él cuando intentó separarlos.

Por lo tanto, no obstante ciertas imprecisiones, existe coincidencia en señalar que fue Caballero quien trajo los hierros con punta, y que agredió a la víctima en todo su cuerpo, asestándole, entre varias, la herida que le causó la muerte. **Advierte que el juez analizó minuciosamente la teoría del caso de la defensa, y descartó su coartada** de señalar a Navarro como autor del homicidio a partir de las pruebas irrefutables existentes contra el acusado.

En relación con el cuestionamiento sobre el monto de pena, indica que las pautas legales han sido debidamente aplicadas por el tribunal de juicio. Por todo ello, aconseja que no se haga lugar al recurso de casación en trámite, y se convalide en su totalidad la sentencia impugnada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Puestos en consideración los motivos de agravio expuestos por la recurrente, adelanto mi opinión en el sentido que corresponde admitir parcialmente el recurso de casación interpuesto. Ello por las razones que serán detalladas a continuación.

A resumidas cuentas, los agravios de la defensa son los siguientes.

El primero, referido a que la **prueba resulta insuficiente para sostener la autoría del imputado** en el homicidio Jorge Abel Airis Segundo, por lo que debido a la arbitraria valoración probatoria desarrollada por el tribunal de sentencia, corresponde casar el resolutivo en crisis y absolver al acusado por aplicación del art. 2 del Código Procesal Penal de Mendoza.

El segundo, concerniente a que también se lleva a cabo en la sentencia **una errónea aplicación de la ley sustantiva**, al no existir en autos elementos objetivos que acrediten que el acusado fue el autor del golpe que provocó el desenlace fatal, por lo que reclama subsidiariamente en esta instancia, con relación al delito de homicidio simple, la aplicación de la figura del homicidio en riña (art. 95 del Código Penal).

Por último, considera que no se encuentra debidamente justificado el **monto de pena**, además de haberse omitido en la operación de determinación judicial de la sanción aplicada, ciertas circunstancias atenuantes.

Ahora bien, y como explicaré, considero que sólo le asiste razón a la defensa cuando cuestiona el desarrollo argumentativo que sustenta el monto punitivo por el que se condena finalmente al acusado. Pues, a mi juicio, la revisión de los elementos de convicción ponderados en el pronunciamiento cuestionado y los razonamientos utilizados por el juez de la causa, permiten demostrar que se ha acreditado la certeza necesaria de la autoría del acusado en los delitos intimados y que esa plataforma fáctica resulta debidamente encuadrada en la figura penal seleccionada, y resistida por la defensa.

Por lo tanto, en lo que sigue se abordarán los planteos defensivos siguiendo el orden en que han sido formulados en el escrito casatorio. Pues ello, además de garantizar un tratamiento prolijo, completo y ordenado de los mismos, luce coherente con y adecuado a la solución que en el presente voto propicio.

a.- Consideraciones sobre la alegada nulidad por falta de acreditación de la autoría

En primer lugar, la defensa cuestiona la forma en que, en la resolución en crisis, se valoró la prueba rendida en el debate para fundar la participación de Caballero Delgado en uno de los dos sucesos investigados.

Me refiero, concretamente, a la ponderación de los elementos probatorios que el tribunal de juicio tuvo en especial consideración para derribar el estado de duda y concluir respecto de la responsabilidad penal que se le atribuyó al imputado como autor del homicidio de la víctima. Nótese que, en línea con la estrategia defensiva expresada en sus alegatos, la defensa no cuestiona en esta instancia de revisión extraordinaria la participación del acusado como coautor en el delito de robo simple, lo que me exime de mayores consideraciones al respecto (ver recurso, fs. 94).

Para efectuar aquella afirmación, la letrada refiere que en la sentencia se han valorado de modo arbitrario ciertas declaraciones testimoniales recibidas durante el debate oral, especialmente aquellas a las que el juez les asignó el valor de «trascendentales» para probar que Caballero Delgado fue quien causó la herida mortal a la víctima.

Ello en tanto, según la tesis defensiva, esos mismos dichos están lejos de dar certeza sobre este aspecto controvertido de la imputación delictiva, porque se trata de manifestaciones confusas, contradictorias y que no poseen sustento probatorio en las demás constancias probatorias de la causa.

Al fundar ese argumento, la recurrente repasa fragmentos de la mayoría de los testimonios recogidos en esa instancia oral, proyecta sobre ellos sus objeciones personales a la interpretación asumida la sentencia y señala cuál sería, a su criterio, la exégesis que estima correcta.

Planteo defensivo que incorpora, también, la queja sobre la supuesta omisión, a la que tilda de «deliberada» y «arbitraria» de la judicatura, de incorporar en su razonamiento probatorio la valoración de algunos elementos de prueba, tanto de carácter subjetivo como objetivo que desacreditarían la hipótesis acusatoria avalada en el fallo de condena o, cuanto menos, permitirían descubrir la existencia de más de una explicación posible de los hechos. Al respecto debo decir que no comparto ninguno de los cuestionamientos casatorios desarrollados en este tramo de la casación.

Pues inversamente a lo que razona la impugnante, advierto que en el análisis de este aspecto central de la acusación –autoría en el homicidio–, la resolución en crisis cuenta con todos los requisitos necesarios para erigirse como un pronunciamiento válido, al no adolecer de falencias que impliquen su anulación.

Dicho en otros términos, el material probatorio ha sido valorado conforme a las reglas que impone el sistema de la sana crítica racional, de manera armónica y con visión de conjunto, sin que se comprueben en esta instancia la ausencia de valoración de elementos de prueba esenciales o dirimientes para la solución del caso.

En efecto, la reproducción del soporte digital en el que obran los fundamentos del fallo vertidos en forma oral revela, a mi juicio, que el juez de la instancia anterior detalló y analizó la totalidad de los elementos que conforman el plexo probatorio producido y válidamente incorporado en autos.

En esa **labor ponderativa, señaló adecuadamente el peso convictivo que le reconoció y asignó a cada uno de ellos**, destacó cuáles consideró especialmente relevantes para acreditar la plataforma fáctica tenida por históricamente en la sentencia, y expuso razonadamente su conclusión en orden al aspecto modal aquí resulta controvertido por la parte defensa. Esto es, acerca de la intervención –en calidad de autor– del acusado en el homicidio de la víctima.

Para ello, el juez de sentencia tuvo en cuenta todas las declaraciones producidas durante el debate oral por parte de Juan Carlos Quispe Riveros –pareja de la suegra de la víctima–, Noelia Romina Rico Gutiérrez

—esposa de la víctima—, Cintia Belén Rico Gutiérrez —hermana de la pareja de la víctima—, Gisela Pino Gutiérrez, Franco Exequiel Pino —cuñado de la víctima—, Silvia Marta Gutiérrez Pérez —suegra de la víctima— y Of. Insp. Santiago Emanuel Guajardo —agente policial actuante—.

Además de ciertos pasajes de aquellos testimonios que fueron rendidos durante la investigación penal preparatoria y que, a instancias de alguna de las partes litigantes, fueron reproducidos a los términos del **art. 400 del CPP**.

Del mismo modo, la prueba instrumental producida durante la investigación penal preparatoria e incorporada al debate de común acuerdo por las partes fue adecuadamente abordada. En particular, el acta de secuestro de fs. 18, el acta de allanamiento de fs. 31, el acta de procedimiento y croquis ilustrativo de fs. 46/49, el acta de visu de fs. 59, el desgrabado de las comunicaciones efectuadas al CEO de fs. 116/130 y la necropsia de fs. 284/285.

El examen interno de aquellos testimonios, y la confrontación conjunta de éstos con los restantes elementos de prueba producidos previamente reseñados, los que fueron debidamente incorporados al debate, confirma el acierto del tribunal de la instancia anterior cuando considera demostrado —a mi juicio, de manera lógica, razonada y suficiente— que Jorge Emmanuel Caballero Delgado fue quien, munido con un hierro o caño con punta, golpeó la humanidad de Jorge Abel Airis Segundo, provocándole, entre otras, una herida punzocortante penetrante en la base del cuello que le provocó un shock hipovolémico que desencadenó el desenlace mortal (ver registro audiovisual en que obran los fundamentos orales, audiencia 07/05/21, min. 01:15:31).

Comparto la reconstrucción que hace la sentencia sobre ese tramo central —y cuestionado— del hecho objeto del proceso, desde que se sustenta principalmente en la información aportada por la mayoría de los testigos que, en lo nuclear, y no obstante ciertas discordancias sobre aspectos contingentes y secundarios del caso —que son reconocidas y debidamente abordadas en la sentencia—, fueron contestes y coincidentes al respecto.

Explicaciones que se corroboran objetivamente en otros elementos de prueba. En ese entendimiento debo subrayar, como correctamente lo hace el sentenciante, en línea con los acusadores —público y privado—, los testimonios de Juan Carlos Quispe y de Silvia Marta Gutiérrez. En cuanto al primero, acierta el juez cuando destaca que el deponente ratificó en debate que el acusado fue quien salió del interior del domicilio del coimputado Navarro con un hierro con punta en la mano.

Describió, además, que luego que intervino satisfactoriamente en la pelea, logrando apartar a Navarro del enfrentamiento que mantenía con Jorge Abel Airis Segundo, apareció Caballero por detrás de la víctima, y lo golpeó con ese elemento sobre su cuerpo.

Finalmente, también mencionó haber escuchado, luego de esa secuencia, que alguien gritó alertando que el atacado había caído al suelo con el cuello con sangre (ver registro audiovisual en que obran los fundamentos orales, a partir de minuto 8:34).

Sin embargo, a mi modo de ver y de modo adverso a lo sostenido por la defensa, no encuentro ningún aspecto en su declaración que permita sostener que se trata de un relato incoherente o contradictorio, o que el juez lo haya valorado arbitrariamente.

Ello, pues cada uno de los aspectos que el tribunal considera relevantes de su testimonio para acreditar el comportamiento delictivo del acusado, aparece contenido en sus manifestaciones durante el juicio. En efecto, contrariamente a lo que refiere la defensa, el testigo aseguró con absoluta claridad y contundencia, que observó a Caballero portar un elemento punzo cortante, al que describió como «[u]n

hierro con punta» (ver registro audiovisual, audiencia 26/04/21, min. 00:29:45; 00:30:36; 00:42:02), de «[e]ntre un metro y un metro y medio aproximadamente» de longitud (00:42:22).

Asimismo, aseguró que el enfrentamiento previo a que la víctima cayera al suelo con sangre en el cuello, lo mantuvo únicamente contra Caballero Delgado.

Esto surge cuando describe que «Jorge [por el acusado] peleaba contra el otro Jorge, Jorge Airis [por la víctima]» (00:29:12), lo que ocurrió luego que la víctima se enfrentó a Navarro a golpes de puño, situación que se detuvo por la intercesión del testigo quien, mediante golpes de puño y empujones, logró apartar al atacante y conducirlo hacia su domicilio (00:29:19/00:29:33; 00:31:30; 00:36:25).

Ahora bien, si el descrédito que le endilga la casacionista a este testimonio es porque el testigo no habría observado que el acusado le introdujo el elemento punzo cortante en la zona del cuello a la víctima, lo cierto es que esa información no ha sido omitida en la sentencia.

Por el contrario, el tribunal destaca en reiterados pasajes de los fundamentos del fallo de condena que ninguno de los testigos presenciales del hecho corroboró en debate ese aspecto del hecho (ver registro audiovisual en que obran los fundamentos orales, min. 00:10:54; 00:18:25; 00:18:29, entre otros).

Tramo fáctico que, como se verá en lo sucesivo, es reconstruido en la sentencia a partir de los restantes elementos de prueba que, en su conjunto, no hacen más que generar certeza positiva sobre la autoría de Caballero en el golpe mortal.

A ello cabe agregar que la defensa, cuando analiza este testimonio, soslaya erróneamente que este testigo, como se señaló anteriormente, confirmó con absoluta claridad que observó a Caballero portar un elemento punzo cortantes, y que fue con ese mismo objeto con el cual quiso atacarlo a él luego de haber herido a Airis Segundo (00:45:00/00:45:40). De este modo, la crítica que hace la defensa sobre la valoración de este testimonio debe ser rechazada.

En cuanto al cuestionamiento defensivo dirigido contra el peso convictivo que se le reconoce en la sentencia al testimonio de Silvia Marta Gutiérrez, entiendo que sus pretensiones impugnativas tampoco pueden ser acogidas en esta instancia. Comparto con el juez de la instancia anterior que se trata de un testigo «relevante» en orden a acreditar la autoría del acusado en el homicidio endilgado (ver registro audiovisual en que obran los fundamentos orales, min. 00:20:11).

Pues esa valoración resultó al corroborar, acertadamente, que, durante el curso del debate, y a instancias de la lectura que el representante del Ministerio Público Fiscal le efectuara de la pieza en la que obra su declaración durante la investigación penal preparatoria (ver registro audiovisual, audiencia 27/04/21, min. 00:35:14), confirmó la descripción que hizo oportunamente de un tramo esencial de los hechos, en la que sindicaba indubitablemente a Caballero como autor de la herida que provocó la muerte de la víctima (fs. 173/174).

En ese sentido, la declarante ratificó en el juicio que, en el momento en el cual Caballero Delgado mantenía un enfrentamiento con Airis Segundo, luego que su pareja –Quispe– intercediera y separara a Navarro de esa pelea –la que limitó a un intercambio de golpes de puño–, observó que Caballero le asestó por lo menos dos golpes con un caño en la cabeza a la víctima. Luego de ello Airis Segundo caminó cuatro metros tomándose la cabeza y el cuello, del cual le salía sangre, y se «desplomó en el suelo» (00:48:53).

De tal manera, entiendo razonable la valoración que hace el juez cuando señala que, a partir de esa ratificación sobre el desarrollo de ese tramo de la secuencia de los hechos, «debe seguirse con evidencia que, esos golpes que ella vio, fueron los golpes mortales» (ver registro audiovisual en que obran los fundamentos orales, min. 00:28:24).

Es que, si como dijo la testigo, el último que atacó a la víctima fue Caballero, que lo hizo con golpes sobre la cabeza, y que luego de recibirlos cayó al suelo con sangre en el cuello. Ello resultó un indicio fuerte para tener por cierto que «la lesión mortal devino de la agresión de Caballero pegándole con los caños a Airis» (00:30:33). Lo antedicho niega la afirmación de la defensa, en cuanto postula que su testimonio se contradice con el resto de los testigos.

Obsérvese que sus dichos, en lo destacado, coinciden con el de su pareja –Quispe–. Basta con mencionar al respecto que ambos describen en forma concordante, de acuerdo a su participación en el hecho, el accionar del acusado, tanto en lo que hace a la secuencia previa a que se produjere la herida mortal –el enfrentamiento que tuvo la víctima con Navarro, en un primer momento, y luego con Caballero Delgado–, como con posterioridad a la herida mortal provocada por el acometimiento violento de éste último.

Tanto Gutierrez como Quispe, y –como se verá en lo sucesivo– otros testigos –Noelia Rico, Cintia Rico y Jérica Caballero– que se encontraban en el lugar del hecho, refirieron coincidentemente la misma modificación en el comportamiento de la víctima luego de recibir el golpe en la cabeza o cuello. Todos avalan que Airis Segundo se encontraba peleando con Caballero hasta el momento de recibir el golpe, y que luego lo observan precipitarse al suelo.

A su vez, no existe tergiversación por parte del juez del testimonio de la testigo en cuestión, sino sólo una ponderación que se opone a los intereses de la defensa, ya que el juez ha recalado en ciertos pasajes de los dichos de sus expresiones, reconociéndoles un valor sustancial para formar el juicio de certeza sobre el hecho que es objeto de la acusación, en una intelección que se encuentra debidamente justificada.

En cuanto a la discordancia que plantea la defensa en orden a sus dichos sobre el lugar, la cantidad y el momento de los golpes, entiendo que ello no es tal. Conforme el desarrollo analizado de la audiencia respectiva, el representante fiscal estuvo atento a ello, y tras advertir posibles contradicciones, le leyó fragmentos de su declaración anterior.

Frente a ello, la dicente aclaró sus dichos, siendo precisamente esas aclaraciones vertidas antes el tribunal y las partes las que fueron consideradas por el juez en la sentencia. Esto es, que fueron por lo menos dos los golpes que le efectuó Caballero a la víctima sobre su cabeza con un caño, que ello ocurrió mientras ambos se enfrentaban, y que luego de ello no habían pasado cinco minutos como lo había dicho en debate, sino que su yerno «caminó cuatro metros y se cayó» (00:48:53).

Para concluir con este argumento defensivo, no puede soslayarse que la misma crítica fue efectuada por la defensa durante los alegatos de clausura, dedicándole el juez un largo pasaje de sus fundamentos para fundar el peso convictivo que le asigna a la declaración bajo análisis (ver soporte audiovisual, 00:54:33/01:04:10).

En cuanto a las críticas defensivas sobre la valoración del testimonio de Noelia Romina Rico, pareja y madre de los hijos de la víctima, la compulsión de sus declaraciones y las inferencias probatorias que a partir del mismo hace el juez en los fundamentos del fallo, sellan la suerte adversa de la recurrente.

Por un lado, el tribunal de mérito ponderó que la testigo dijo que no sabía ni quién fue el causante de la herida mortal, ni tampoco si los atacantes –Navarro y su esposa, y Caballero– tenían caños o algún elemento semejante. Ello impide considerar como cierto que se verifique omisión de valoración, pues el juez asumió de esa falta de información, y en ningún momento negó que Navarro hubiera golpeado a la víctima, aunque ese enfrentamiento lo limitó a golpes de puño, previos al golpe mortal provocado por Caballero.

Por otro lado, los propios dichos de esta testigo dejan sin sustento la estrategia defensiva mediante la cual se pretende desligar al acusado de la autoría sobre la herida mortal y su atribución a su consorte

procesal Navarro. Sobre este punto en particular, ante preguntas de los acusadores, la deponente fue clara al describir que, si bien Navarro pasó por al lado de Airis Segundo y que algo le había hecho –como lo declaró durante la investigación penal preparatoria, fs. 165/168–, ello ocurrió después que su marido salió caminando tomándose el cuello con sangre –obviamente ya lesionado– (ver soporte audiovisual, audiencia 26/04/21, min. 01:36.00).

Precisamente a partir de esa afirmación, el juez descartó la conjetura que hace la defensa con los dichos de la esposa de la víctima, al alegar que pudieron ser los golpes de Navarro los que le produjeron la muerte, ya que la testigo habría dicho que aquel –y no Caballero– fue el primero y el último en pegarle a su marido.

Por lo tanto, acierta el tribunal cuando concluye en que dicha hipótesis alternativa no goza de sustento probatorio. Primero, porque la testigo no dijo que Navarro fue quien golpeó en última instancia a Airis Segundo, sino solamente que «[p]asó e hizo algo, en referencia a esta conducta última de Kitín (Navarro) que algunos testigos hicieron referencia [...]». Segundo, porque además declaró que su pareja «[y]a estaba herido antes que pasara Kitín» (01:04:12/01:04:32). Del mismo modo en que lo hace el juez de la instancia anterior, entiendo que la declaración de Franco Pino corrobora que el acusado utilizó un caño que extrajo del interior del domicilio de Navarro para atacar a la víctima. Además, que tal instrumento no era un simple hierro, sino que se trataba de un elemento punzo cortante, esto es, un hierro con punta, como lo describió el testigo Quispe.

De lo cual no sólo da cuenta objetiva la necropsia practicada al cuerpo de la víctima, y su descripción sobre la herida mortal, sino también, que el testigo Pino aseguró haber observado que su cuñado tenía clavado un caño en la pierna (ver audiencia 27/04/21, min. 00:10:00). Este último dato –lesión en la pierna– encuentra sustento objetivo en los informes técnicos elaborados por personal de Policía Científica “Serie RC 2263/19, 2264/19 y 2267/19” (fs. 213/233) –incorporados como prueba instrumental, ver fs. 83 vta.–, donde se da cuenta que, además de la herida contuso perforante en la base de cuello, en la cara derecha, el examen del cadáver revela la presencia de otra herida contusa ubicada en la cara externa y anterior del muslo de la pierna izquierda – fotografía de fs. 214 vta.–. Información objetiva que también acredita la entidad de los elementos utilizados en el ataque mortal, de acuerdo al resultado de las labores de personal policial que secuestraron diversos elementos, entre ellos caños de color plateado –ver fs. 217, 219 vta, 222–.

No se advierte, ni la defensa lo demuestra, cuál sería la dirimencia que presentarían los demás datos aportados por el deponente en su declaración durante la investigación penal preparatoria, vinculados a que Navarro habría ingresado a su domicilio y extrajo unos caños de pileta en forma previa a que lo hiciera Caballero, y que supuestamente el juez omitió en su valoración probatoria. Pues ha quedado suficientemente demostrado que quien salió con un elemento punzo cortante fue Caballero, y que quien atacó a la víctima instantes antes de que cayera al piso con sangre emanando de su cuello, no fue otro sino aquél.

Obsérvese que, entre otros, Cintia Rico –cuñada de la víctima– fue la que, con mayor claridad y contundencia, despejó toda duda en cuanto a quienes fueron los sujetos que se enfrentaban entre sí, y detalló que el que estaba peleando con Airis Segundo era Caballero, y que luego aquel cayó al suelo con sangre en el cuello (ver registro audiovisual, audiencia 28/04/21, min 01:13:00). Acerca de los testimonios de Brandon Villalobos y Carlos Duran, la defensa sólo cuestiona que el tribunal de juicio no valoró que ninguno de ellos indicó haber observado al acusado causar la herida mortal. Al respecto, basta con señalar

que el sentenciante fue absolutamente claro al remarcar esta cuestión en múltiples pasajes de sus fundamentos, como ya lo he expresado con anterioridad.

Ello descarta omisión de valoración de prueba, como lo postula al respecto la defensa. Sin perjuicio de ello, no puedo soslayar que el testigo Villalobos aseguró que los atacantes salían con «fierro» y con puntas de la casa de Navarro, que el primer enfrentamiento a golpes de puño se produjo entre la víctima con éste último, y que luego salió Caballero Delgado con «[u]nos caños de pileta con puntas» (ver registro audiovisual, audiencia 27/04/21, a partir del min. 01:03:00).

Respecto de Carlos Duran debe señalarse que sólo fue testigo del robo, cuya materialidad y coautoría atribuida a Caballero Delgado, no ha sido puesta en tela de juicio por su defensa técnica. Con lo cual, nada aportó en debate sobre el homicidio, lo que verifica el acierto del sentenciante en considerar el valor de su relato solamente en función de aquel ilícito.

Dice la defensa que lo importante del testimonio del Oficial Guajardo es que no individualizó a los supuestos testigos que, al momento de intervenir en el hecho como personal policial, le señalaron al acusado como autor del homicidio. Al respecto cabe señalar que el tribunal de juicio lo considera como un «testigo de oídas», cuya versión de los hechos aparece contenida en el acta de procedimiento – incorporada como prueba instrumental– (ver acta de debate, fs. 82 vta.) y en su declaración durante el debate.

Al ponderar su relato, el juez de la causa hizo hincapié en que se trata de un testimonio que corrobora la información proveniente de fuentes directas de información.

Es por ello que resulta acertado la vinculación que se realiza en la sentencia entre lo que deja asentado el uniformado en el acta de procedimiento (fs. 47) sobre la descripción de la vestimenta que, según referencias aportadas por los sujetos entrevistados en el lugar del hecho –cuyos nombres son indicados en la misma pieza– portaba el autor del homicidio, con el acta de visu (fs. 59) y el testimonio del policía durante el juicio (ver registro audiovisual, audiencia 28/04/21, a partir del min. 00:12:10). Las referidas actuaciones las estimo relevantes, al igual que lo hace el sentenciante.

Ello en tanto revelan que, desde un comienzo del proceso, cuando se sindicó al autor del homicidio, se menciona como autor del homicidio a aquel de los sujetos aprehendidos que llevaba puesto un pantalón de color «naranja o rojo». Eso es, según el acta de visu, el acusado Caballero Delgado.

Nótese que la diferencia entre ambos colores en la individualización de los involucrados resulta entendible, dadas las circunstancias fácticas en las que se desarrollaron los acontecimientos. Si bien durante el debate no dijo cuál o cuáles de las personas entrevistadas en el operativo policial desplegado le realizaron esa identificación, lo cierto es que se trata de un dato irrelevante que impide, per se, restarle el mérito convictivo que resulta del análisis, en conjunto, señalado precedentemente sobre los elementos mencionados.

Finalmente, la letrada defensora reitera y proyecta el mismo argumento contra la valoración de restantes testimonios de cargo. Me refiero, en concreto, a que ni Gisela Pino, ni Gimena Rico –cuya declaración obrante a fs. 171/172 fue incorporada con omisión de lectura con el consentimiento de las partes (ver acta de fs. 82 vta.)–, no manifestaron haber observado quién le dispensó a la víctima el golpe que provocó la herida en el cuello que resultó mortal.

A los fines de evitar reiteraciones innecesarias en mi voto, debo remitirme en este caso a las consideraciones vertidas al tiempo de analizar los cuestionamientos defensivos sobre las declaraciones de Noelia Romina Rico, Brandon Villalobos y Carlos Duran. De tal forma, y a mi modo de ver, es absolutamente fundada la atribución al condenado del hecho que se tuvo por probado, y queda

descartada la duda introducida por la defensa sobre el tópico, ya que la ausencia de testigo directo que haya observado al acusado introducirle el objeto punzo cortante en el cuello de la víctima, no ha impedido razonadamente al tribunal de la instancia anterior atribuir a Caballero Delgado el homicidio juzgado, como autor material del mismo. Así, observo que los relatos de testigos analizados precedentemente coinciden en lo esencial en este punto, complementándose sus dichos con el resto de la prueba que integra el plexo de la causa.

Es importante destacar, porque también resulta un indicador de verosimilitud de las declaraciones anteriormente analizadas, que, además de resultar contundentes en la identificación del imputado y en la descripción de su accionar, ninguno dudó en admitir y expedirse sobre los aspectos fácticos sobre los que no podían dar precisión, cuando particularmente expresaron que no visualizaron el momento específico de la provocación de la herida mortal, sin formular ningún tipo de suposición al respecto. En definitiva, conforme al análisis realizado puede afirmarse que la pretensión de la defensa sólo se sostiene en una valoración parcializada de los elementos de convicción que, por cierto, ha sido correctamente desvirtuada en la sentencia en crisis. Por ello, el recurso no puede prosperar en este aspecto.

b.- Acerca de la solicitud de modificación del encuadre legal

En segundo lugar, la recurrente impugna el encuadre jurídico de la plataforma fáctica tenida por acreditada. Así, pretende demostrar que el tribunal de juicio incurrió en un error en la aplicación de la ley penal sustantiva.

Para realizar aquella afirmación, advierte que no hay elementos objetivos en el fallo condenatorio que determinen con certeza la autoría del imputado en el homicidio que se le atribuye porque se trató de un hecho dinámico, en el que participaron muchas personas, y en el que existe una indeterminación de los actos efectuados por cada uno de esos partícipes.

Descarta que se haya demostrado el dolo requerido por la faz subjetiva del tipo penal del delito de homicidio, desde que no ha sido posible acreditar que el acusado haya tenido el conocimiento y la voluntad de causar la muerte a la víctima, ni siquiera bajo la modalidad de dolo eventual como lo juzga el sentenciante.

Por todo ello, y para el caso en que se admitiera la hipótesis delictiva en relación a su representado, la recurrente considera que la acción típica encuadraría dentro de la figura del homicidio en riña (art. 95 del CP), por lo que solicita el cambio de calificación.

A mi modo de ver, **este agravio debe ser rechazado, en tanto la acogida favorable del cambio de calificación a la figura de homicidio en riña depende de una previa modificación de la base fáctica que ha tenido por acreditada el juzgador.**

Esto por cuanto, para sostener su pedido, la defensa **previamente establece un relato alternativo de los hechos alternativo sobre el cual se realiza esa valoración jurídica que luce beneficiosa para los intereses de su representado**, centrado en que no existe determinación de cuál fue el comportamiento de los sujetos intervinientes en el enfrentamiento que terminó con la vida de la víctima o, incluso, que el acusado se defendió de los ataques de la víctima y sus familiares. En ese sentido, cabe señalar que quien invoca un vicio sustantivo debe ceñir su pretensión a los hechos acreditados, toda vez que no puede desconocerlos ni modificarlos.

Esta exigencia deriva de la esencia misma del control que permite este motivo casatorio, ya que, con él, se procura analizar el vicio sustancial atribuido a la resolución objetada, el que siempre versa sobre una cuestión propiamente jurídica, sin que se pueda alterar el material fáctico de base, el que queda fijado por el tribunal de juicio.

No obstante, las deficiencias apuntadas, cabe resaltar que la subsunción normativa que efectúa el juez de la instancia anterior es la que corresponde a la plataforma fáctica ya confirmada. En efecto, a esta altura de la revisión casatoria realizada, no existe margen de duda que impida determinar la autoría en el hecho objeto del proceso.

Es decir, conforme surge del análisis probatorio examinado precedentemente, se ha logrado determinar con la certeza requerida que Jorge Emmanuel Caballero Delgado fue el único sujeto que le causó la muerte de Jorge Abel Airis Segundo, y que ello lo hizo mediante un ataque certero con un elemento punzo cortante que impactó sobre una zona vital de la víctima.

Esa conclusión desvirtúa la posible aplicación de la figura penal pretendida por la defensa, del mismo modo en que lo hace la sentencia, desde que la primera condición negativa para que sea aplicable la disposición del art. 95 CP es que no conste quiénes causaron la muerte o, en su caso, las lesiones al sujeto pasivo del ilícito en cuestión.

Por otro lado, e inversamente a la posición que asume la defensora, considero que ha quedado debidamente demostrado, tal como afirmó en la sentencia el juez de la instancia previa, que el autor obró en los hechos **con dolo homicida, en la modalidad de dolo eventual**. Debo decir que comparto en esta instancia el razonamiento desplegado por el juez de sentencia sobre este aspecto de la **imputación delictiva**, desde que la misma es conteste con la posición asumida sobre la temática en cuestión por esta Sala con anterioridad (ver al respecto, “Sanhueza”, “Quiroga Morales”).

En particular, porque hace surgir ese **aspecto subjetivo del ilícito en cuestión luego de haber quedado demostrado que el acusado utilizó un hierro con punta**, o un caño con punta como lo han descripto varios de los testigos, con el cual atacó a la víctima con golpes en la cabeza, uno de los cuales impactó en el cuello y le produjo heridas cortantes que desencadenaron el desenlace mortal por shock hipovolémico (ver soporte audiovisual en el que obran los fundamentos orales, a partir de 01:12:52).

En consecuencia, de las circunstancias expuestas, se comprueba el acierto del tribunal de juicio al calificar el hecho objeto del proceso en el modo en que lo hizo. De acuerdo con ello, el recurso formulado tampoco puede prosperar en el sentido pretendido.

c.- Sobre el cuestionamiento del monto de pena aplicado

Por último, subsidiariamente a los planteos anteriores, la defensa cuestiona la pena aplicada por el tribunal de juicio en el caso concreto: trece años de prisión, accesorias legales y costas, en razón de encontrar al acusado coautor penalmente responsable del delito de robo simple y autor del delito de homicidio simple, ambos en concurso real (arts. 164, 79 y 55 del Código Penal). Se queja al considerar que el juez de la causa ha valorado inadecuadamente las pautas legales para la individualización de la pena, por haberse apartado injustificadamente de las circunstancias particulares del caso.

Por ello estima que, de ponderarse adecuadamente que Caballero Delgado no registra antecedentes penales, que **no provocó el hecho ni obró con dolo directo**, que utilizó elementos similares a los que portaban los restantes partícipes de la pelea, además de su agente, sus responsabilidades parentales y la posibilidad de realizar un proceso de reinserción social, la pena justa y equitativa sería la de ocho años de prisión.

Del modo en que lo adelantara, encuentro que este punto de crítica debe ser acogido en esta instancia, toda vez que el tribunal de sentencia no ha expresado de manera suficiente los motivos que lo condujeron a determinar y aplicar la sanción penal impartida al condenado. Labor que se muestra ajena a los requisitos que el código de rito ha establecido respecto de la validez de las sentencias (art. 416 inc. 4 del

CPP). En este sentido, observo que en la pieza impugnada no se han brindado debidamente las razones que justifican el monto de pena aplicada.

Más bien compruebo que los criterios utilizados para decidir la pena han sido descriptos en la sentencia en forma vaga, con escasa referencia al caso concreto. Conforme se desprende de la simple reproducción del soporte audiovisual en el que obran los fundamentos orales del fallo impugnado, todo el esfuerzo que hizo el sentenciante para fundar ambos extremos de la imputación delictiva no se condice con el escueto e incompleto razonamiento en que aparece sustentada la determinación de la pena.

Así, la mención a las pautas que el representante del Ministerio Público Fiscal y de la querrela particular tuvieron en consideración para solicitar el monto de penalidad solicitado en sus respectivos alegatos de clausura (min. 01:18:28/01:22:37), le sigue una incompleta e infundada referencia y análisis de algunos de los criterios legales. Veamos.

Por un lado, en orden a sostener la solución propiciada, e individualizar la pena aplicada, el juez dijo: «[D]ebo reiterar aquello que fuera tenido en cuenta, siguiendo este sistema acusatorio adversarial, cuáles son los elementos que tuvo en cuenta el Sr. Fiscal para fundar la pena» (min. 01:18:36/01:18:53).

En este segmento, señaló que el fiscal de la causa consideró, para solicitar la pena de trece años y seis meses de prisión, la naturaleza de la acción ejecutada por el acusado (01:19:33/01:21:09), la extensión del daño causado (01:21:11), la edad de la víctima (01:21:40), y las consecuencias que se derivaron del hecho para quien fuera en vida su pareja y sus hijos menores (01:21:52).

Luego hizo lo propio cuando hace mención de algunas de las consideraciones que realizó en este punto el representante legal de la querrela, cuando solicito se le impusiera al acusado la pena de quince años de prisión (01:21:54/01:22:21).

Sin embargo, **es precisamente en este tramo de la argumentación en la que se comprueba que el tribunal no ha especificado concretamente cuáles de esos criterios mencionados y desarrollados en sus alegatos por los órganos acusadores han impactado –sea negativa o positivamente– en la graduación concreta de la sanción penal determinada y aplicada al acusado**, ni de qué modo.

Es más, el juez se hace cargo de esta indeterminación cuando, luego de efectuar aquellas consideraciones afirma, con **cierta ambigüedad**, que «[e]s por ello que, teniendo en cuenta estas agravantes y atenuantes genéricas del art. 40 y 41 [...]», sin discriminar a cuál o cuáles les asigna tal o cual carácter. Esto no quiere decir que el tribunal de sentencia no pueda mencionar sobre la cuestión en análisis el razonamiento de los litigantes e, incluso, compartirla total o parcialmente.

Pero, entiendo, ello no puede de modo alguno sustituir el deber de la judicatura de exponer en forma suficiente, las razones que lo han persuadido a adoptar su propia decisión, de acuerdo a las particularidades que presenta el caso concreto.

Por otra parte, y siguiendo con el análisis de los fundamentos del fallo, el juez mencionó que también debía tenerse en cuenta la edad del acusado.

Si bien al respecto primero incurrió en un error sobre esta circunstancia, ya que afirmó que Caballero Delgado tenía veinte años de edad al momento del hecho (01:22:54), y luego de la intervención del representante de la querrela, se rectificó y mencionó que tenía treinta años (01:25:41), lo importante de destacar sobre este aspecto es que no quedó claro si para el juez conformó específicamente una circunstancia agravante o atenuante de penalidad.

Específicamente en el pasaje de los fundamentos en los que hizo referencia – erróneamente– a aquella circunstancia personal del acusado, al decir que «se trata de una persona muy joven» (01:22:50), lo hizo junto con otras, pues mencionó que «tiene hijos [...]. No tiene antecedentes de condena, [que] si bien

tiene una planilla de antecedentes donde figura una suspensión de juicio a prueba [...], esto no puede redundar en contra del imputado».

A lo que agregó: «También [debe tenerse] en cuenta que si bien se trataba de una persona joven, que en el momento del hecho tenía veinte años de edad, sí podemos decir que ya tenía una educación y una formación suficiente como para comprender con toda claridad que, conductas como la que protagonizó,[...] evidencia[n] que no cumple con las reglas que rigen o sirven para gobernar la vida en sociedad, y que de ello se derivan serias y graves consecuencias como es la pena que voy a aplicar» (01:22:57/01:23:58).

Como se advierte, **la edad del acusado al momento de cometer el ilícito ha sido considerada de manera dual y contradictoria**. Pues, por un lado, es mencionada junto con otras circunstancias a las que, presumiblemente, el juez considera atenuantes. Pero, a renglón seguido, la pondera como agravante.

Por su parte, debe considerarse que luego de que el juez se corrigiera en relación con la edad del acusado y que llegara a la conclusión que Caballero Delgado no tenía veinte, sino treinta años de edad, no motivó una explicación a fin de dilucidar, en definitiva, cuál es el sentido que se le adjudicó en la sentencia a esa circunstancia personal.

Como corolario de ello, estimo imperioso y fundamental aclarar que lo hasta aquí expuesto no importa emitir ningún tipo de juicio u opinión de mi parte sobre cuál debe ser la pena que corresponde imponer al acusado, pues ese aspecto escapa por completo a la competencia de este Tribunal cuando conoce por vía extraordinaria.

Ni mucho menos desconsiderar la gravedad de los hechos que han sido objeto del presente proceso. Por lo que no debe interpretarse la solución que aquí se adopta implica una mirada crítica, sea positiva o negativa, sobre el monto de pena que fue determinado y aplicado por el juez de la instancia anterior, sino sólo un cuestionamiento sobre el modo defectuoso con el que dicho magistrado ha ejercido su labor en este punto de la sentencia atacada.

En definitiva, entiendo que de acuerdo con las circunstancias del caso analizadas la pena impuesta por el juez de la instancia anterior no resulta debidamente fundada en tanto las razones judiciales de su imposición aparecen en algunos momentos inconclusas y en otras contradictorias.

Ello ha afectado sensiblemente el derecho de defensa en juicio del condenado desde que se le ha privado indebidamente de conocer cuáles fueron **los concretos motivos que se tuvieron en cuenta para determinar el monto aplicado**.

En función de las consideraciones expuestas, oído el señor Procurador General, entiendo que corresponde contestar de manera parcialmente afirmativa la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto a fs. 88/109 vta. por la defensa del acusado Jorge Emmanuel Caballero Delgado y anular la sentencia N° 1.555 y sus fundamentos, sólo respecto de la determinación judicial de la pena.

En consecuencia, deberán remitirse las presentes actuaciones al Tribunal Penal Colegiado N° 2 para que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado (art. 486 del C.P.P.). En tal sentido, y resultando la situación análoga a la prevista en el art. 38 de la ley n° 9106 corresponde -en tanto resulte compatible- aplicar el procedimiento previsto en el inc. “b” de la citada norma ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas por su orden y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando, en definitiva, RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto a fs. 88/109 vta por la defensa del acusado Jorge Emmanuel Caballero Delgado.
- 2.- Anular la sentencia N° 1.555 y sus fundamentos, sólo respecto de la determinación judicial de la pena y, en consecuencia, remitir las presentes actuaciones al Tribunal Penal Colegiado N° 2 a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado (art. 486 del C.P.P.). En tal sentido, y resultando la situación análoga a la prevista en el art. 38 de la ley n° 9106 corresponde -en tanto resulte compatible- aplicar el procedimiento previsto en el inc. "b" de la citada norma.
- 3.- Imponer las costas por su orden y diferir los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 17 de marzo de 2022.-

2- COTELA PINI. 22-03-22

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	-	-	AF	PCE	Inc7	-	A	-	-	-	-	-	-	474 475

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=761>

Lex: Art. 79, 41 Bis, 35 en función del 34, inc. 7, 12, y 29 inc. 3 del CP. Art. 414 CPP. Art. 475 CPP.

Vox: Homicidio agravado. Arma de fuego. Exceso en la legítima defensa. Absolución de coimputado. Legitimación del querellante particular. Impugnabilidad objetiva. Impugnabilidad subjetiva.

Summa:

El TPC condenó a **Cristian Cotela** a la pena de **cuatro años de prisión en efectivo** como autor responsable del delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego cometido con exceso en la legítima defensa de un tercero (arts. 79, 41 bis, 35 en función del 34, inc. 7, 12, y 29 inc. 3 del CP) **y absolvió a Agustín Cotela** del delito de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego (art. 79, 41 bis, 29 inc. 3 del C.P.).

El MPF y la parte querellante particular interponen sendos recursos de casación contra la sentencia (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

El **Procurador General** mantiene el recurso interpuesto por la Unidad Fiscal competente.

La **SCJM** resolvió desestimar por ser **formalmente improcedente** el recurso de casación incoado por la parte querellante y **rechazar el recurso de casación** interpuesto por la representante del Ministerio Público Fiscal, y, en consecuencia, convalidar la sentencia condenatoria.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1508, pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- «Silva Macagno» 05-07-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#> .
- «Gil Herrera» 24-05-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>

Parágrafos destacados del fallo:

Si bien el **art. 477 del CPP no prevé expresamente la posibilidad de que el querellante particular recurra por la vía casatoria las sentencias condenatorias**, se debe entender favorablemente la **intervención no vinculante del querellante particular en el proceso de juicio abreviado inicial** como forma de satisfacer el derecho de toda persona que resulte potencial afectada por un suceso con significado jurídico penal a intervenir en el proceso que se suscite. (Expte.: 13-04114130-6 - FISCAL C/ **GIL HERRERA** FRANCO ISMAEL -JUICIO ABREVIADO INICIAL- VIOLACION DE DOMICILIO POR LESIONES CULPOSAS P/ CAS. P/ VIOLACION DE DOMICILIO POR LESIONES CULPOSAS P/CASFecha: 24/05/2018 - SENTENCIATribunal: SUPREMA CORTE - SALA N° 2. Magistrado/s: PALERMO - VALERIO – ADARO. Ubicación: LS556-205. Fuente.: Oficina de Jurisprudencia.)

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Llorente

Fallo.

CUIJ: 13-05523592-3/1((018601-21725)) F.C/COTELA PINI CRISTIAN ALEJANDRO Y COTELA PINI AGUSTÍN MATÍAS NICOLÁS P/ HOMICIDIO SIMPLE AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105706258*

En Mendoza, a los veintidós días del mes de marzo del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05523592-3/1, caratulada “F. C/ COTELA PINI S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO; segundo, DR. MARIO D. ADARO y tercero, DR. PEDRO J. LLORENTE.

La Fiscal de la Unidad Fiscal de Homicidios y Violencia institucional y la parte querellante particular interponen sendos recursos de casación contra la Sentencia N° 1508 (véase expediente digital) mediante la cual el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial condenó a Cristian Alejandro Cotela Pini a la pena de cuatro años de prisión en efectivo como autor responsable del delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego cometido con exceso en la legítima defensa de un tercero (arts. 79, 41 bis, 35 en función del 34, inc. 7, 12, y 29 inc. 3 del CP) y absolvió a Agustín Matías Nicolás Cotela Pini del delito de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego (art. 79, 41 bis, 29 inc. 3 del C.P.).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Son procedentes los recursos interpuestos?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

I.- La sentencia recurrida

El tribunal de la instancia previa consideró acreditado que en la madrugada del día 8 de marzo de 2020 se produjo un encuentro entre los hermanos Cristian y Agustín Cotela Pini con la víctima Luciano Fabián Sosa y los testigos José Armando Puebla y Marcelo Maza con el fin de mantener una pelea que involucró en forma directa a Agustín Cotela Pini y Luciano Fabián Sosa, en la que intervino Cristian Cotela Pini quien efectuó disparos que constituyeron la causa eficiente de la muerte de este último.

Para decidir en tal sentido, el juez valoró, entre los elementos más relevantes, las declaraciones de Andrés Cea, José Puebla y Marcelo Mesa, el informe de barrido electrónico y el informe de necropsia, así como el resto de la prueba válidamente incorporada al proceso.

II.- Los recursos de casación

a.- El recurso de la parte querellante

La parte querellante entiende que el tribunal de juicio ha valorado arbitrariamente la prueba obrante en la causa. En particular, menciona que es falso que Luciano Sosa estuviese armado, hecho que desmorona la teoría de la legítima defensa. Basa esta afirmación en diversos testimonios ofrecidos en sede de debate, los cuales verifican que no existió agresión alguna.

Por el contrario, menciona que Cristian Cotela junto con Agustín Cotela en forma coordinada atacaron a Luciano Sosa. Respecto del disparo recibido por Agustín Cotela, sostiene que fue autoinfligido con el objetivo de tener una coartada para desincriminarse.

Finalmente, destaca que el juez sentenciante ignoró las declaraciones de Marcelo Maza y José Puebla en orden a que se escucharon disparos de dos armas de fuego, los que habrían sido ejecutados por los hermanos Cotela.

Con base en los argumentos anteriores, la parte querellante solicita se anule la sentencia y se disponga su reenvío al subrogante legal. Formula reserva del caso federal.

b.- El recurso del Ministerio Público Fiscal

La representante del Ministerio Público Fiscal entiende que la sentencia N° 1508 es arbitraria en tanto adolece de vicios in procedendo e in iudicando.

En relación con los primeros, la recurrente, en primer lugar, advierte una defectuosa valoración del testimonio de Andrés Cea, el cual fue calificado en la sentencia como de «alta credibilidad», siendo que este testigo no estuvo presente en el momento del hecho.

En segundo lugar, la representante del Ministerio Público Fiscal objeta el razonamiento del tribunal de juicio en función del cual se descartó la existencia de una coautoría. En este sentido, pone de relieve la valoración del juez al informe del Laboratorio de Microscopía Electrónica de Barrido y al certificado médico suscripto por el Dr. Alejandro Abrego.

En tercer lugar, la recurrente critica el valor atribuido a los testimonios de José Puebla y Marcelo Mesa. A su entender, en las declaraciones referidas se observa una clara coherencia de relato respecto de los momentos previos al homicidio, de los que se desprende la existencia de una evidente provocación de los hermanos Cotela hacia Luciano Sosa.

Estos testimonios se articularían, a su vez, con el resultado de la necropsia y el examen balístico. Por último, destaca la ausencia de imparcialidad del juez de la instancia anterior, en tanto consignó en la sentencia que la previa lectura del requerimiento de citación a juicio ponía en evidencia la endeblez de la acusación respecto de Agustín Cotela Pini por falta de pruebas.

Con base en las consideraciones precedentes la fiscal considera de la correcta valoración de los elementos de cargo se deriva acreditada su teoría del caso.

Esta sería que los hermanos Cotela previo a discutir con Luciano Sosa en la plaza se fueron a su casa, buscaron las armas de fuego, regresaron al domicilio de la víctima, la provocaron a pelear a mano limpia en la plaza y, una vez que Agustín Cotela lo tuvo de frente le disparó y salió corriendo, a sabiendas que cuando Luciano lo persiguiera, su hermano Cristian lo ejecutaría por la espalda.

Vicios in iudicando

En cuanto los vicios in iudicando, la recurrente sostiene que a partir de una correcta interpretación y valoración de los medios de prueba producidos en autos, conforme a las reglas de la lógica, la psicología y la experiencia común, la calificación legal correspondiente a los hechos atribuidos a Cristian Cotela y Agustín Cotela es la de homicidio agravado por el uso de arma de fuego (art. 79, 41 bis y 55 CP) en calidad de **coautores**.

Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General mantiene el recurso de casación interpuesto por la Fiscal de la Unidad Fiscal de Homicidio y Violencia institucional remitiéndose a lo allí expresado (f. 7).

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Por diversas razones adelanto que, por un lado, corresponde **rechazar formalmente el recurso de casación deducido por el representante del querellante particular** (véase expediente digital) (a).

Por otro, considero que, aun siendo admisible **desde lo formal, corresponde rechazar sustancialmente el recurso de casación interpuesto por la representante del Ministerio Público Fiscal** (b).

a.- El recurso de la parte querellante

Teniendo en cuenta la solución que propicio, corresponde en este punto brindar las razones por las cuales considero que la impugnación deducida por el letrado patrocinante de la **querella resulta formalmente inadmisibile**.

Sobre la improcedencia formal del recurso de casación de la parte querellante particular contra sentencias condenatorias, ya me he pronunciado –entre otros precedentes– en **«Silva Macagno»**.

Allí dije que debe rechazarse formalmente el recurso que es interpuesto por el querellante particular contra la sentencia condenatoria pues, aun cuando el decisorio atacado por el acusador privado reúna los recaudos de **impugnabilidad objetiva** exigidos por el art. 475 del CPP –en tanto constituye una sentencia definitiva–, no se verifica en el recurrente la **legitimación subjetiva** para impugnar ese pronunciamiento mediante la vía pretendida. Tal es el caso del recurso bajo estudio.

En efecto, si bien la norma del art. 475 del CPP establece la recurribilidad de ese tipo de resoluciones, también dispone que aquélla se encuentra sujeta a «las limitaciones establecidas en los artículos siguientes».

Y, específicamente, el art. 477 del CPP regula la legitimación subjetiva del querellante particular en relación al recurso de casación y establece que el acusador privado tan sólo podrá impugnar «las sentencias mencionadas en los incisos 1) y 2) del artículo anterior», es decir, «[l]as sentencias de sobreseimiento confirmadas por la Cámara de Apelación o dictadas por el Tribunal de Juicio» y «[l]as sentencias absolutorias, siempre que hubiere requerido la imposición de una pena».

En virtud de ello, resulta claro que, habiéndose dictado en el presente caso una sentencia condenatoria, ésta no es impugnabile en casación por el representante del querellante particular.

Si bien es cierto que este Cuerpo ha sostenido que «[e]l querellante, como parte del proceso, no puede ser privado de los derechos de comunicación, participación y argumentación que son inherentes a esa condición», también ha expresado que «[l]a razón por la que el Código Procesal de Mendoza no admite el recurso de casación [...] reside en que se presupone que el querellante ha tenido posibilidad de ejercer su rol de parte a lo largo de un proceso, ofreciendo prueba, controlando la prueba ofrecida por la defensa, argumentando y peticionando» (ver al respecto lo señalado en **«Gil Herrera»**).

Finalmente, y relacionado con lo anterior, debe referirse «que sólo en aquellos casos en que el querellante haya visto afectado su derecho al recurso y, en función de ello, se encuentre afectado su derecho a la tutela judicial efectiva podría sostenerse que la limitación del art. 477 del C.P.P. no puede regir. En otras palabras, sólo cabría la posibilidad de admitir –excepcionalmente– un recurso de casación contra una resolución que no se encuentre prevista en la norma aludida cuando surja de forma palmaria que la víctima –constituida debidamente como parte querellante– no ha podido, efectivamente, expresar su pretensión en el proceso» (**«Silva Macagno»**).

Ello no ha ocurrido en estos obrados por verificarse una activa participación del acusador privado, conforme surge de las constancias de la causa y, además, sus intereses han sido debidamente resguardados pues el Ministerio Público Fiscal ha cuestionado la sentencia de la instancia anterior.

En función de ello, corresponde desestimar formalmente el recurso de casación interpuesto en representación del querellante particular.

b.- El recurso del Ministerio Público Fiscal

En lo que concierne al recurso deducido por el Ministerio Público Fiscal, se advierte que reúnen los recaudos objetivos y subjetivos establecidos por el ordenamiento procesal para su admisión, en tanto ha sido interpuesto por quien se encuentra autorizado a recurrir una sentencia condenatoria, expresamente declarada impugnada, conforme establecen los arts. 475; 476, inc. 3 y 478, inc. 1 del CPP.

La estrategia argumentativa de la representante del Ministerio Público Fiscal es doble y ataca el razonamiento del juez de la instancia previa como arbitrario en el nivel de la interpretación de los hechos y la aplicación del derecho. Como explicaré a continuación, entiendo que este intento nulificante no alcanza lo que se propone. Veamos.

i.- Consideraciones acerca de los vicios de procedimientos atribuidos a la sentencia cuestionada

En primer orden debe señalarse que el hecho por el cual la causa fue requerida a juicio la causa da cuenta que «[e]l día 08 de marzo de 2020, siendo aproximadamente las 06:00 hs., Cristian Alejandro Cotela Pini junto a Agustín Matías Nicolás Cotela Pini, increparon a Luciano Fabián Sosa en el interior del Barrio Nebot, frente a la Capilla Nuestra Señora del Milagro de Colonia Segovia, Guaymallén; invitándolo a pelear; inmediatamente los tres se dirigieron a unos 150 metros de la capilla, más precisamente en la plaza del barrio; y al momento de iniciar la pelea Agustín le exhibió un arma de fuego y le disparó dos veces a Luciano, quienes comenzaron a forcejear y en el forcejeo le asestó a la altura del cuello del costado derecho un arma blanca; en ese momento Agustín comenzó a darse a la fuga, quien fue seguido por Luciano y Cristian; al mismo tiempo que Cristian comenzó a efectuarles disparos hacia la corporalidad de Luciano en la huida; impactándole cuatro proyectiles en su cuerpo y provocándole finalmente su muerte». El juez de la instancia anterior al meritar la prueba producida en el debate, así como los elementos incorporados por lectura con el consentimiento de las partes, concluyó que Cristian Cotela fue autor del homicidio agravado por el uso de arma de fuego de Luciano Fabián Sosa, pero mediando un exceso en la legítima defensa frente a la agresión de este último (arts. 79, 41 bis, 34, inc. 7 y 35, todos del CP). Por su parte, Agustín Cotela fue absuelto por el beneficio de la duda (art. 2 y ccs. CPP).

A entender del juez no resultó controvertido que hubo un encuentro entre Cristian Cotela, Agustín Cotela, Luciano Sosa, José Puebla y Marcelo Maza, durante la madrugada del día 8 de marzo de 2020, a partir de lo cual se desplazaron a la plaza del Barrio Nebot a fin de mantener una pelea que involucró en forma directa a Agustín Cotela y Luciano Sosa. Asimismo, consideró que tampoco estaba controvertido que fue Cristian Cotela el autor de los disparos que terminaron con la vida de Luciano Sosa.

El Ministerio Público Fiscal sostuvo en la etapa de los alegatos que los hermanos Cotela cometieron un homicidio simple agravado por el uso de arma en coautoría que tuvo como víctima a Luciano Sosa. En el recurso (véase expte. digital) la fiscal explica que los hermanos Cotela, previo a discutir con Luciano Sosa, en la plaza se fueron a su casa, buscaron las armas de fuego, regresaron al domicilio de Luciano Sosa y lo provocaron a pelear.

Una vez que Agustín Cotela lo tuvo de frente le disparó y salió corriendo a sabiendas que cuando Luciano lo persiguiera, su hermano Cristian lo ejecutaría por la espalda –para la recurrente, Agustín Cotela también disparó contra Luciano Sosa (infra)–.

La defensa, por su parte, sostuvo la inocencia de Agustín Cotela y reconoció la autoría de Cristian Cotela, resaltando, sin embargo, que éste último actuó en legítima defensa de su hermano, frente a la agresión desplegada por Luciano Sosa.

El juez de la instancia anterior consideró acreditada la teoría del caso de la defensa con base en la declaración de Andrés Cea –entre otras pruebas–, a quien el juez calificó como un testigo de «alta credibilidad». A la valoración de esta declaración se dirige la primera crítica del recurrente.

Para el tribunal de juicio, Andrés Cea fue un testigo central, ya que se trataba de un amigo de Luciano Sosa –de quien expresó que «era el más grande» y que «lo unía mansa amistad»– y su testimonio permitió vislumbrar los momentos previos a la agresión.

Andrés Cea explicó que la noche de los hechos, los hermanos Cotela y Luciano Sosa habían mantenido un diálogo en tono de discusión. A ello, agregó que alrededor de las 3 de la madrugada, momento en el que se encontraba en la plaza junto a Luciano Sosa y su novia Verónica Guardia, llegaron Agustín y Cristian Cotela y hubo una confrontación.

Expresó que, si bien él no logró escuchar en detalle, sabía que Luciano Sosa estaba enojado con los hermanos Cotela por haberse «metido» con su hermano menor Bruno Sosa. Recordó que él le había contado a Luciano que Agustín y Cristian le querían pegar a Bruno y que Luciano le había respondido que, si se metían con su hermano, se metían con él. Comentó que no supo si Luciano tenía o no armas de fuego consigo, pero afirmó que sí tenía una lapicera con un objeto cortante en la punta.

Expresó además que, si bien Luciano estaba tranquilo, habían tomado unas seis cervezas y que le había mostrado «la punta» (véase p. 8 de los fundamentos de la sentencia en expte. digital).

El tribunal de juicio se valió de esta declaración para tener por acreditada la agresión inicial y la dinámica del suceso, en función de la cual calificó a los hechos como homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego en exceso en la legítima defensa. Sin embargo, la recurrente objeta, en primer lugar, que este testigo no fue presencial.

Frente a ello, cabe decir que no se trata de una crítica determinante del valor asignado por el juez de la instancia previa a la declaración de Andrés Cea en cuanto éste estuvo con los involucrados momentos antes de la agresión y no es posible desentrañar el sentido de los hechos sin verificar cuál es la pre-historia que antecede a la ejecución.

Por su parte, el Ministerio Público Fiscal no ha aportado elementos certeros que permitan sospechar de la ganancialidad del testimonio referido, limitándose a transcribir fragmentos de su declaración y derivar de ella que fueron los hermanos Cotela quienes llegaron a la plaza buscando pleito. De este modo, la crítica del recurrente no puede prosperar.

El segundo tramo del recurso se refiere a la prueba de la coautoría en la ejecución de los disparos y apunta principalmente a atacar el razonamiento llevado a cabo por el tribunal de juicio al colocar a Agustín Cotela en el rol de agredido. Para la teoría del caso del Ministerio Público Fiscal, por el contrario, este último habría sido quien junto con su hermano agredió a Luciano Sosa.

No obstante, ello, en este aspecto corresponde también validar la argumentación del tribunal de juicio respecto de que Agustín Cotela fue agredido por Luciano Sosa.

Al testimonio de Andrés Cea se suman dos pruebas que han sido correctamente valoradas por el juez de la instancia anterior. Me refiero al certificado médico suscripto por el Dr. Abrego, que da cuenta de una herida de arma de fuego en la mano izquierda correspondiente a Agustín Cotela y, ratificando tal información, la constancia agregada suscripta por el Dr. Diego Pravatta.

El juez sentenciante deriva válidamente de las pruebas referidas que dan cuenta de la herida de arma de fuego sufrida por Agustín Cotela, que éste fue agredido –sin tenerse certeza de quién ejecutó el disparo, si el mismo Luciano o alguno de los amigos que se encontraba en la plaza esa noche–, no siendo

contundente la versión potencial dada por la Ayudante Fiscal acerca de que se había autoinfligido la herida.

En resumen, el juez considera que no es verosímil pensar en base a todas las pruebas ventiladas y de acuerdo con las reglas de la lógica y la psicología, que Agustín Cotela se autopercutió el arma, sino que, por el contrario, el disparo fue ejecutado por Luciano Sosa o por alguno de sus compañeros de riña durante la persecución.

Razonamiento que avala, al mismo tiempo, la existencia inicial de una legítima defensa de terceros en manos de Cristian Cotela. Por otra parte, debe señalarse que, tal como explica el tribunal de juicio, los elementos de prueba obrantes en la causa no alcanzan para sustentar una acusación por coautoría.

A ello debe sumarse el informe del Laboratorio de Microscopía Electrónica de Barrido, el cual arrojó resultado negativo para las muestras obtenidas de las manos derecha e izquierda, antebrazos, rostro, cuello y prenda de vestir superior de Agustín Cotela.

Es decir, no hay prueba alguna que lo coloque como autor de disparos esa noche. Por su parte, la contraargumentación del Ministerio Público Fiscal no logra desvirtuar el razonamiento del juez, en tanto la idea de que la limpieza quirúrgica podría haber impedido el levantamiento de las muestras fue correctamente contestada en la sentencia con base en que aquéllas fueron extraídas de manera inmediata para garantizar el éxito de la medida. Asimismo, la salvedad existente en el informe relativo a que «el resultado negativo no descarta la posibilidad de haber disparo de un arma de fuego» no hace decaer por sí mismo el peso de este informe al ser articulado con el resto del plexo probatorio.

Esta argumentación es conectada directamente con los testimonios de José Puebla y Marcelo Maza (cuya interpretación constituye el tercer tramo del recurso), quienes declararon que fueron los hermanos Cotela los que provocaron a Luciano Sosa y que Agustín Cotela también disparó.

El juez expresa que es lógico advertir o bien que, esos disparos jamás existieron (ausencia de rastros); o que, quien disparó contra Agustín Cotela fue Luciano Sosa (herida de arma de fuego constatada).

Sumado a ello, el juez explicó que, si bien ambos testigos presenciaron el hecho y comenzaron su declaración con cierta coherencia de relato frente a la pregunta inicial, aportando detalles específicos. Sin embargo, al momento del contraexamen, las contradicciones fluyeron en abundancia y desdibujaron la escena, dando cuenta de un clara y notoria preparación de la declaración.

El magistrado refirió ordenadamente las contradicciones que lo convencieron de quitarle valor probatorio a ambas declaraciones.

Entre ellas, hizo referencia a la descripción de las armas de fuego que poseían los hermanos Cotela: mientras que José Puebla afirmó que el arma de Agustín «era negra como la de la policía» y la de Cristian era más grande, brillante y con caño largo; Marcelo Maza dijo que la de Agustín era un calibre 32 y la de Cristian un calibre 38–.

Asimismo, el juez puso de relieve que ninguno de ellos vio a Agustín Cotela con el arma trabada golpeando el percutor con una piedra, lo que explicaría para el Ministerio Público Fiscal la lesión de arma de fuego que sufrió en su mano.

En suma, más allá de la ausencia de una declaración de nulidad absoluta o un pedido de compulsas por falso testimonio –cuestiones puestas de relieve por el recurrente, pero que son solo especulativas y sobre las que no le corresponde a este Tribunal expedirse– cabe decir que la valoración de estos testimonios sigue un recorrido lógico guiado por las reglas de la experiencia y la sana crítica racional, integrándose al cuadro global que hace a la acreditación del hecho.

Finalmente, entiendo que el párrafo que se lee en la sentencia relativo a que «de una lectura minuciosa y analítica del Requerimiento de Citación a Juicio incorporado al sistema informático de gestión de causas, ya se podía advertir la endeblez por falta de pruebas que presentaba la acusación contra Agustín Matías Nicolás Cotela Pini, la que, a lo largo del debate, no logró pasar de un estadio de posibilidad o probabilidad, a uno certeza como es requerido» no constituye una expresión que comprometa la imparcialidad del tribunal de juicio.

Ello en tanto, se trata de una expresión que, valida ex post, de manera fundamentada, una toma de postura basada en la prueba incorporada y producida en sede de debate.

En conclusión, considero que los agravios del recurrente que atacan aspectos centrales del razonamiento del juez no encuentran asidero en las constancias de la causa. Estas razones me convencen de que corresponde validar la plataforma fáctica que el tribunal de juicio consideró acreditada.

ii.- Acerca de los cuestionamientos vinculados con vicios sustanciales de la sentencia recurrida

La recurrente solicita que la sentencia sea casada y Agustín Cotela junto con Crístian Cotela sean considerados coautores del delito de homicidio simple agravado por el uso de arma. Sin embargo, como dije, no existen dudas sobre la agresión sufrida por Agustín Cotela por parte de Luciano Sosa –verificada en la herida de arma de fuego padecida en su mano– y la reacción defensiva de su hermano Cristian Cotela. Reacción que desbordó los límites de la permisión hasta configurar un exceso.

Así, este agravio no puede prosperar en tanto no señala un vicio sustancial, sino que es derivación de los vicios de procedimiento. Es que, quien invoca un vicio in iudicando –en este caso relativo a la fundamentación de la pena impuesta– debe atenerse a los hechos fijados por el tribunal de juicio, sin poder desconocerlos ni modificarlos.

Esta exigencia formal deriva de la esencia misma del control que permite este motivo casatorio, ya que con él se procura analizar el vicio iuris atribuido a la resolución objetada, el que siempre versa sobre una interpretación propiamente jurídica, sin que se pueda evaluar ni alterar el material fáctico alcanzado por esa interpretación, el que queda definitivamente fijado por el tribunal de mérito (sobre esto ya me he pronunciado en Barrera Scatareggia y Dominguez Castillo, entre otros).

Por todo lo expuesto, considero que debe responderse de manera negativa la primera cuestión planteada en relación con el recurso de la representante del Ministerio Público Fiscal. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Llorente. Adhieren.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Conforme lo anterior, corresponde omitir pronunciamiento en este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse como afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y PEDRO J. LLORENTE, adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y PEDRO J. LLORENTE, adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de esta Suprema Corte de Justicia de Mendoza, fallando en forma definitiva se RESUELVE:

- 1.- Desestimar por ser **formalmente improcedente** el recurso de casación incoado por la parte querellante.
- 2.- **Rechazar el recurso de casación** interpuesto por la representante del Ministerio Público Fiscal y convalidar la sentencia condenatoria n° 1508 y sus fundamentos.
- 3.- Imponer costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.
- 4.- Tener presentes la reserva del caso federal.
- 5.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro

3- JOFRE, SILVA y ots. 23-03-22

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
														474
														475
-	-	M	AF	-	-	-	CO	-	-	-	-	-	-	229

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=772>

Lex: Art. 80 inc. 4 y 6 del CP. art. 47 de la ley 9.106. Art. 403 del CPP

Vox: Homicidio agravado. Arma de fuego. **Exclusión probatoria. Intervenciones telefónicas.** Carencia de exigencias legales de **impugnabilidad objetiva.**

Summa:

El **TPC** dispuso **excluir del juicio** una serie de pruebas propuestas por el Ministerio Público Fiscal. La defensa había planteado la nulidad y en subsidio la inconstitucionalidad del art. 229 CPP.

El **MPF** interpone recurso de casación contra dicha resolución.

El **Procurador General** mantiene el recurso interpuesto por el Sr. Fiscal.

La **SCJM** hizo lugar al recurso de casación planteado por la Fiscalía de Instrucción revocando la resolución del Primer Tribunal Penal Colegiado impugnada en relación con la **exclusión de prueba dispuesta y todo lo ordenado en su consecuencia.** El voto en disidencia considera que no es un supuesto de gravedad institucional.

Resolución cuestionada: Auto dictado por el TPC Nº 1-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- «Aguirre, Mauro»
- «Robledo Vergara»
- «Riquelme Valdez»

b-CNCP. Sala 3.

- “**Buratto**, Horacio Gustavo s/ recurso de casación”, del voto del Dr. Tragant, con adhesión de los doctores Riggi y Ledesma, según su voto. 07-12-04.

c-CSJN

- «**Matte**», del voto de la mayoría con remisión al dictamen del Procurador General. 18-07-02

Doctrina citada.

COUSSIRAT, Jorge (director), Código Procesal Penal Comentado de la Provincia de Mendoza, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2013, T. I. ps. 670/671, nota 315.

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo. (Disidencia)

Fallo.

CUIJ: 13-06805464-2/1((018601-769545)) FC/ JOFRE SILVA Y OTS P/ HOMICIDIO (769545) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106059200*

En Mendoza, a los veintitrés días del mes de marzo del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06805464-2/1 caratulada “F. C/ JOFRE SILVA Y OTS P/ HOMICIDIO (769545) S/ CASACIÓN”. De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. MARIO D. ADARO.

El titular de la Fiscalía de Instrucción N° 1 de la Unidad Fiscal N° 13 de Homicidios y Violencia Institucional plantea recurso de casación contra la resolución pronunciada durante la audiencia preliminar en los presentes autos n° P-769.545/19 por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 que dispuso excluir del juicio una serie de pruebas propuestas por el Ministerio Público Fiscal.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Resolución recurrida

La decisión impugnada fue pronunciada durante las audiencias preliminares llevadas a cabo en las presentes actuaciones.

Allí, ante un **planteo de la defensa de nulidad** respecto de **la falta de fundamentación de órdenes de intervención telefónica de jueces provinciales y luego de ordenar su rechazo, el juez interviniente dispuso la exclusión de las escuchas telefónicas ordenadas por la justicia federal e incorporadas a la causa y, como consecuencia de ello, la exclusión de las intervenciones telefónicas dispuestas por la justicia local y de las declaraciones testimoniales que versan sobre ellas.**

Al resolver, en primer lugar, **rechazó un planteo de nulidad de las intervenciones telefónicas** de la justicia provincial referida a la orden de fs. 126 por carencia de la motivación requerida por la normativa procesal introducido por la defensa y en subsidio, de **inconstitucionalidad del art. 229 del CPP.**

Consideró, en orden a la inconstitucionalidad articulada, que la ley requiere que la decisión que ordena la intervención sea fundada, resultando ello fundamental, independientemente de que se dicha decisión adopte bajo la forma de auto o decreto a fin de facilitar su contralor.

Del mismo modo que, en el caso concreto, la decisión objetada, si bien en forma escueta, expresa los motivos, **satisfaciendo el deber de motivación**, siendo una norma habitual y dentro del estándar, las **remisiones a los elementos consignados en la solicitud**, lo que por otra parte ha sido así considerado por la jurisprudencia.

También rechazó los argumentos que cuestionaban la falta de firma de un juez o de una disposición jurisdiccional, con apoyo en las constancias de la causa.

Mencionó, en ese sentido, la orden que obra a fs. 122 de los autos principales y destacó que tenía la firma del juez Marcelo Garnica e indicaba ser del Juzgado Federal N° 3, de modo que la medida en principio aparecía legítima. Concluyó de esta manera en el rechazo de los planteos de nulidad efectuados por la defensa – v. audiencia del 05/10/2021, min. 02:15 a 08:38–.

En segundo orden justificó la exclusión probatoria de las intervenciones telefónicas.

Explicó que la intervención telefónica del juzgado federal debe estar, como en la Provincia, solicitada por un fiscal, con un preventivo que indique la necesidad –en concreto– de dicha intervención sobre un número determinado y por, también, un lapso de tiempo determinado.

Asimismo, el juez federal debe hacer lugar –si corresponde–, por el lapso de tiempo solicitado o uno menor, con indicación de esa circunstancia.

Añadió a ello que la ley federal requiere que las transcripciones estén hechas por el secretario y que las mismas eran incompletas pues existían puntos suspensivos entre párrafos.

Del mismo modo, que no se contaba con el CD o medio digital, que era la prueba de dichas escuchas. –v. audiencia del 05/10/2021, min. 08:45 a 12:06–.

En el caso concreto, refirió que lo único que tenía a la vista para revisar era un informe remitido por la **División Escuchas Telefónicas y Antisecuestro Extorsivo** suscripto por el Subcomisario Coria, una transcripción de las escuchas realizada por la Policía de Mendoza y una puesta en conocimiento a la Fiscalía local en base a lo cual ésta solicitó toda una serie de intervenciones telefónicas a la justicia provincial. En ese estado, el juez señaló: «[...] no tengo el pedido de la intervención telefónica del Ministerio Público federal.

No sé qué números pidió, ni por cuánto tiempo. No tengo la autorización del juez que dispuso hacer lugar al pedido de intervención telefónica, de qué número y por cuánto tiempo. [Además], la ley federal requiere que la transcripción de las comunicaciones telefónicas [...] esté hecha por el Secretario. Esto es una fotocopia simple, hecha por personal policial.

Claro, esto no tiene respaldo en CD de la intervención telefónica concreta, no he visto, entonces, qué es lo que dispusieron y –como ustedes verán– en las comunicaciones telefónicas [...] hay aspectos, hay puntos suspensivos entre párrafos y párrafos.

Yo no sé qué es lo que dice en el medio, pero una intervención telefónica es completa, no es por frases. Entonces, si yo no tengo el CD de la intervención telefónica, no tengo la resolución del juez que ordenó la intervención telefónica y por un tiempo determinado – para saber si es correcta este número de teléfono y el tiempo que supuestamente se dice acá que está intervenido –, tampoco tengo el pedido del Fiscal que me indique que tengo que intervenir este teléfono y en este rango de tiempo determinado, si carezco de todos esos elementos probatorios [...] porque esa es la prueba, básicamente esa es la prueba sobre la que después uno puede hacer una transcripción telefónica.

Pero la prueba acá es la intervención telefónica en un CD o cassette [...] o algún medio digital. Pero no, de ninguna manera, una transcripción hecha en papel que desconozco si reproduce el contenido fiel [...].

Entonces esta prueba como tal entiendo que no puede ser admitida, no reúne el estándar necesario para ser considerada.

Entonces voy a excluir las intervenciones telefónicas [...] y las testimoniales [de Andrada, Yanzón, Gullé y Coria, todos funcionarios policiales] –v. audiencia del 05/10/2021, min. 08:38 a 15:46–. Más adelante y ante las manifestaciones del fiscal acerca de la existencia del soporte digital de las mentadas escuchas en la causa así como del ofrecimiento de dichos audios como prueba, y a pesar de no poder proveerlos al juez, entendió también que, conforme la normativa procesal –arts. 229 y 229 bis–, al momento de la intervención la causa no contaba con imputados advirtiendo que tampoco se daba el supuesto de excepción, la existencia de «banda o asociación ilícita» –v. audiencia del 05/10/2021, min. 34:00 a 36:45–

2.- Recurso de casación

El representante fiscal afirma que la decisión es discrecional y arbitraria y que, por ello, incumple el mandato de fundamentación previsto en el art. 155 del CPP.

Además, afirma que configura un supuesto de gravedad institucional irreparable al Ministerio Público Fiscal y a la administración de justicia, puesto que afecta la aplicación de la norma procesal.

Explica que la transcripción de una escucha telefónica dispuesta por el Juzgado Federal N° 3 de Mendoza en el marco de una investigación fue incorporada a este proceso por decreto fundado el 15/11/2019 (fs. 112 de los autos principales).

La resolución excluye la prueba por desconocer el contenido del sobre en que fue remitida, pero no tuvo en cuenta la nota de fs. 113 en la que el Subcomisario Diego Martín Coria Stobbia –titular de la División Escuchas Telefónicas y Antisecuestros Extorsivos de la Policía de Mendoza– explicó que adjuntaba sobre cerrado con documentación que podía ser útil para la investigación del homicidio ocurrido el 10/11/2019, por orden del Juzgado Federal N° 3, Secretaría D, a cargo de la Dra. Leiva.

Además, un preventivo que acompañaba esa nota (fs. 114/116) contenía el desgrabado de la línea n° 2616740160 utilizada por un NN alias «Ema», donde se puede leer que la medida había sido dispuesta por el Juzgado Federal señalado.

Esa documentación, presentada por Coria Stobbia, es ratificada por el oficio 5038/19 del 14/11/2019 suscripto por el juez federal Marcelo Garnica, quien ponía en conocimiento al Ministerio Público Fiscal local que, en el marco de una investigación de probables delitos previstos en la ley 23.737 de estupefacientes, se habían ordenado intervenciones telefónicas que podrían resultar relevantes para la investigación de la muerte del ciudadano Julián Agustín Domínguez Ríos.

De modo que, a criterio del recurrente, el contenido del sobre cerrado de fs. 112 estaba claro. En cuanto al hecho de que el juez local no contara con la orden del juez federal que dispuso la intervención telefónica, afirma el recurrente que ha omitido considerar el oficio 5038/19 antes aludido, por el que el juez federal menciona que las intervenciones fueron ordenadas oportunamente.

Justifica la falta de mayores datos de la causa y el mantenimiento de secreto en el tenor de la investigación –bandas delictivas dedicadas al tráfico de estupefacientes–.

Sostiene que falta a la verdad respecto del desconocimiento del número de la línea intervenida pues se indicó que el número era el 2616740160.

Al efecto a fs. 791 obra el oficio 4939 de fecha 07/11/2019 suscripto por el juez federal Marcelo Garnica en el marco de los autos N° FMZ 14.397/2019/1, en el cual se hace saber a la Dirección de Asistencia Judicial en Delitos Complejos y Crimen Organizado del Poder Judicial de la Nación que se había ordenado una intervención telefónica en el número antes mencionado, desde su fecha de conexión y hasta el 22/11/2019 inclusive.

En punto al argumento de la decisión según el cual al momento de la orden de intervención telefónica en la causa federal **no existían personas imputadas** en la causa local ni se contaba con la excepción prevista por el código de forma para los casos en que se investigan asociaciones ilícitas, explica el fiscal que el Ministerio Público Fiscal local solicitó al Juzgado Penal Colegiado en turno intervenciones telefónicas de otras líneas en función de la intervención legalmente ordenada por la justicia federal.

Esas solicitudes de intervención locales fueron autorizadas de **manera motivada, con indicación de las líneas a intervenir, su duración y el funcionario encargado de ello.**

En cuanto a la exigencia de que hubiera **personas imputadas** por asociación ilícita o sospechadas de cometer ese delito, explica que en los albores de la investigación existían indicios que hacían presumir la existencia de una banda delictiva. De hecho, en la justicia federal, se investigaban bandas dedicadas al narcotráfico.

Aduce contradicción en el razonamiento del juez pues, por un lado, sostiene que al jurado no puede privárselo de pruebas, pero, por el otro, le quita la posibilidad de escuchar cómo los imputados organizaron el homicidio investigado, detallando –seguidamente– el contenido de la teoría del caso de la acusación.

A juicio del recurrente se consagraría la impunidad de todos los imputados pues si se suprime la nota 1675/19 remitida por la justicia federal, se vaciaría de contenido dicha teoría del caso.

Afirma equivocación en el razonamiento del juez, en tanto en la justicia federal la orden de intervención telefónica es dispuesta por el juez federal en las causas que él instruye, y a instancia del Ministerio Público Fiscal sólo cuando le delega la instrucción.

De allí que no es necesario contar con un pedido de la Fiscalía si la instrucción no fue delegada.

También habría error al desconocer el valor probatorio de las transcripciones de las comunicaciones efectuadas por la División Escuchas Telefónicas por orden del Juez Federal N° 3 de Mendoza, Marcelo Garnica.

La regularidad de esa información está respaldada por el oficio 5038 del 04/11/19 donde el Juzgado Federal pone en conocimiento del Ministerio Público Fiscal de Mendoza la información obtenida. Sostiene que el art. 207 del CPP exige que la prueba sea ilícita para ser excluida, es decir, contraria a las garantías contenidas en la constitución y los tratados internacionales con jerarquía constitucional. En el caso que nos ocupa, el magistrado reconoce que la prueba es legal, pero no su incorporación al proceso. Solicita se case la decisión y se anule la exclusión probatoria dispuesta.

Efectúa reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 7 el señor Procurador General mantuvo el recurso de casación formulado y contestó la vista de ley con remisión a sus fundamentos.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Puesto este a resolver la cuestión en tratamiento, se adelanta que –en base a las razones que en lo sucesivo se expondrán– corresponde hacer lugar a la impugnación planteada.

A los fines de brindar una decisión adecuadamente motivada, en primer lugar (a) me ocuparé de deslindar la procedencia formal de la impugnación para, en segundo orden (b), analizar la decisión adoptada por el juez del Tribunal Penal Colegiado y los motivos por los cuales la decisión debe ser revocada.

a.- Preliminarmente entonces cabe expedirse sobre la admisibilidad formal de la impugnación.

A los fines de analizar este aspecto resulta necesario, en primer orden, determinar si el pronunciamiento es recurrible objetivamente.

En ese sentido, se advierte que el decisorio emitido por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 no constituye sentencia definitiva y tampoco se encuentra entre aquellas resoluciones enumeradas en el art. 475 del CPP, puesto que no se trata de un auto que ponga fin a la acción o a la pena, o haga imposible que continúen, o deniegue la extinción, conmutación o suspensión de cualquiera de ellas, por lo que no sería susceptible de ser recurrido mediante la vía intentada.

Es decir que, **en principio, aquella resolución no supera el control de impugnabilidad objetiva.** Sin embargo, la Fiscalía considera que debe ser **equiparada a definitiva.**

En este orden, se advierte que la entidad y características de los hechos denunciados, sumadas a la trascendencia de la decisión recurrida, conllevan a equiparar, excepcionalmente, a definitiva a esta última. Ello, más aún si se tiene en cuenta lo dispuesto por el **art. 38, inc. c, penúltimo párrafo, de la ley 9.106**.

Es que supuestos como el analizado exceden el mero interés de las partes del proceso (CSJN, Fallos 324: 833; 326: 2126; 329:2620, entre otros), comprometiendo la buena marcha de las instituciones (CSJN, Fallos 324:1225).

En otras palabras, cuando el objeto del proceso trasciende el interés meramente individual de las partes, tal como ocurre en el presente caso, resulta oportuno proceder a la apertura de aquellas impugnaciones extraordinarias contra resoluciones que las materialicen, a pesar de no tener estas últimas el carácter de definitivas (**ver al respecto, «Aguirre, Mauro»**).

Estas razones me convencen de que el recurso resulta, de modo excepcional, admisible formalmente en esta instancia.

b.- Dicho esto, en segundo lugar, corresponde analizar la procedencia sustancial del recurso.

Como adelanté, considero que la decisión del juez del Tribunal Penal Colegiado N° 1 cuestionada debe ser revocada.

Ello, por las razones que a continuación se desarrollan. De las constancias audiovisuales de las audiencias preliminares llevadas a cabo en autos –principalmente las audiencias del día 10 de septiembre, 5 de octubre y 3 de noviembre de 2021– surge que el juez de la instancia anterior dispuso la exclusión de una serie de intervenciones telefónicas, transcripciones y declaraciones testimoniales vinculadas con ellas por considerar que las constancias obrantes en la presente causa sobre la intervención primigenia, proveniente de la justicia federal y de la que surgieron las demás, no reunía el estándar probatorio necesario –v. audiencias del 05/10/2021, min. 09:00 a 12:40 y del 03/11/2021, min. 36:18 en adelante–.

De manera preliminar considero fundamental dejar en claro, de acuerdo con las características del caso analizado, cuál es el marco que debe tenerse en cuenta al momento de desarrollarse una audiencia preliminar en el ámbito de un juicio por jurados.

Así, y en primer lugar, debe considerarse que debido a las características propias de este tipo de enjuiciamientos, propio de un **sistema acusatorio adversarial** (ver al respecto, y en lo pertinente, los precedentes «Riquelme Valdez», «Robledo Vergara», entre otros), **la audiencia debe desarrollarse de manera desformalizada, con celeridad y eficiencia**, y en el orden previsto por el **art. 368**, primer párrafo del CPP, de tal manera que cada litigante exponga de manera su teoría del caso; en el caso de la acusación de manera integral y, en el caso de la defensa, en forma suficiente.

Ello implica la presentación en esa ocasión de su teoría de los hechos, su teoría de la prueba y su teoría jurídica.

En segundo lugar, debe tenerse presente que el **art. 47 de la ley 9.106** dispone que «[s]on de aplicación supletoria a las disposiciones de la presente Ley, las disposiciones contenidas en el Código Procesal Penal de la Provincia» no es menos cierto que ello resulta así en cuanto «sean compatibles» tal como dispone el art. 24.

En tercer lugar, es necesario tener presente que aún de acuerdo con el actual **art. 403 del CPP** se permite aceptar nuevos medios de prueba que no fueron conocidos, ofrecidos o no aceptados cuando resulten indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad sobre los extremos de la imputación delictiva; con mayor razón en el ámbito del juicio por jurados. Sentado lo dicho, seguidamente brindaré las razones por las que considero que no le asiste razón al sentenciante.

Tal como señala el recurrente, en fecha 15 de noviembre de 2019, la Unidad Fiscal de Homicidios recibió un sobre que contenía la documentación de fs. 113/115.

Y ello así no obstante la equivocada referencia que surge de fs. 117, en tanto debió detallarse en el cargo, fecha, hora y contenido, la omisión de incorporación del referido sobre y el decreto del fiscal, que en tanto ordena formar incidente y proceder a realizar las medidas de investigación, debió ser posterior a dicha documentación. Sin embargo, es sencillo colegir de la compulsión de las actuaciones cuál era el contenido y su procedencia no pudiendo de modo alguno pretenderse que el mismo estuviera cerrado y sin contenido.

Cierto es que dicha información era referenciada como Nota N° 1675/19 y suscripta por el Subcomisario Coria de la División Escuchas Telefónicas y Antisecuestros Extorsivos de la Dirección de Investigaciones de la Policía de Mendoza, pero debe tenerse en cuenta que el mismo invocó el cumplimiento de órdenes emanadas del Juzgado Federal N° 3 y de la doctora Leiva, a cargo de la Secretaría Penal D. Del mismo modo, obraba en la remisión el preventivo adjunto, con transcripción parcial de la línea intervenida N° 2616740160 perteneciente a un hombre NN (a) EMA, y con mención específica de los soportes digitales, número de llamadas, fecha y segundos, donde obraban comunicaciones de interés.

Surge también a fs. 122, tal como lo hiciera saber el fiscal al juez del tribunal, la comunicación del doctor Garnica, titular del Juzgado Federal N° 3, mediante oficio N° 5038/19 del 14 de noviembre de 2019.

En ella se hacía saber que, en investigaciones de ese juzgado, relacionadas con la Ley de Estupefacientes, podían surgir comunicaciones relevantes en orden al homicidio que en estos autos se investigaba. Del mismo modo hizo saber que por intermedio de la fuerza preventora se pondría a disposición todo el material resultante relacionado.

Si bien es cierto que dicho oficio no es sino una copia simple, dicha comunicación permite colegir que la información recibida en el sobre en cuestión y que rola a fs. 114/117, lo fue en cumplimiento de dicha orden, pues es el Subcomisario Coria quien aparece como el personal preventor habilitado para ello.

No obstante colegir que la información requerida por el juez en la audiencia preliminar no fue suministrada por el fiscal –número de expediente del fuero federal, número de teléfono cuya intervención se ordenara y lapso de tiempo de dicha medida– la misma no es sino un claro indicio que debió ser analizado en el sentido de la regularidad de la medida. Ello más aún cuando a fs. 147 se agrega el oficio original de fs. 122 con un sello que reza «adelantado vía mail» y cargo de recepción del 25 de noviembre de 2019. Este indicio en favor de la regularidad de la medida está dado, además, en cuanto el juez federal hace saber la existencia de intervenciones oportunamente ordenadas en el marco de su investigación.

Dicho esto, y al entender que las menciones que surgen de la documentación que se acompaña ostentan la legitimidad de toda actuación judicial, independientemente del fuero del que emanen, es el propio juez, en la audiencia del día 5 de octubre de 2019, el que ante los requerimientos del acusador acerca de la existencia del soporte digital, manifestó que mantendría dicha decisión hasta que aquél le suministrara dicho soporte.

Es ello lo que motiva las actuaciones de fs. 790 en adelante, surgiendo de fs. 791 y 792 la información que le fuera requerida, aun cuando constara también en copia simple –número de expediente, línea intervenida y plazo–. Se trata del oficio del juez federal al Director de la Dirección de Asistencia Judicial en Delitos Complejos y Crimen Organizado del Poder Judicial de la Nación donde comunica que, de conformidad a lo dispuesto en los autos FMZ 14397/2018/1 tramitados ante el Juzgado Federal de Mendoza N° 3, se ordenó la intervención telefónica del celular n° 261-6740160 hasta el 22 de noviembre

de 2019 inclusive, haciendo lo propio a la División de Escuchas Telefónicas de la Policía Provincial que colabora con dicho fuero en la realización de las transcripciones.

Surge asimismo de allí que es el propio juez federal quien le indicó a esa División el retiro del material, «que se informe en forma resumida las comunicaciones que surjan de interés» y su grabación en un máster, así como la realización de las transcripciones. De allí entonces los requerimientos contenidos en los preventivos comunicados y el personal a cargo de los mismos.

En el caso, el Subcomisario Coria y/o el personal que éste designara (ver fs. 791). Surge claro entonces que las transcripciones son parciales –y ello explica los puntos suspensivos obrantes allí–, pues se transcriben sólo de las partes que resultan de interés, y que, además, se hallan debidamente respaldadas con los soportes digitales que están individualizados y que fueron realizadas por la fuerza preventora, no pudiendo en consecuencia exigirse que las mismas sean suscriptas por el secretario del juzgado.

En punto a la existencia del material digital, y a pesar de que al momento de la resolución el fiscal no pudo proveerlos en forma material, aun cuando indicó que los mismos estaban ofrecidos, aquél hace mención en su recurso a la solicitud al Tribunal Oral Federal N° 2 al efecto y ofrecimiento de entrega en audiencia de fecha 17 de septiembre de 2019 –la que resulta inaudible– con rechazo de la misma ante la falta de constancias de la orden de intervención.

De tal manera, surge de lo analizado que existía suficiente marco indiciario para sostener que a partir de los autos FMZ 14397/2018/1, de trámite ante el Juzgado Federal de Mendoza N° 3, se ordenó la intervención telefónica del celular n° 261-6740160 hasta el 22 de noviembre de 2019, inclusive. Del mismo modo, la modalidad de las transcripciones y el personal autorizado a ello.

En suma, y no obstante los diligenciamientos de la Fiscalía que constan a fs. 791/793, la carencia de la orden efectiva de intervención requerida persistía, aun cuando se podía colegir que era originaria del Juzgado Federal N° 3, la que pudo haber sido requerida, en tanto las audiencias de admisión de la prueba recién concluyeron el 3 de noviembre de 2019.

Ahora bien, a fs. 14 de estas actuaciones incidentales el señor Procurador General solicitó a esta Sala que se requiriese al Tribunal Oral Federal N° 2 de Mendoza la remisión de los autos FMZ 14.397/2019/1 caratulados «Legajo n° 1 – imputado: Figueroa Castillo, Luciano Ayrton s/ legajo de investigación» a los efectos de resolver el recurso. Requeridas las actuaciones (fs. 16/18), el referido Tribunal Federal remitió la orden de intervención telefónica en cuestión (fs. 21/24).

Del análisis de la orden, dispuesta por el juez del Juzgado Federal N° 3 de Mendoza, surge que se hizo lugar al pedido de intervención telefónica que le había realizado el Jefe de la División Especial Conjunta y Búsqueda de Pró fugos dependiente de la Dirección de Investigaciones en el marco de los autos FMZ 14397/2019/1.

La resolución ordenó la intervención telefónica y de mensajes de texto del abonado celular N° 261-6740160 a partir de la fecha de su conexión y hasta el día 22 de noviembre de 2019, y dispuso su realización por parte de la Dirección Observaciones Judiciales, autorizando al Jefe de la División Escuchas Telefónicas y Recursos Técnicos para ello, o al personal que éste designase.

Así, la intervención telefónica que a la postre fue remitida a la justicia penal local y que motivó las restantes escuchas realizadas en los autos n° P- 769.545/19 respondió a una orden del Juzgado Federal N° 3 de Mendoza, indicada con un número telefónico específico, por un período de tiempo determinado y por la persona designada para ello por el juez federal interviniente. Se advierte, en definitiva, que la pretensión del recurrente resulta sustancialmente procedente.

De tal manera, independientemente de que el vicio procedimental de fundamentación que plantea el recurrente no tiene el alcance que pregona y aun cuando pueda entenderse que ha habido existencia de excesivo rigorismo formal en el juez de la instancia previa, lo cierto es que la razón que motivó la exclusión probatoria dispuesta ha sido desvirtuada en esta instancia.

Cierto es también que una de las labores esenciales de los **jueces en los juicios en general, y en los juicios por jurados populares en particular, es velar por la correcta introducción de pruebas al proceso** (véase, en este sentido, Corte IDH, «V.R.P., V.P.C. c. Nicaragua»; CSJN, «Canales», Fallos 342:697).

Pero ello no puede realizarse con exceso de rigor formal.

En efecto, la propia **Corte Suprema de la Nación señaló, al revocar una resolución de la Cámara Nacional de Casación Penal que confirmó la sentencia que había declarado la nulidad de la intervención de una línea telefónica** y de los demás actos del proceso que fueran su inmediata consecuencia, disponiendo la absolución de los acusados, y en relación con la norma del art. 236 del CPPN, que: «Si bien la exigencia de la fundamentación –como señalara el tribunal oral– está enfocada a permitir la revisión de la razonabilidad de los actos de los jueces por parte de las instancias posteriores (circunstancia que en este caso se vio frustrada) no es éste su único objeto, es más, ni siquiera es la finalidad primordial de esta imposición normativa. [...] Es en este sentido en el que debe interpretarse el alcance de la norma en cuestión.

La exégesis de la ley requiere máxima prudencia, debiendo los magistrados cuidar que la inteligencia que se le asigne o el excesivo rigor formal de los razonamientos no desnaturalice el espíritu que ha inspirado su sanción (Fallos: 322:904) y, por ello, resulte turbado el esclarecimiento de la verdad jurídica objetiva, pues ello resulta lesivo del adecuado servicio de justicia garantizado por el art. 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 310:799, 2456; 311:600; 317:1759, entre otros)» (**CSJN, sentencia del 18 de julio de 2002 «Matte», del voto de la mayoría con remisión al dictamen del Procurador General**).

Ahora bien, no puede dejar de señalarse que corresponde al Ministerio Público Fiscal extremar los recaudos que se le soliciten en el marco de la audiencia preliminar.

En el caso particular, esto ha sido dilucidado en este estadio procesal a instancia del mismo Ministerio Público Fiscal, por solicitud de su titular, el Procurador General.

Por último, debe analizarse el último requisito requerido por el juez en relación las intervenciones cuestionadas y que se vincula con el cumplimiento de la normativa prevista por el art. 229 del CPP.

Inexistencia de imputados

En cuanto a la inexistencia de «imputados» al momento de ordenar las intervenciones telefónicas provinciales y la necesidad de que sean intervenidas las comunicaciones «del imputado» o, en su caso, de no existir, excepcionalmente cuando se investigue una banda o asociación ilícita, no comparto lo afirmado por el juez de la instancia previa.

En este sentido cabe consignar que las únicas intervenciones que la ley expresamente prohíbe son aquellas entre el imputado y su defensor –art. 229 ter, 2º párrafo, del CPP–, lo que tiene origen en la garantía de la inviolabilidad de la defensa, pero nada dice nuestra normativa respecto del resto de las comunicaciones (COUSSIRAT, Jorge (director), Código Procesal Penal Comentado de la Provincia de Mendoza, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2013, T. I. ps. 670/671, nota 315).

En efecto, la información suministrada por la justicia federal deviene información que sindicaba a los supuestos autores del homicidio que aquí se tramita, lo que surge del análisis de la totalidad del plexo probatorio que a esa fecha se había incorporado y que permitiera encauzar la investigación a los efectos de su esclarecimiento.

Corresponde señalar que, por otra parte, las partes no han cuestionado las referidas comunicaciones, sino tan sólo se interpuso nulidad por inexistencia de fundamentación de la orden provincial de intervención de fs. 126 –v. audiencia del 10/09/2021, min. 43:26, hasta su finalización–, la que, por otra parte, resultó rechazada por el juez. A más de ello, la propia defensa de Jofré requirió oportunamente medidas de prueba sobre aquéllas a fs. 685 –reconocimiento de voz– aunque la misma resultara negativa a las pretensiones del fiscal (véase por caso fs. 737/745).

Ello demuestra que **dichas intervenciones telefónicas han estado a disposición de las partes**, quienes las han podido compulsar y/o, según el caso, solicitar su reproducción.

En este sentido debe tenerse presente que la jurisprudencia ha sostenido que: «Una vez realizadas las transcripciones de las escuchas telefónicas, se les debe conceder al imputado y a su defensa una efectiva posibilidad de control a fin de que puedan, de estimarlo necesario, objetar las respectivas actuaciones solicitando su rechazo o rectificación, según el caso; en cuanto a la oportunidad procesal para materializarla juzgo adecuada la prevista por el art. **354 del C.P.N.**, pues en el plazo que fija la ley se pueden deducir las impugnaciones y ofrecer los medios de prueba para confrontar la integridad de los registros o la fidelidad de las transcripciones.

Los recurrentes –en el caso tuvieron oportunidad desde el inicio de la instrucción para oponerse o cuestionar las intervenciones telefónicas.

Ha quedado demostrado que tanto el imputado como su defensa, no efectuaron planteo alguno tendiente a **cuestionar la validez de las grabaciones y transcripciones de las escuchas telefónicas** en las cuales se encontraban involucrados, en ninguna de las etapas procesales que la ley fija para hacerlo, e inclusive nunca solicitaron la audición de tales cintas a los fines de despejar la sospecha que ahora alberga la asistencia técnica del imputado» (CNCP, Sala 3, sentencia del 7 de diciembre de 2004, “Buratto, Horacio Gustavo s/ recurso de casación”, del voto del Dr. Tragant, con adhesión de los doctores Riggi y Ledesma, según su voto).

Por ello, en el caso concreto, se ha demostrado que las garantías constitucionales no se han visto vulneradas en la medida en que las intervenciones telefónicas analizadas fueron legalmente ordenadas.

De tal manera no se advierten razones suficientes para excluir prueba dirimente en el proceso.

Por las razones expuestas considero que debe ser contestada de manera afirmativa la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto Dr. Palermo. Disidencia.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, **adelanto mi discrepancia con la solución propuesta por mi colega de sala preopinante en razón de que el recurso formulado por el representante del Ministerio Público Fiscal no satisface las exigencias legales de impugnabilidad objetiva**, pues el recurrente no ha demostrado que la decisión sea definitiva o equiparable a tales.

La posición asumida de manera alguna implica vedar al representante del Ministerio Público Fiscal la posibilidad de cuestionar en esta instancia la decisión del órgano jurisdiccional en el momento procesal oportuno, que no es la presente ocasión.

Para llegar a esa conclusión, en primer lugar, reconstruiré los argumentos expuestos por el recurrente para fundamentar la impugnabilidad de la decisión (a); para luego justificar por qué tales razones no se ajustan a la normativa aplicable y no permiten la apertura de la vía intentada (b).

a.- El recurrente invoca los artículos 474 inc. 2°, 475, 476 inc. 4° y 480 del CPP para impugnar la exclusión probatoria que el juez del Tribunal Penal Colegiado n° 1, Dr. Eduardo Martearena, dispuso en autos. Explica que la decisión causa un gravamen irreparable que hace imposible que continúe el ejercicio de la acción penal, e invoca la posibilidad de la víctima del delito de acceder rápidamente a la tutela judicial efectiva de sus derechos.

Cita el **precedente «Girolodi»** de la Corte Federal para sostener que «[...] [l]as exigencias formales de admisibilidad de los recursos deben interpretarse de la forma que sea más favorable para su admisión y substanciación», así como jurisprudencia de este Tribunal según la cual no es exigible para la admisión formal la distinción entre motivos de agravio materiales y procesales (L.S. 378-155).

Explica que el Ministerio Público Fiscal se encuentra legitimado para interponer el recurso en función del art. 120 de la Constitución Nacional y del **art. 3 incs. 3 y 4 de la ley 8.008**.

Afirma que la resolución cuestionada configura un supuesto de «gravedad institucional» porque prácticamente consagra la impunidad de un hecho grave y deja a los posibles autores impunes, y sostiene que se trata de una resolución enumerada en los **arts. 475 y 476 inc. 4** del CPP.

Posteriormente, al exponer los motivos de agravio de fondo, afirma que el presente se trata de un supuesto de gravedad institucional por exceder el mero interés individual de las partes y afectar al de la comunidad, con cita de la Corte Federal (Fallos 255:41).

b.- Ahora bien, en primer lugar, advierto que la resolución que excluye prueba del proceso no se encuentra entre aquellas enumeradas en el **art. 475 del CPP** como decisiones objetivamente impugnables mediante el recurso de casación.

En efecto, tal norma habilita esa impugnación para casos expresamente enumerados, a saber, «[...] además de los casos especialmente previstos por la ley y con las limitaciones establecidas en los artículos siguientes, sólo podrá deducirse este recurso contra las sentencias definitivas o los autos que pongan fin a la acción o a la pena, o hagan imposible que continúen, o que denieguen la extinción, conmutación o suspensión de cualesquiera de ellas».

En este orden de ideas, para que el recurso prospere formalmente debe acreditar que estamos ante una sentencia definitiva o una resolución de las equiparadas a ella.

En segundo lugar, tampoco considero que se haya demostrado que la decisión revista un carácter que deba equipararse a las taxativamente enumeradas en el art. 475 del CPP.

El recurrente afirma que la decisión es definitiva por cuanto en la práctica implica la impunidad de los acusados.

Sin embargo, este Tribunal ya ha sostenido que la resolución que decide sobre la exclusión o no de una prueba durante el proceso no es materia de casación (ver al respecto, **«Ventura Ortiz»**).

Es que la solución no puede ser diferente pues, de otro modo, serían susceptibles de discusión ante este Tribunal cuestiones propias del desarrollo de los procesos, desnaturalizándose su competencia.

En otras palabras, la importancia de la prueba excluida no torna recurrible la resolución que eventualmente dispone su nulidad o exclusión –como es el caso– hasta que no recaiga una decisión definitiva, o equiparada legalmente a tal, en función de aquella exclusión; o, eventualmente se demuestre un perjuicio de difícil o imposible reparación ulterior.

En tercer lugar, advierto que el recurrente tampoco demuestra la «gravedad institucional» invocada.

En efecto, el representante del Ministerio Público Fiscal afirma que la decisión excede el interés de las partes y afecta el interés comunitario, aunque tal razón no luce suficiente para caracterizar al caso como un supuesto de **«gravedad institucional»**.

Ello, en la medida en que siempre que esté en juego la imposición de una pena estatal se excede el interés de las partes y se afecta el interés de la comunidad, de manera que la invocación del recurrente resulta inespecífica. En cuarto lugar, el recurrente tampoco ha logrado demostrar de qué manera la garantía de acceso a la justicia de las víctimas se vería comprometida en el caso, pues se ha limitado a invocar la garantía, más no ha explicado de qué manera se vería afectada ni por qué ello podría tener **alguna implicación en relación con la impugnabilidad** de la decisión.

Por las razones expuestas, considero que corresponde desestimar formalmente el recurso interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso formulado en autos y revocar la resolución del Primer Tribunal Penal Colegiado impugnada en relación con la exclusión de prueba dispuesta y todo lo ordenado en su consecuencia.

En mérito a ello, habiendo concluido la audiencia preliminar, el juez de la instancia anterior deberá expedirse acerca de la admisibilidad de la prueba referida, de conformidad con lo dispuesto en el tratamiento de la cuestión anterior en la presente resolución. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. MARIO D. ADARO y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación planteado por la Fiscalía de Instrucción N° 1 de la Unidad Fiscal n° 13 de Homicidios y Violencia Institucional y revocar la resolución del Primer Tribunal Penal Colegiado impugnada en relación con la exclusión de prueba dispuesta y todo lo ordenado en su consecuencia.
- 2.- Ordenar que el juez de la instancia anterior se expida acerca de la admisibilidad de la prueba referida, de conformidad con lo dispuesto en la presente resolución.
- 3.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro (en disidencia)
DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

4- ORTUBIA ZABALETA. 29-03-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	-	-	-	PCC	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=760>

Lex: Art. 84, 2° párrafo del CP. Ley 25189. Arts. 48 inc. b, 52 y 57 inc. d de la Ley de Tránsito.

Vox: Homicidio culposo. Conducción antirreglamentaria. Aumento de riesgo permitido. Desacreditada autopuesta en peligro de la víctima.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **dos años de prisión en suspenso y cinco años de inhabilitación especial** para la conducción de vehículos automotores, por el delito de homicidio culposo agravado por la conducción antirreglamentaria de un vehículo automotor (art. 84, párrafo segundo del CP, ley 25.189).

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP). Sus agravios: inexistencia de valoración probatoria y errónea aplicación de la ley sustantiva.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1136 (19-05-20), pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes relacionados.

a-SCJM

HOMICIDIO CULPOSO. Art. 84 del CP.

- Difabio Giaroli. 19-02-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=279>
- Gattas Lozano. 03-03-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=325>
- Lioy Bongiovanni. 12-03-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=344>
- Tonetto Manzano. 20-03-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=292>
- Aspiazu. 30-04-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=296>
- Maldonado. 29-05-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=331>
- Bertani Tejeiro. 24-06-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=318>
- Darre Pauloni. 22-07-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=302>
- Barrientos Revello. 04-08-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=293>
- Guevara. 06-08-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=295>
- Pont Lezica Pareja. 06-10-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=396>
- Guzmán Zalazar. 28-04-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=519>
- Arrieta Hugo y ot. 17-06-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=515>
- Guajardo y ot. 03-09-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=511>
- Gonzalez Muñoz: 03-05-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=800>
- Sosa Julio. 13-10-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=924>
- Zanni. 28-12-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=926>
- Miranda, Caccia y ot. 28-12-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=941>

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo.

Fallo

CUIJ: 13-05352614-9/1((018602-114515)) FC/ ORTUBIA ZABALETA SEBASTIAN ALBERTO P/ HOMICIDIO CULPOSO POR LA CONDUCCION ANTIRREGLAMENTARIA DE UN VEHICULO AUTOMOTOR (114515/14) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105524263*

En Mendoza, a los veintinueve días del mes de marzo del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05352614-9/1 caratulada “F. C/ ORTUBIA ZABALETA, SEBASTIÁN ALBERTO P/ HOMICIDIO CULPOSO POR LA CONDUCCIÓN ANTIRREGLAMENTARIA DE UN VEHÍCULO AUTOMOTOR S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo el DR. MARIO D. ADARO y tercero el DR. OMAR A. PALERMO.

A fs. 234/241 la defensa del acusado interpone recurso extraordinario de casación contra la sentencia n° 1.136 de fecha 19 de mayo de 2020 y sus fundamentos (fs. 224/225 y 226/232) del Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

La misma condena al acusado Sebastián Alberto Ortubia Zabaleta por el delito de homicidio culposo agravado por la conducción antirreglamentaria de un vehículo automotor (art. 84, párrafo segundo del CP, ley 25.189).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

La sentencia cuestionada, en lo aquí pertinente, condenó a Sebastián Alberto Ortubia Zabaleta como autor penalmente responsable del delito de homicidio culposo agravado por la conducción antirreglamentaria de un vehículo automotor (art. 84, segundo párrafo del CP, ley 25.189) a la pena de dos años de prisión en suspenso y cinco años de inhabilitación especial para la conducción de vehículos automotores.

Ello por encontrar acreditado que «el día 29 de octubre de 2014, siendo aproximadamente las 07:40 horas, Sebastián Alberto Ortubia Zabaleta se encontraba conduciendo el camión marca Mercedes Benz [...] por Ruta 15, Agrelo, Luján, en dirección de Norte a Sur [...] al llegar a la intersección con calle Suárez, sin previo aviso e intempestivamente, giró hacia su izquierda para ingresar a calle Suárez invadiendo el carril contrario [...] por donde [la víctima] circulaba a bordo de la motocicleta marca Brava [...] en dirección de Sur a Norte. Como consecuencia de la maniobra realizada colisionó el camión conducido por aquél, lo cual provocó la muerte por politraumatismos por accidente vial [...]».

El sentenciante destacó que no hubo controversia acerca de:

- 1) las condiciones de tiempo y lugar en cuanto al acaecimiento de un accidente de tránsito;
- 2) quiénes intervinieron en el mismo –un camión recolector y una motocicleta–;
- 3) el resultado muerte del conductor del motociclo;
- 4) que el camión se encontraba efectuando el servicio de recolección de residuos conducido por Ortubia Zabaleta;

5) los daños a los rodados y la mecánica del accidente (ver fundamentos de fs. 227 vta y 228).

Todo lo que surgía, principalmente, del acta de procedimiento de fs. 6/8 labrada por personal policial en el lugar, los informes de Policía Científica de fs. 99/107, el informe del Cuerpo Médico Forense de fs. 94/95, así como el acta de defunción de fs. 98.

Descartó la autopuesta en peligro de la víctima alegada por la defensa por no encontrarse el resultado dentro de la esfera de atribución de la misma, cuyo comportamiento se llevó adelante sin relevancia respecto de aquél y dentro del riesgo permitido, el que no elevó o aumentó a través de una imprudencia extrema como conductor de un rodado menor, pues no se demostró que debiera hacerlo a una determinada velocidad.

Entendió, por el contrario, que el suceso era atribuible objetivamente a la conducta apresurada e imprudente de Ortubia, que **incrementó ilegalmente el riesgo permitido** realizando una maniobra de giro a la izquierda, en un vehículo de gran porte, que presenta mayores dificultades y limitaciones para maniobrar y despejar la calzada, sin señalar debidamente con antelación dicha maniobra intempestiva (arts, 48 inc. b, 52 y 57 inc. d de la Ley de Tránsito).

Por ello **hubo creación de este riesgo jurídicamente relevante, realizado en el resultado dañoso muerte**, sin desplegar una conducta alternativa a derecho que hubiera evitado el resultado.

De tal manera lo encontró a Ortubia responsable en los términos del art. 84, párrafo 2 del CP. Para decidir de este modo, el juez, recibió las declaraciones testimoniales de Ricardo Colque, Mónica Esquibel y Hugo Gaspar y con acuerdo de partes, incorporó la prueba instrumental además de la declaración indagatoria de fs. 141 y testimonial de fs. 135/136 de Esquibel.

2.- El recurso de casación

La defensa formula recurso de casación a fs. 234/241 contra la sentencia arriba individualizada con fundamento en el art. 474, incs. 1 y 2 del CPP.

Luego de justificar la procedencia formal del recurso y transliterar el hecho materia del requerimiento fiscal, expone sus cuestionamientos.

1° agravio. Inexistencia de valoración probatoria.

El primer motivo de agravio radica **en la arbitrariedad de la sentencia por carecer de apoyo legal ante la inexistencia de valoración probatoria.**

En este sentido entiende que el juez de sentencia ha realizado **una valoración errática**, tanto respecto de las testimoniales rendidas, como de las pericias adjuntadas.

Refiere así que el juez adujo inexistencia de controversia acerca de la mecánica del accidente cuando, por el contrario, el testigo de Policía Científica declaró acerca de la conducta seguida por el conductor de la motocicleta, circunstancias que no han sido debidamente valoradas.

A partir de allí, señala que el planteo sobre la posibilidad cierta de que aquél y no el acusado fuera quien causara el accidente no ha sido debidamente analizado.

Vuelve sobre el punto, a fin de abonar su argumento acerca de la culpa de la víctima y expresa que tanto de los informes técnicos como de las testimoniales del personal de Policía Científica surge que la motocicleta seguramente circulaba a mayor velocidad que la permitida en la zona escolar.

Destaca que la testigo Esquibel afirmó que la motocicleta circulaba a exceso de velocidad y que todos los días se cruzaba al conductor de la motocicleta en otro punto del recorrido lo que, a criterio de la defensa, probaría que venía a una velocidad mayor a la permitida.

Del mismo modo entiende no se ha valorado la declaración del propio acusado **Ortubia, quien expresó que realizó una maniobra de giro a la izquierda permitida, con total dominio de su vehículo de gran porte, y que colocó la luz de giro.**

Además, refirió que advirtió la maniobra a los vehículos que circulaban por la mano contraria con cambio de luces. Añade que no se valoró que este vehículo traspasó holgadamente el eje medio de la calzada, con ingreso de al menos el 95% a la arteria perpendicular, maniobra refrendada por el informe técnico y las fotografías del lugar, concluyendo que, si el conductor del otro rodado hubiera conducido prudentemente y a velocidad permitida, debería inexorablemente haber evitado colisionar a su mandante.

Por ello, cuestiona las conclusiones del juez acerca de la maniobra permitida realizada y afirmada por esa parte, pero omite considerar que se probó que utilizó el tiempo suficiente para dicha maniobra y que la advirtió, tiempo éste que no utilizó la víctima posiblemente por una distracción.

Por ello, afirma, la sentencia cuestionada **causa gravamen irreparable** coartando el ejercicio de derechos laborales del acusado en tanto desarrolla su actividad laboral en base a la conducción de este tipo de vehículos.

2° agravio. Errónea aplicación de la ley sustantiva.

Como segundo agravio postula errónea aplicación de la ley sustantiva, por cuanto no han quedado probados los requisitos del tipo, los que han quedado desvirtuados por los motivos ya desarrollados.

La defensa solicita **la absolucón lisa y llana de su defendido y, en subsidio, la aplicación del art. 2 del CPP**, por existir dudas –principio in dubio pro reo– acerca de la participación punible de su defendido, lo que peticiona en esta instancia. Formula reserva de caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General contesta la vista conferida y, si bien se pronuncia por la procedencia formal del recurso, considera que corresponde su rechazo sustancial.

Luego de resumir los fundamentos vertidos por la defensa, afirma que el tribunal de la instancia previa valoró el plexo probatorio de autos y las circunstancias del hecho dando claras razones por las que arribó a la certeza acerca de la responsabilidad del acusado por el delito de homicidio culposo agravado.

Seguidamente detalla la prueba analizada por el juez de sentencia para describir la mecánica de los hechos y realiza referencias sobre la declaración del conductor del camión, que advirtiera unas luces que se aproximaban previo a la maniobra de giro, así como a la declaración de la testigo Esquibel.

En función de ello, concluye que el juez de la instancia previa ha fundado correctamente que, como consecuencia de la conducción imprudente y antirreglamentaria del conductor del camión, que efectuó una maniobra de giro que afectó la fluidez del carril contrario por el que circulaba la motocicleta y sin asegurarse previamente que por allí no circulaba nadie, ocasionó que la víctima lo colisionara y, por ello, que falleciera en el lugar.

Entiende que el juez brindó los motivos por los que entendió que no hubo autopuesta en peligro por parte de la víctima y que su comportamiento no tuvo relevancia en el hecho. Ello, más allá del riesgo permitido como conductor de un rodado menor, razón por la que considera correcto al comportamiento de la víctima.

Contrariamente a lo sostenido por la defensa, concluye que se valoró la declaración del acusado, afirmando que **no basta** la colocación de la luz de giro advirtiendo la maniobra, sino que es necesario tomar todos los recaudos antes de dicha maniobra **pues el acusado elevó el riesgo permitido y que éste se realizó en el resultado muerte.** Cita jurisprudencia en abono.

Afirma que la sentencia se encuentra debidamente fundada, en tanto se valoró acertadamente **que existía conocimiento acerca de la evitabilidad de la acción prohibida e imputación objetiva del resultado dañoso al condenado y se aplicó la ley adecuadamente.**

Por ello entiende que es insostenible, frente al amplio plexo probatorio y la valoración correcta del tribunal, poner de resalto el accionar de la víctima para generar de duda acerca del accionar del acusado. De tal manera, por considerar que la sentencia cuestionada no tiene motivación arbitraria por no existir apartamiento de las reglas de la sana crítica racional, corresponde que no se haga lugar al recurso de casación interpuesto.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Puesto a resolver el recurso promovido por la defensa del acusado, adelanto que, por las razones que a continuación se exponen, corresponde rechazar la impugnación impetrada.

Debo aclarar que, no obstante, los agravios articulados por la defensa fueron organizados en dos tópicos, del tratamiento del primero y su resultado –la supuesta arbitraria valoración de la prueba–, deriva el segundo –la errónea aplicación de la ley sustantiva–, por lo que va de suyo el análisis del primero de los agravios expuestos.

En este sentido debo destacar que los elementos de convicción incorporados durante el debate y los allí rendidos han sido debidamente valorados en orden a los principios de la sana crítica racional, por cuanto se ha efectuado un análisis completo y razonado de la totalidad del plexo probatorio.

De tal manera, no se advierte el pretendido déficit de motivación y, por ello, el acto sentencial debe ser considerado un acto jurisdiccional válido, pues **no adolece de falencias que ameritan su anulación.**

En este sentido valga recordar que es jurisprudencia reiterada de esta Sala que para que los defectos en la fundamentación conlleven a tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a su ausencia (LS. 186-427; 153-011; 354-218; 392-94 y 397-177, entre otros); lo que en la especie no se verifica.

El juez de la instancia anterior, al momento de fundamentar la sentencia que la defensa cuestiona partió de considerar, acertadamente, aquellas circunstancias que no generaron controversia entre las partes. Detalló, dentro de éstas: las circunstancias de tiempo y lugar, así como el personal actuante que llegó en primera instancia al lugar y cuál fue el escenario encontrado, plasmado en el acta de procedimiento de fs. 6/8; el arribo de la ambulancia del SEC y la constatación del fallecimiento del conductor de la motocicleta y su causa; los intervinientes del evento dañoso; las condiciones de las vías de circulación y cartelera; la ubicación de los rodados y de la víctima así como los daños que presentaban los vehículos y las impresiones –huellas de frenada– que se encontraron (ver fundamentos fs. 217 vta. y 218, punto 8.).

Lo propio hizo, puntilosamente, respecto de la mecánica del suceso (ver fundamentos de fs. 218, párrafo 2do en adelante). En este orden, al cuestionar la defensa aspectos centrales de aquél, he de detenerme en el mismo, pues respecto de las restantes pruebas no ha efectuado reparo alguno.

En efecto, el juez de sentencia analizó dicha mecánica bajo el prisma del informe de Policía Científica agregado en autos a fs. 99/107 y, de allí, transliteró parte de las conclusiones del mismo, a las que se arribara conforme los indicios colectados en el lugar.

Principalmente las huellas de frenada impresas en la carpeta asfáltica ocasionadas por la motocicleta, el rodamiento de ésta sobre el lado derecho que surge de los daños que dicho rodado presentaba y los sectores de colisión, en el carril este de la Ruta provincial 15 y frente al ingreso del callejón Suárez, en

tanto el camión se encontraba, previo girar a la izquierda al callejón Suárez desde la ruta 15, habiendo la moto impactado de forma frontolateral izquierda al camión en la parte del neumático trasero derecho. Coincidente con la forma de impacto, analizó luego el resultado de la necropsia que determina el resultado de muerte por traumatismo a nivel torácico y de cráneo como causa final de la muerte (ver fundamentos a fs. 218 y vta, in fine).

Acertadamente delimita el sentenciante, y aun cuando sostenga la defensa que la misma no ha sido suficientemente tratada, que **la cuestión nuclear radica en determinar la conducta de la víctima previa al impacto, a la que la defensa pretende hacer responsable del evento dañoso**. Esto por cuanto sostiene **exceso de velocidad** con desobediencia a la cartelería por parte del conductor de la motocicleta y la **inadvertencia a las señales de luces del camión** de su intención de girar a la izquierda hacia callejón Suárez.

Descarta la existencia de autopuesta en peligro de la víctima

Todo ello, sobre la base de la declaración de su defendido. El juez de sentencia contestó cada una de estas observaciones para **descartar la existencia de una autopuesta en peligro de la víctima y concluyó que el resultado no se produce dentro de la esfera de atribución de la víctima** por cuanto **su comportamiento no ha sido relevante ni ha creado un riesgo más allá del permitido** para un conductor de un rodado menor.

Para ello afirmó que **la víctima no tenía una regla de velocidad máxima específica a respetar**, pues si bien se encontraba en las cercanías de un establecimiento educativo, el semáforo de luces allí ubicado no se encontraba en funcionamiento según informara personal de Policía Científica a fs. 99 vta.

Ello surge del acta de procedimiento de fs. 6 vta., donde consta que «[...] a unos 19 pasos hombre al sur de la última huella de frenada se observa un semáforo de precaución el cual no está en funcionamiento con las indicaciones “SEMÁFORO, ESCUELA 20 km” [...]».

Este semáforo fuera de servicio, así como la hora del accidente en cuanto a que el evento se produjo, esto es antes de la apertura de la escuela, fue considerada al mismo efecto, con aval en el testimonio de Mónica Esquibel, quien se conducía detrás del camión recolector.

La defensa, también en esta instancia, y para fortalecer su posición acerca de la responsabilidad de la víctima, insiste en que **Ortubia realizó una maniobra de giro habilitada para ingresar desde Ruta 15 a callejón Suárez**, mientras efectuaba la recolección de residuos municipales.

Asimismo, que señaló aquella maniobra debidamente y alertó previamente, con cambio de luces, ante la advertencia de un automóvil que se acercaba en sentido opuesto.

Ello en base a su declaración previa al debate que se incorporó por lectura.

Ahora bien, el sentenciante no negó que la maniobra de giro a la izquierda era una maniobra permitida (ver fundamentos fs. 229), pero **aclaró correctamente que dicha maniobra importa un giro peligroso en el que debió considerarse**, muchas otras circunstancias, como, por ejemplo, el vehículo de gran porte que conducía y la cesión del paso, previo al giro, de vehículos que lo hacen en sentido contrario.

Así, sobre la base de los propios dichos del acusado, concluyó que ello que no hacían sino demostrar que aun advirtiendo la presencia de otro vehículo –porque el acusado dijo ver luces– continuó con su maniobra que necesariamente importaba invadir la mano contraria de circulación.

Cabe acotar, en orden al agravio articulado, que existe expresa **mención del sentenciante a la declaración prestada en la investigación penal preparatoria por el acusado y que fuera debidamente incorporada**.

Del mismo modo el juez valoró, contrariamente a lo señalado por la defensa, el testimonio de Mónica Esquibel como el de una testigo fundamental, clara y contundente por haber estado en el lugar y haber presenciado el accidente (ver fundamentos de fs. 229 vta.).

Ello por cuanto ésta es su ruta habitual para ir a su trabajo en una bodega, haciéndolo ese día más temprano de lo habitual, lo que explicara que cruzara a la víctima allí, a la que por otra parte veía prácticamente a diario en dicho recorrido. Mónica Esquibel comenzó un relato introductorio espontáneo diciendo, «[m]e acuerdo de todo.

Eran como las 07:15, 07:20 de la mañana, yo iba por la Ruta 15, dos cuadras antes de donde está la escuela veo un camión de la municipalidad parado, sin luces, sin nada. Yo iba en una moto, quiero pasarlo porque estaba parado y me doy cuenta, porque me imaginé que había gente recolectando basura y ahí veo a dos personas que vienen con las bolsas de basura, entonces miro por el costado contrario y viene una luz [...]» (ver registro audiovisual del 10/03/2020, minutos 00:15:00 y ss).

Surgieron de aquí varios datos fundamentales que han sido evaluados en la sentencia: que la testigo circulaba detrás del camión recolector; que previo al giro, éste estaba parado y sin luces indicadoras, en tanto operarios municipales efectuaban la recolección; y, que se acercaba en sentido contrario otro rodado. Continuó con su relato al señalar que «[...] y dije, espero que pase la moto. Cuando veo que el camión arranca y dobla y ahí automáticamente pensé “la moto” [...] yo llego hasta la cola del camión y el chico fallecido se tapa la cara, se quiere cubrir y pega su cabeza contra el camión y cae [...]» (ver registro audiovisual del 10/03/2020, minutos 00:15:06 y ss.).

Añadió que se bajó automáticamente e increpó al conductor del camión quien le dijo que no había visto a la motocicleta y entonces ella llamó al 911 y a la madre del chico de su teléfono (ver registro audiovisual del 10/03/2020, minutos 00:17:25 y ss.).

Aclaró luego que «[P]ienso pasarlo al camión, como veo que está recolectando basura no lo paso, me quedo parada y del lado contrario veo una moto, una luz, me imaginé que era una moto [...] no sabía la velocidad, siempre me lo cruzaba a ese chico, después de la Policía, más hacia el Norte, un kilómetro y medio más adelante, nunca lo vi que fuera rápido» (ver registro audiovisual del 10/03/2020, minutos 00:18:00 y ss.).

Tal como concluyó el sentenciante, la testigo, en un vehículo de menor porte advirtió, al igual que debió hacerlo el conductor del camión –que tenía mayor visibilidad por su altura y tamaño–, la presencia de un rodado en la mano contraria y, sin embargo y contrariamente a Esquibel, inició – porque el rodado estaba detenido– la maniobra de giro a la izquierda que, tal como refiere el sentenciante, resultó intempestiva. En tal sentido, y de acuerdo a lo que destacó, con razón, la advertencia de un vehículo de características imprecisas a corta distancia constituía una señal de alerta.

Descartó también el juez de sentencia con dicho testimonio, las manifestaciones interesadas del acusado quien dijo ver «un vehículo y a lo lejos» y del mismo modo, aportó elementos para desacreditar la velocidad excesiva de la moto que le atribuyó la defensa a Esquibel, que jamás refiere en su testimonial, y que une al cruce habitual, pero más adelante, para afincar el exceso de velocidad alegado.

Sin embargo, la propia testigo explicó ello a la defensa al sostener que «[...] yo siempre me iba a trabajar a la misma hora y mis compañeras me reclamaban que llegaba tarde cuando ya ellas estaban cebando mate. Ese día fui más temprano, por eso me lo encuentro antes [...] no lo reconocí, cuando llegué a la bodega le dicen que es Gonzalo Reynoso, lo buscamos por internet y no lo reconocí por cómo lo vi en el accidente [...]» (ver registro audiovisual del 10/03/2020, minutos 00:20:20 y ss.).

A mayor abundamiento la testigo refirió no saber de la existencia de un semáforo en el lugar –el indicador de precaución por la existencia de la escuela- ni un cartel de velocidad –no obstante, ello surge del informe de Policía Científica-.

Respecto de la **visibilidad dijo que era perfecta** porque estaba amaneciendo (ver registro audiovisual del 10/03/2020, minutos 00:29:00). En cuanto a **la velocidad**, Gaspar, el policía actuante del informe de Policía Científica, previo aclarar que no se le pidió que se midiera la velocidad de la moto, expresó que la moto no iba a más de 20 km/hora, pero, aclaró, «no a mucho más» (ver registro audiovisual del 10/03/2020, minutos 00:21:30).

Cabe señalar que no ha dejado el juez de sentencia prueba por analizar. Por el contrario, ha ponderado medularmente las declaraciones de todos los testigos que comparecieron al debate, especialmente, por tratarse del único testigo presencial, en los dichos de Mónica Esquibel.

Baste señalar también que los otros dos testigos, Colque, actuante del procedimiento, y Gaspar, quien elaborara el informe de Policía Científica, ratificaron lo actuado en la investigación penal preparatoria e informado oportunamente.

Ello guarda lógica si se considera que el accidente aconteció en el mes de octubre de 2014, el requerimiento de citación a juicio es del 30 de abril de 2019 y el debate oral se celebró, con bastante celeridad desde su ingreso al tribunal, en marzo de 2020.

Del mismo modo analizó toda la prueba instrumental y la propia declaración del acusado, único elemento de descargo en favor de Ortubia y al que juzgó insuficiente en tanto fue prestada al solo efecto de pretender mejorar su situación procesal. Dicho esto, claramente he de concluir que no existe elemento alguno que permita sostener la existencia de responsabilidad en cabeza de la víctima, pues el accidente de tránsito se produjo fuera de la esfera de su atribución, debiendo descartarse de plano la existencia de la pretendida autopuesta en peligro.

Por el contrario, resultó el conductor del camión, quien, a través de una maniobra de giro a la izquierda imprudente, dadas las circunstancias en que se desarrolló, el que generó un riesgo más allá del permitido –en tanto debía circular con cuidado y prevención conservando en todo momento con el dominio efectivo del vehículo considerando los riesgos propios de la circulación y las demás circunstancias particulares del tránsito– que se materializó en el resultado muerte de la víctima.

La víctima, frente a aquel comportamiento del acusado reaccionó previo al resultado fatal y por ello quedan impresas en la carpeta asfáltica las huellas de frenada y el rozamiento, las que no son sino consecuencia de haberse encontrado en su trayectoria de circulación con un vehículo de gran porte que giró, en violación a la normativa vigente, a la izquierda invadiendo el carril de circulación de aquélla.

De tal manera, le es atribuible al acusado, con exclusividad, la responsabilidad en el evento dañoso. En función de lo señalado y al considerar que el juez de la instancia previa valoró adecuadamente las pruebas incorporadas y rendidas en el debate, sin advertirse los vicios que atribuye la defensa a la sentencia, considero que no puede prosperar el recurso en este aspecto.

Tampoco resulta procedente, tal como anticipara, por existir íntima vinculación con la conclusión alcanzada, el agravio de orden sustancial que se traduce en la errónea aplicación de la ley, tal el art. 84, párrafo 2do. del CP y art. 2 del CPP que consagra el principio del in dubio pro reo. Por lo expuesto, corresponde contestar de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento el resultado que se arriba en las cuestiones que anteceden corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del condenado Sebastián Alberto Ortubia Zabaleta y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 1.136 y sus fundamentos.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Imponer las costas al imputado vencido y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

5- ZUÑIGA NAVARRO. 29-03-22. (JJ)

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	-	-	AF	PPP	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474
														155

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=803>

Lex: Art. 80 inc. 2 y 41 bis del CP. Arts. 155, 411 incs. 1 y 2, 198 incs. 2 y 3, 416 inc. 4 del CPP. art. 8.2.h y con el art. 14.5 del PIDCP. Ley 9106.

Vox: Homicidio agravado. Alevosía. Arma de fuego. Juicio por Jurados. Técnica del examen y contraexamen de los testigos y de litigación de las instrucciones finales. Revisión integral. Motivación. Expresión de fundamentos. Regla de la deferencia. Doble conforme. **Plenario.**

Summa:

El **TPC** condenó al nombrado a la pena de **prisión perpetua** como autor penalmente responsable del delito de homicidio agravado por alevosía, calificado por el uso de arma de fuego (arts. 80 inc. 2 y 41 bis Cód. Penal).

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP). Solicita la nulidad absoluta de la sentencia por falta de fundamentación invocando para ello violación a los arts. 155, 411 incs. 1 y 2, 198 incs. 2 y 3, 416 inc. 4, todos del CPP.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1480, pronunciada por el TPC N° 2-1°CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Petean Pocoví. 07-02-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=276>
- Acuña. 07-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=710>

b-CIDH

I-Reconstrucción viable conforme a pautas racionales

- Caso V.R.P., V. P. C. y otros vs Nicaragua, considerando 259, con referencia a TEDH, «Taxquet vs. Bélgica»: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_350_esp.pdf

II-Recurso.

- Caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”. 02-07-04.
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=209&lang=es
- Caso “Gorigoitía vs. Argentina”, 02-09-19.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_382_esp.pdf
- Caso “Mohamed vs. Argentina”. 23-11-12.
https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=233

c-CSJN

- «Canales». 02-05-19: <https://inecip.org/wp-content/uploads/000084206.pdf>

"... la forma republicana de gobierno, adoptada en el art. 1º de la Constitución Nacional, exige que todo acto, estatal deba tener una, explicación racional y obliga a los magistrados del Poder Judicial a dar a conocer las razones de sus decisiones. En materia de pronunciamientos judiciales y en concordancia con lo expresado, esta Corte ha afirmado que **"...la exigencia de motivación de la sentencia de los jueces profesionales fue concebida originalmente como un modo de compensar la debilidad institucional y la falta de garantías políticas de estos magistrados** respecto de los jurados populares. Así, la fundamentación explícita encuentra su razón de ser en la obligación de los jueces, como representantes del pueblo -no electivos- en el ejercicio de un poder del Estado, de rendir cuentas de sus decisiones..." (causa "Canales", Fallos: 342:697, voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti, considerando 19 y voto del juez Rosatti, considerando 12).

Caso "Owen", ob. cit.).

- **Caso "Owen"**, Corte Suprema de Nueva Zelanda, caso **"Kurt John Owen vs. La Reina"**, SC 25/2007 [2007] 102 NZSC, fallo citado y traducido en **Binder, Alberto M** y Harfuch, Andrés, **"El juicio por jurados en la jurisprudencia nacional e internacional"**, colección "Jurados y participación ciudadana en la administración de justicia – 05", volumen "c", 2021, en prensa) [...]»
- **Caso "Biniaris"**, ob. cit.

Juicios por Jurados realizados en la provincia de Mendoza:

<http://www.jus.mendoza.gov.ar/Web/juicios-por-jurados/juicios-realizados>

Precedentes relacionados

a-SCJM

- Tizza. 08-01-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=449>
- Zúñiga. 07-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=803>
- Farías Toledo. 19-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=805>
- Vildoza. 15-06-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=856>
- Cataldo Ortiz. 29-07-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=868>
- Hisa. 26-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=880>
- Mendez Castro. 13-10-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=925>
- García Rivera. 01-12-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=961>
- Ponce Rubio. 02-12-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=954>

b-CSJN

- «Canales». 02-05-19: <https://inecip.org/wp-content/uploads/000084206.pdf>

c- CIDH

- V.R.P., V. P. C. y otros vs Nicaragua:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_350_esp.pdf

Doctrina citada.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo y ALVARADO, Mariana, "Textos de Teoría General del Proceso. Los sistemas de enjuiciamiento judicial", Editorial Astrea, Buenos Aires, 2015, Tomo 2, págs. 136/137; ver también los precedentes de esta Suprema Corte de Justicia **"Mopardo Dupoux"** y **"Flores González"**, entre otros **SCJM**. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio. Garay. Gómez. Llorente. Dra. Day. **Plenario**.

Fallo

CUIJ: 13-05506559-9/1((018601-11437)) F C/ ZUÑIGA NAVARRO RODRIGO ARIEL P/ HOMICIDIO AGRAVADO (11437/20) (11437) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105686263*

En Mendoza, a los siete días del mes de abril del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05506559-9/1 caratulada “FC/ ZUÑIGA NAVARRO, RODRIGO ARIEL P/ HOMIC. AGRAVADO S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO; segundo, DR. DALMIRO GARAY CUELI; tercero, DRA. M. TERESA DAY; cuarto, DR. JULIO R. GÓMEZ, quinto, DR. PEDRO J. LLORENTE; sexto, DR. OMAR A. PALERMO y séptimo, DR. MARIO D. ADARO.

La defensa del imputado Rodrigo Ariel Zuñiga Navarro interpone recurso de casación contra la sentencia N° 1480, en tanto condena al nombrado a la pena de prisión perpetua como autor penalmente responsable del delito de homicidio agravado por alevosía, calificado por el uso de arma de fuego (arts. 80 inc. 2 y 41 bis Cód. Penal).

Este pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial, sobre la base del veredicto emitido por el jurado constituido en autos n° P-11437/20.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver: PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto? SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde? TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El jurado popular tuvo por acreditada la plataforma fáctica atribuida al acusado; esto es, que el 5 de febrero de 2020 a las 12 horas aproximadamente, sobre calle Sarmiento, a unos cuatrocientos metros al norte de calle Capilla de Nieves de Guaymallén, el acusado, alias “El Mojo”, le dio muerte a Felipe Carrizo mediante el disparo de un arma de fuego, tipo tumbera, aprovechando el estado de indefensión de la víctima al dispararle por la espalda, sobre seguro y sin riesgo, desde una motocicleta conducida por Matías Daniel Acuña Zanetti, para luego darse a la fuga.

2.- Recurso de casación

Encuadra su recurso la defensa, en los dos motivos del art. 474 CPP.

Expresa que la sentencia adolece de **una errónea aplicación de la ley sustantiva, así como de la inobservancia de las normas procesales**, que imponen la necesidad de no apartarse de la prueba producida en las audiencias de debate. Se queja porque la no expresión de la motivación del fallo, impide el ejercicio del derecho del acusado a su revisión, ya que no tiene la posibilidad de verificar, por ejemplo, si sus alegatos fueron atendidos. Señala que los jurados deberían poder explicar las razones que los llevan a tomar determinada decisión, para poder controlarla a través de la impugnación.

Concretamente, expone que el jurado se apartó de las instrucciones que dio el juez del tribunal, probablemente, por su extensión, toda vez que su lectura llevó dos horas y la deliberación cuatro horas, por lo que duda de su comprensión, ante la cantidad de conceptos jurídicos que contenían. Indica que también se apartó de la prueba producida para arribar a la condena, ya que lo actuado en el debate

impedía esa condena, por lo que la sentencia es arbitraria, abusiva, voluntarista, sin lógica ni sentido común. Violatoria del derecho de defensa y debido proceso del acusado.

Aduce que, en el alegato de apertura, el presentante le recomendó al jurado prestar atención a las declaraciones de todos los testigos, en especial a los dos supuestos testigos presenciales, que tienen contradicciones que las hacen sospechosas de ser veraces.

Asimismo, les dijo que también debían prestar atención a los testigos de oídas, así como a los informes y pericias, porque existió una duda más que razonable en la autoría de su defendido.

Detalla que el padre y el hermano de la víctima dijeron que todo lo saben por el dicho de terceros, a quienes no identificaron, lo que importó privar a la causa de esos testimonios.

En particular, el padre declaró que cuando llegó al lugar de los hechos, nadie le dijo nada respecto del autor y recién en el velorio, le dijeron que había sido el “Mojo”, pero sin expresar quién se lo había dicho.

Apunta que el testigo presencial Peralta, que iba caminando con la víctima, incurrió en contradicciones, ya que dijo que el Mojo tenía un casco negro, que estaba vestido con un conjunto del club Atlético Argentino. Que describe la moto y asegura que en las oportunidades que pasó el acusado, era la misma moto y el mismo sujeto manejando.

Refiere que al otro día dijo que antes de encontrarse con la víctima, había visto un sujeto con una bicicleta playera roja y que luego se encontró con Felipe y volvió a ver el mismo sujeto acompañado por otro en una moto, y que luego los vio circular en la moto cuando efectuó el disparo.

Resalta que este testigo dijo que vio en dos oportunidades al acusado y a la persona que manejaba la moto. Otro aspecto que pone de relieve, es que en un reconocimiento Peralta reconoció a otro integrante de la rueda, que tenía el número 4, y dijo que se equivocó porque era el hermano del acusado, lo que le habría dicho la fiscal, irregularidad que no fue denunciada por la anterior defensa.

Refiere que Peralta se trató de justificar diciendo que eran parecidos, lo que no es así, según el testigo Saboca. Sobre el testigo Acuña, que sería el conductor de la moto, relata que se presentó espontáneamente y quedó sobreseído, porque dijo que casualmente se encontró con Zúñiga.

De tal manera, si la versión de Acuña es cierta, Peralta no debió haberlo visto dos veces en la moto conducida por Acuña. Y que si así fuera, Acuña tendría una participación necesaria en el delito. Agrega que, si Peralta lo vio dos veces, el homicidio no estaría agravado por alevosía, definiéndola como el agravante que no le da oportunidad a la víctima de reaccionar o defenderse.

Plantea que existe duda al respecto. Apunta que Saboca, suegro de Zúñiga, dijo que cuando le prestó a su yerno la bicicleta tenía una vestimenta distinta de aquélla que según dijo Peralta, vestía quien le disparó a la víctima, y que no se tuvo en cuenta que el acusado y su esposa estuvieron en un negocio que tiene cámaras, en el momento del homicidio.

Estas imágenes, según el defensor, no fueron buscadas a tiempo por la policía, ya que a los treinta días se borran. Destaca el defensor que se queja tanto del veredicto como de la sentencia, dado que se rechazó prueba favorable al imputado y que la sentencia se apartó de la prueba producida.

Que la conducta del fiscal fue impropia, porque esgrimió una foto que mostraba a la víctima con las heridas recibidas en la espalda, para confundir al jurado. Cuestiona la instrucción por la que se explicó al jurado el significado de la expresión duda razonable y que no se precisó en las instrucciones, la diferencia entre el dolo en el homicidio agravado por alevosía del simple agravado por el uso de arma de fuego. Afirma que del registro audiovisual surge la insuficiencia probatoria alegada. Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador opina que el recurso debe ser rechazado, porque las partes manifestaron su conformidad con las instrucciones dadas y **el veredicto no es arbitrario, a la luz de las pruebas rendidas**.

Agrega que la valoración de la prueba es acertada; que el acuerdo probatorio fue realizado contando el imputado con defensa técnica y desde los primeros momentos de la investigación, y que el hecho que surge es el mismo contenido en la acusación y por el que fue condenado Zúñiga.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso no debe ser acogido, dado que en autos no se verifican los defectos que esgrime el defensor.

En primer lugar, debo consignar que el resultado al que se arriba en un veredicto emitido por un jurado, es compatible con el derecho a una **revisión integral** de la sentencia condenatoria reconocido por la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Es por ello que el agravio relativo a que se violenta el derecho del condenado a la doble conformidad judicial, debe ser rechazado, en virtud de lo expuesto en el **precedente Petean Pocoví**, entre otros.

En efecto, en esa causa dije, en términos totalmente aplicables al presente, dada la identidad de los planteos realizados, que «[...]la competencia revisora en materia de sentencias apoyadas en veredictos emitidos por jurados populares como los reglamentados por **la Ley 9.106 para la provincia de Mendoza**, ha sido objeto de tratamiento en la jurisprudencia nacional e internacional.

Ocurre que la expresión de agravios formulada por la defensa en su impugnación plantea una tensión entre la **revisión de la sentencia y el veredicto que no exterioriza motivos**, del jurado popular.

Este argumento remite al objeto mismo de la revisión, pues mientras en la casación «estándar» de nuestro sistema procesal el juez revisa el iter argumentativo de la motivación del fallo del juez profesional, y para ello ingresa en el recorrido lógico entre los hechos que se consideran probados a partir de las piezas de evidencia incorporadas y el derecho aplicable; en el recurso contra sentencias basadas en un veredicto el proceso es –necesariamente– diferente».

«La tensión en cuestión implica dilucidar al menos dos cuestiones. Por una parte, **las razones por las cuales el veredicto del jurado constituye una decisión motivada**, como parte de una sentencia judicial que satisface las exigencias de fundamentación exigibles a toda decisión jurisdiccional, respecto de lo cual este Tribunal se ha expedido en distintas ocasiones... Por otra, la manera en la cual **puede revisarse la sentencia dictada** luego de un veredicto del jurado popular».

«Respecto de lo primero, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha explicado por qué las exigencias de motivación explícita son distintas para el juez profesional y el jurado popular.

Así, ha señalado que «[l]a exigencia de motivación de la sentencia de los **jueces profesionales** fue concebida originalmente como un modo de compensar la **debilidad institucional** y la falta de garantías políticas de estos magistrados **respecto de los jurados populares**.

Así, la fundamentación explícita encuentra su razón de ser en la obligación de los jueces, como **representantes del pueblo –no electivos–** en el ejercicio de un poder del Estado, de **rendir cuentas de sus decisiones**.

Es distinto cuando el mismo pueblo, representado por algunos de sus miembros, ejerce en forma directa la potestad de juzgar, siempre que estén garantizados el derecho a la defensa del acusado y el debido proceso legal por parte del juez profesional» (CSJN, «**Canales**», Fallos 342:697, considerando 19)».

Explicó asimismo en la misma resolución citada, que «[...]La cuestión decisiva entonces radica en **distinguir «motivación» de «expresión de fundamentos»**, respecto de lo cual la Corte IDH –con referencia a jurisprudencia sobre la misma cuestión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos– ha expresado que «[l]a falta de exteriorización de la fundamentación del veredicto no vulnera en sí misma la garantía de la motivación. En efecto, todo veredicto siempre **tiene motivación**, aunque como corresponde a la esencia del jurado, **no se expresa**.

Pero el veredicto debe permitir que, a la luz de las pruebas y el debate en la audiencia, quien lo valora pueda reconstruir el curso lógico de la decisión de los jurados, quienes habrían incurrido en arbitrariedad en el supuesto en que esta **reconstrucción no fuera viable conforme a pautas racionales»** (Corte IDH, Caso V.R.P., V. P. C. y otros versus Nicaragua, considerando 259, con referencia a TEDH, «Taxquet vs. Bélgica»), reconstrucción que en base al material fílmico adjuntado, fue posible realizar.

Es más, la revisión por parte de este Cuerpo es más amplia en los casos de juicio por jurado que en el resto de las causas, dado que, al **carecer el tribunal del discurso de valoración de la prueba, existe la obligación de realizar el análisis directo de la prueba**, para saber si el veredicto arribado es posible.

En las sentencias de los jueces técnicos (unipersonales o en colegio) es posible **seguir el camino argumental recorrido para adoptar la decisión**, se pueden así identificar los defectos en el análisis que llevaron al juez a una conclusión arbitraria; ya que los jueces técnicos deben hacer exposición concisa de los motivos de hecho y de derecho en que se basen; sin embargo, en la revisión del veredicto de un jurado la regla del secreto de la deliberación impide conocer las razones por las cuales llegaron al veredicto, por lo que impone un plus de esfuerzo, siendo la tarea de revisión más difícil, porque «[r]equiere que la corte recursiva, sin contar con la ventaja de la expresión de las razones, revise la prueba y, en una medida limitada, revalore la prueba en términos de su razonabilidad» (**Caso “Owen”, ob. cit.**).

Lo que a su vez permite cumplir mucho mejor y en forma objetiva la REVISION AMPLIA, que no será sobre la valoración de la prueba sino directamente sobre la prueba, para saber si la solución (veredicto) arribada es posible.

En segundo término, y respecto del agravio consistente en que el jurado se apartó de las instrucciones que dio la jueza técnica, poniendo en tela de juicio no sólo dichas reglas sino también la cabal comprensión de ellas, es menester afirmar no puede ser acogido, dado que el recurrente no manifestó su oposición, en las diferentes oportunidades que tuvo.

Así, del registro fílmico de la audiencia informal que se celebró de manera virtual, convocada por la jueza técnica para poner a consideración de los presentes las instrucciones finales tentativas del juicio que comenzaría en pocos días –según sus dichos–, en la que participaron aquella, el representante del Ministerio Público Fiscal, la representante de la parte querellante particular y la defensa, la jueza técnica le preguntó al doctor Rotondi si estaba de acuerdo con lo expuesto por el fiscal, respondiendo no tener objeciones que formular (registro audio visual, minuto 07:03 a 07:23 aproximadamente).

Con posterioridad, ya de manera presencial y una vez clausurado el debate, el representante del Ministerio Fiscal manifestó su acuerdo con las modificaciones que fueron efectuadas a instancias y en presencia de las partes.

En dicho acto, al interrogar la jueza técnica al defensor sobre su opinión, éste respondió «igualmente, doctora» (registro audiovisual del 19/11/2020, minuto 13:30 y siguientes), tras lo cual se llamó a un cuarto intermedio, para comenzar los alegatos de clausura.

Precedente Petean Pocoví.

Cabe reseñar que sobre este tema **también me pronuncié en “Petean Pocoví”**, determinado que «[...] La norma procesal aplicable es clara respecto de que «[...] sin perjuicio de la video registración, las partes deberán especificar sus disidencias u oposiciones para el caso de interposición de recursos contra el fallo [...]» y de que «[constituye motivo específico para la interposición del recurso] c) cuando se hubieran cuestionado las instrucciones brindadas al jurado y se entendiera que éstas pudieron condicionar su decisión» (arts. 32 y 41 inc. c, ley 9.106).

Lo propio exige también el CPP, al exigir para la interposición de un recurso fundado en un vicio in procedendo, que el recurrente hubiera reclamado oportunamente la subsanación del defecto, si era posible, o hubiera hecho protesta de recurrir en casación, circunstancias que en el caso no ocurrieron». «En definitiva, el agravio no resulta procedente desde el punto de vista formal, motivo por el cual corresponde su rechazo en esta instancia. Sin perjuicio de ello, más allá de la cuestión formal antes señalada el agravio tampoco resulta pertinente desde el punto de vista material».

Desde esta última perspectiva, la solución adelantada se fundamenta en que las quejas son genéricas y abstractas, toda vez que del texto impreso del recurso, fluye que el impugnante alega que no cree que el jurado haya comprendido lo relativo a las instrucciones, en lo atinente a «[...]la presunción de inocencia, de quién tenía la carga de la prueba, del concepto de duda razonable, de los extremos que debían tener por establecidos para dar por cierta la hipótesis de la acusación [...]», sin especificar de qué manera esas directivas –que se tienen a la vista–, contendrían falencias o serían incompletas.

También la defensa tilda de erróneas las instrucciones sobre la intención de dar muerte, alegando que no se efectuaron precisiones para diferenciar el dolo en el homicidio agravado por alevosía y el dolo en un homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego.

En similar dirección, se agravia porque las instrucciones contemplan en primer lugar la hipótesis del homicidio por alevosía, que es el delito por el que llegó a juicio el acusado, y no otras figuras menos gravosas.

Al respecto, corresponde reiterar, que, de los dos videos aludidos en párrafos anteriores, emerge que la defensa no opuso objeción a dichas instrucciones y conceptos, que fueron leídos por la jueza técnica en presencia de las partes, en la segunda oportunidad reseñada.

Esgrime también el defensor que el jurado se apartó de las instrucciones y de las pruebas, ya que nunca podrían haber fundado un veredicto condenatorio.

Esta aserción no es sino una opinión personal de quien la vierte, sin apoyo en las actuaciones llevadas a cabo durante el procedimiento que culminó con el veredicto, desde que éste constituye una derivación lógica del conjunto de las probanzas rendidas.

En efecto, Peralta y Acuña, cada uno desde el lugar en que se encontraba –Peralta caminando junto a su amigo Felipe Carrizo y Acuña trasladando en el asiento posterior de su moto al acusado– señalaron a “El Mojo” –y no a otro sujeto–, como el responsable de los disparos que terminaron con la vida de Carrizo. Dicho en otras palabras, sobre este aspecto esencial, no se verificó contradicción alguna.

En la misma dirección, el padre y el hermano de la víctima, dijeron que en el velorio de Felipe Carrizo muchos conocidos se acercaron para manifestarles que el acusado había sido el autor del homicidio, señalamiento en el que no dudaron.

La circunstancia que pone de relieve el defensor, sobre que estos últimos son testigos de oídas, no les resta valor a sus dichos, puesto que la consideración conjunta de las pruebas permite que algunas que individualmente pueden aparecer como débiles o imprecisas, complementadas y unidas entre sí, llevan al

ánimo del juzgador –en este caso, del jurado–, la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados.

También, el video de las cámaras de seguridad del lugar, corrobora la mecánica de los acontecimientos, aunque de sus imágenes no surjan con la claridad deseada –según los dichos del impugnante–, las características físicas del autor del disparo. En particular, el testigo Peralta expuso que sabía quién era el acusado, porque la víctima le dijo que era “El Mojo”, de San José.

Concretamente relató, que cuando pasó la primera vez el acusado, su amigo Felipe Carrizo le gritó «Mojo olor a pata», ocasión en la que le hizo tal pregunta y recibió esa respuesta. Sobre este testigo, se debe señalar que luego de que arribara la policía al lugar del hecho, estuvo aislado dentro del móvil, como forma de preservar su declaración, evitando que se comunicara con persona alguna.

Además, en rueda de personas, Peralta reconoció al hermano del acusado como el autor. Al requerírsele el motivo de ello, contestó que porque eran parecidos. Refirió que se enteró del parentesco después de llevar a cabo el reconocimiento, porque la fiscal se lo dijo, aspecto sobre el cual el abogado defensor basa el pedido de nulidad de lo actuado.

Esta petición debe ser desestimada, porque la regularidad del acto procesal no fue afectada, ya que, los dichos de la fiscal al testigo, en el supuesto que hubieran tenido lugar, fueron posteriores al momento en que Peralta reconoció al hermano de Zúñiga como autor.

A esto se suma que ese reconocimiento no constituye una prueba decisiva, desde que puede suprimirse hipotéticamente, sin que se modifique la solución a la que llegó el jurado, a los efectos de no entrar en la discusión que introduce la defensa, sobre si eran físicamente parecidos los hermanos Zúñiga.

En efecto, cita en este punto la defensa, la opinión del suegro de Zúñiga, quien consideró que tal parecido no existía. Por el contrario, Acuña en el debate, al ser preguntado expresamente sobre este punto, dijo que el hermano del acusado es parecido a él.

Por otra parte, las objeciones de la defensa sobre la credibilidad de Peralta, se refieren a cuestiones sin relevancia, ante el cuadro probatorio existente.

Efectivamente, haber dicho que vio pasar la moto de Acuña una o dos veces, o la presunta equivocación sobre el lugar hacia donde corrió luego del disparo, o bien, si el acusado llevaba casco o una gorra blanca, son detalles que en el dinamismo propio de los hechos pueden confundirse. Pero ello no priva de credibilidad al aspecto central de su declaración.

A esto se agrega que el defensor a través de esos cuestionamientos a Peralta, pretende comprobar que la participación en el delito en juzgamiento del conductor de la moto, Acuña, fue necesaria, poniendo en tela de juicio el acierto del sobreseimiento que lo benefició, tema éste sobre el que no corresponde expedirse debido a que esa resolución se encuentra firme. Por su parte, Acuña desmintió haber pasado dos veces por el lugar.

Es más, relató que la mañana de los hechos, él iba conduciendo su motociclo y causalmente se encontró con el acusado, quien le pidió que lo llevara a comprar marihuana, a lo que accedió, porque él mismo se dirigía a ese lugar.

Agregó que cuando lo hizo subir, desconocía sus intenciones y no le vio el arma que, según sus dichos, habría llevado dentro de una mochila; que el disparo lo aturdió, y que una vez que sucedió esto, lo hizo bajar de la moto.

Es conveniente aclarar que Acuña no fue citado por las autoridades judiciales, sino que se entregó voluntariamente ante ellas, una semana después del hecho aproximadamente, punto que confirmó el funcionario policial Ferreyra, que estaba de guardia en esa oportunidad, en la comisaría.

Acuña declaró en el juicio que antes de ponerse a disposición de las autoridades, la familia de Zúñiga se entrevistó con sus padres, para que quemara la moto y se fuera del país.

Otro agravio esgrimido por el recurrente, se centra en que el jurado no consideró que el acusado y su cónyuge habían estado comprando en un negocio de las cercanías de su domicilio, en el horario en que ocurría el homicidio.

Señaló la defensa, que ello fue filmado por las cámaras de seguridad de ese kiosco, no obteniéndose el registro fílmico porque al mes de grabadas las imágenes, se borran automáticamente.

Los dueños de ese comercio comparecieron en el juicio ante el jurado y expresaron que no recordaban otros detalles de dichas imágenes, quedando sin respuesta el motivo por el que una evidencia de ese tenor, no fue resguardada a lo largo de ese mes.

Así, se ha constatado a través de la revisión practicada, que ante el importante cuadro cargoso reunido que se reseña en esta sentencia en forma parcial, en lo pertinente para la resolución del recurso, la versión defensiva careció de entidad, para generar la duda que invoca el recurrente, sin más fundamento que su particular valoración probatoria.

De similar modo, solamente con la base de su opinión personal, pide la nulidad de lo actuado, porque refiere que la exhibición de la foto de la víctima, tenía como finalidad sensibilizar al jurado.

Concretamente, dice que el fiscal esgrimió una fotografía que muestra a la víctima con las heridas recibidas en la espalda, con la sola finalidad de confundir al jurado, «[...] poniendo en crisis su imparcialidad y sellando definitivamente la suerte adversa del imputado [...]» (textual del recurso de la defensa).

Esta petición debe ser sin más rechazada, dado que las fotografías de las prendas que llevaba puestas la víctima al momento de su deceso, fueron ofrecidas como prueba por la representante del Ministerio Público Fiscal, así como también las fotos del lugar y del cuerpo de la víctima al momento de la inspección que llevó a cabo Policía Científica, en archivo digital en CD.

También forman parte del acervo probatorio, fotografías del cuerpo de la víctima al momento de la necropsia, según da cuenta el registro audio visual de la audiencia preliminar, celebrada de manera virtual (minuto 21:20 y minuto 25 y siguientes, aproximadamente).

A su vez la defensa, al ser requerida por la jueza técnica sobre los elementos probatorios leídos por la representante del Ministerio Fiscal, dijo «También, Su Señoría. No hay ningún tipo de objeción respecto a la prueba ofrecida por la representante del Ministerio Público» (audiencia preliminar, minuto 35:36), habiendo sido aceptada al finalizar el acto en cuestión, toda la prueba ofrecida por las partes presentes, derivándose de lo hasta acá referido, que la fotografía en cuestión, era parte del caudal probatorio de la causa, por lo que la queja en este aspecto tampoco puede prosperar.

No obstante, lo dicho, es factible prescindir totalmente de dicho documento fotográfico, puesto que el extremo que agravia a la defensa, surgió de otros elementos no cuestionados, careciendo de decisividad esa foto.

Efectivamente, de la testimonial de Acuña emerge que las heridas causadas a la víctima fueron en la espalda, desde que dijo que luego del disparo, le vio manchada con sangre la espalda. Coincidentemente, el oficial policial Carrizo declara que Felipe Carrizo estaba herido en la espalda.

También el médico que hizo la necropsia, doctor Barrera, expresó en el debate que las heridas estaban en la parte posterior del tórax de la víctima, y que quien le disparó se encontraba detrás de ella, lo que graficó valiéndose de una auxiliar judicial que estaba presente en esa audiencia, señalando la espalda de ésta (registro audiovisual del 19 de noviembre de 2011, minutos 12:10 y 13:30 aproximadamente).

Cabe recordar que en “**Gutierrez Mariano**” se desestimó un agravio similar, en términos aplicables a esta causa, porque «[...] la defensa no ha aportado criterios que permitan determinar si las imágenes en cuestión son o no susceptibles de causar impresión al jurado y en el caso de hacerlo si fueron esenciales con relación a la decisión que cuestionan [...]», remitiéndome a los párrafos anteriores, donde quedó descartada que concurra en el sub-lite esa dirimencia o, dicho en otras palabras, que se trate de un elemento esencial.

A esto se suma que, en el ya citado **precedente Petean Pocoví** establecí que las críticas al veredicto, no pueden fundarse, tal como ocurre en el presente caso, en especulaciones de la defensa sobre la tarea que llevó a cabo el jurado en su deliberación, desvinculadas de elemento probatorio alguno, concepto que desarrollé en Ortega Ragonesi, poniendo de resalto que en aquel caso, igual que en el presente, no existe evidencia que permita considerar que el jurado omitió acatar determinadas instrucciones o sopesar delitos menos graves por los cuales también podría haber considerado culpable al acusado.

Asimismo, se debe señalar que en Petean Pocoví se rechazó el agravio centrado en el tiempo que le demandó al jurado la deliberación, por lo que los términos que a continuación se transcriben son aplicables a este caso.

De este modo, «[...] No existe un nexo lógico mínimamente racional entre el tiempo que demanda la lectura de las instrucciones y el tiempo que emplea el jurado para debatir, cuestión que por definición no responde a criterios objetivos y mensurables, sino que depende de una actividad dialógica que varía caso a caso, y que –tal como fue señalado antes– debe satisfacer un requisito procedimental de unanimidad [...]», concluyendo en que «[...] la crítica en tales términos no constituye más que la expresión de desacuerdo de parte con las conclusiones a las que arribó el jurado popular, sin sustento alguno». «Debe tenerse presente, por último, que el jurado representa una forma de democratización de la justicia.

Precisamente en la heterogénea composición del jurado, en el modo aleatorio de su selección y constitución, y en su carácter «no profesional» radica su valor epistemológico como constructor de consenso. Plantear objeciones a su desempeño implica la introducción de una grave acusación, que no puede fundarse solamente en meras suposiciones o especulaciones [...]».

Finalmente, sobre la tacha de arbitrariedad y voluntarismo de la condena impuesta, es pertinente recordar que nuestro cimero tribunal ha señalado que «[...] íntima convicción no es un criterio arbitrario. La libre valoración que hace el jurado no es sustancialmente diferente de la que puede hacer un juez técnico, sólo que no lo expresa.

En definitiva, cualquier tribunal (técnico o popular) debe reconstruir un hecho pasado, para lo cual utiliza la lógica metodológica que es común a cualquier persona, pues no depende de que tenga o no formación o entrenamiento jurídico.

Toda persona que debe reconstruir un hecho del pasado, consciente o inconscientemente, emplea el método histórico, o sea, en un primer paso delimita las pruebas que tendrá en cuenta (heurística); a continuación, valora si esas pruebas no son materialmente falsas (crítica externa); luego valora la verosimilitud del contenido de las pruebas (crítica interna) y, finalmente, llega a la síntesis.

Quien valora el veredicto de un jurado, necesariamente debe reconstruir este camino, no bastando para descartarlo cualquier criterio diferente acerca de las críticas [...]». Dicho en otras palabras lo ya expresado, atento a su relevancia, debe verificarse para descartar el veredicto de un jurado que la síntesis se aparte directamente de la lógica metodológica histórica (**CSJN, «Canales», considerando 19, con referencia a Corte IDH, Caso V.R.P., V.P.C. versus Nicaragua, considerando 262**), lo que en la especie y de acuerdo al desarrollo hasta acá efectuado, no ha ocurrido, toda vez que del conjunto de las pruebas rendidas puede

derivarse racionalmente la solución a la que se arribó, confirmando así la acusación y la calificación jurídica que se le confirió a la misma.

Estimo pertinente resaltar que en el **precedente Tizza**, reseñé que la Corte Suprema de Justicia de Canadá sostuvo que «[e]l Tribunal de revisión no debería actuar como “el jurado n° 13” o simplemente darle curso a una vaga inquietud o a una duda persistente basada en su propia apreciación del registro taquigráfico escrito del debate.

Tampoco debería determinar que un veredicto es arbitrario simplemente porque el tribunal de apelación tenga una duda razonable basada en su revisión del registro taquigráfico».

En cuanto a la regla según la cual los jueces técnicos no deben actuar como el jurado n° 13, en nuestro sistema nace de los arts. **33, 34, 35, 36 y 37 de la ley 9.106**, donde se establecen las condiciones y forma de deliberación y votación del jurado, en la cual no puede intervenir, participar o presenciar en modo alguno ningún juez técnico, ni ninguna otra persona, sino sólo los doce miembros del jurado que deliberan y dictan el veredicto en forma unánime, con el que en definitiva se declara culpable o no culpable al acusado en nombre del pueblo (**art. 37**), salvo el caso de jurado estancado (**art. 34**).

A tal punto que existe la absoluta reserva de opinión (**art. 36**). Esta regla en instancia de revisión implica la no intromisión en el veredicto, esto es en la decisión del jurado, por parte del tribunal revisor.

Así, aquella decisión del jurado popular sólo podrá ser revocada bajo el argumento de que es arbitraria o que no puede ser respaldada por la prueba producida cuando es imposible la conclusión a la que llegaron.

En otras palabras, no es el rol del tribunal revisor “rejuzgar” el caso y arribar a “su” propia valoración de los hechos. La revisión en casación de los veredictos de culpabilidad del jurado, si bien configura un reaseguro a favor del acusado contra las condenas erróneas, «debe ejercerse con una gran deferencia por el rol de determinación de los hechos que efectúa el jurado» (ver fallo “R. v. W.H. 2013 SCC 22, [2013] 2 S.C.R. 180”).

La «regla de la deferencia», es decir del respeto que merece la decisión del jurado popular, que en el ejercicio de la soberanía reservada constitucionalmente y no delegada, en un juicio único y público, con control adversarial de las partes en la selección (deselección) en la audiencia de voir dire, como al ingreso de la prueba, con inmediación y ejercicio efectivo de la **técnica del examen y contraexamen de los testigos** y de litigación de las instrucciones finales, y lo que significa la poderosa deliberación secreta de los doce miembros y veredicto unánime, es común a todos los lugares donde se lleve adelante este sistema de enjuiciamiento, que está consagrado en el **art. 24 de la Constitución Nacional**.

Como en la declaración del art. 4 de la Constitución de Mendoza, donde se reconoce que la soberanía reside esencialmente en el pueblo y que, de ella, emanan todos los poderes.

Por estas razones constitucionales, debe regir la regla de la deferencia en los juicios por jurados populares. «Esto es, el tribunal revisor debe otorgar el debido respeto a la ventaja de inmediación que tiene el determinador de los hechos.

El estándar también acepta que personas razonables puedan llegar a tener puntos de vista diferentes sobre la misma prueba y todavía ser inmunes a una revisión exitosa. Este es particularmente el caso en donde el veredicto depende de prueba circunstancial e indiciaria. Diferentes determinadores de los hechos pueden extraer diferentes inferencias de la misma prueba; inferencias que todavía caen dentro del alcance de razonabilidad y que, por lo tanto, son inmunes a una revisión recursiva» (**caso “Owen”, Corte Suprema de Nueva Zelanda, caso “Kurt John Owen vs. La Reina”, SC 25/2007 [2007] 102 NZSC, fallo citado y traducido en Binder, Alberto M y Harfuch, Andrés, “El juicio por jurados en la**

jurisprudencia nacional e internacional”, colección “Jurados y participación ciudadana en la administración de justicia – 05”, volumen “c”, 2021, en prensa) [...]»

También referí en el **precedente –Tizza–** que «El ejercicio de revisión [...] es considerablemente más difícil cuando se le requiere [...] determinar la supuesta arbitrariedad de un veredicto alcanzado por un jurado. [...] No es suficiente que [...] [se] haga referencia a una vaga inquietud o a una duda persistente basada en su propia evaluación de las pruebas. Mientras que una "duda persistente" puede ser un poderoso detonante de un escrutinio minucioso de la prueba [...]» **(Caso “Biniaris”, ob. cit.)**

«En cambio, para revertir el veredicto, «[...] se debe articular la base sobre la cual se llega a la conclusión de que el veredicto es contrario a las exigencias de una apreciación judicial de la evidencia. En otras palabras, si, después de revisar las pruebas al final de un juicio libre de errores que terminó en condena, el juez [...] se queda con una duda persistente o con un sentimiento de inquietud, esa duda, que en sí es insuficiente para justificar una interferencia con la condena, puede ser una señal útil de que el veredicto no fue alcanzado judicialmente. En ese caso, la corte [...] debe seguir adelante con su análisis» **(Caso “Biniaris”, ob. cit., el destacado me pertenece)**. «Entonces, sólo «la propia arbitrariedad del veredicto será evidente para el juez revisor entrenado y con formación jurídica cuando, bajo todas las circunstancias de un caso determinado, [cuando] la determinación judicial de los hechos excluye la conclusión alcanzada por el jurado» (Caso “Biniaris”, ob. cit., el destacado me pertenece).

«La apreciación judicial de la prueba se rige por reglas que dictan el contenido obligatorio exigido a las instrucciones que se deben impartir al jurado. Estas reglas se expresan a veces en términos de advertencias y/o de ciertas instrucciones con carácter obligatorio o facultativo, mediante las cuales un juez del juicio transmitirá el resultado de su acumulada experiencia judicial al jurado, que, por definición, es nuevo en este ejercicio» (Caso “Biniaris”, ob. cit.).

«El juez técnico «no actúa como un "decimotercer jurado", ni está "usurpando la función del jurado" [...] [cuando] [a]l concluir que ningún jurado debidamente instruido y actuando judicialmente podría haber condenado, la corte revisora inevitablemente está concluyendo en que estos jurados que condenaron no deben haber estado actuando judicialmente» **(Caso “Biniaris”, ob. cit.)**.

En definitiva, «[...] la corte revisora debe guardar especial deferencia al buen juicio y al sentido común colectivo del jurado. [...] [C]uando la corte de apelaciones revisa un veredicto de culpabilidad por arbitrariedad siempre debe tener en cuenta que el jurado usualmente emplea cualidades especiales para la muy siempre dificultosa tarea de determinar dónde está la verdad. Y cierto es que las cortes de apelación pueden no compartirla» **(Corte Suprema de Justicia de Canadá: R.v.W.H., 2013 SCC 22, [2013] 2 S.C.R.)**.

Las consideraciones que preceden han sido expuestas y ampliadas en el reciente fallo Acuña, donde consigné que comparto los términos utilizados por el Profesor Adolfo Alvarado Velloso en su descripción del método acusatorio de debate, los que considero aplicables para todo tipo de enjuiciamiento como el juicio por jurados.

En relación a ello, expresa el destacado doctrinario que como característica del sistema acusatorio en lo penal, el juez es un tercero que, como tal, es imparcial, es decir, que no es parte, y aclara que si el juez no es parte, lógicamente no debe ni puede hacer las tareas propias y exclusivas de las partes como afirmar, alegar, impugnar, etc., y que no le preocupa ni interesa al juez la búsqueda denodada y a todo trance de la verdad real **(conf. ALVARADO VELLOSO, Adolfo y ALVARADO, Mariana, “Textos de Teoría General del Proceso. Los sistemas de enjuiciamiento judicial”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2015, Tomo 2, págs.**

136/137; ver también los precedentes de esta Suprema Corte de Justicia “Mopardo Dupoux” y “Flores González”, entre otros).

Si el juez actuara de otro modo, sería regresar al sistema inquisitivo. Lo que sucede tanto cuando el juez asume una actividad oficiosa siendo juez y acusador a la vez y, por ende, realiza él mismo la búsqueda de la verdad real, llegando a creer que sólo resulta factible encontrarla por medio de la confesión, convirtiéndola de tal modo en la reina de las pruebas, o cuando se encarga el propio juez de buscar las pruebas que necesitaba para respaldar el convencimiento de su acusación (**conf. ALVARADO VELLOSO, Adolfo y ALVARADO, ob. cit., págs. 84 y 88/89**).

En la prementada causa Acuña entendí que «[...] Como también sucede cuando lo hace a la inversa, es decir, en aquellos casos en que es el juez quien realiza la actividad oficiosa de juez y defensor a la vez en la búsqueda de satisfacer una vaga inquietud o una duda persistente basada en su personal y subjetiva apreciación de lo ocurrido en el debate, aspirando a descubrir o elaborar argumentos justificatorios (reales o imaginarios) de dudas, cuestionamientos o nulidades, a partir de la introducción de planteos u objeciones ajenas a las pretensiones de las partes».

«De acuerdo a todo lo antedicho, podemos concluir en este pasaje en que el carácter total de la revisión no implica per se que el examen que el tribunal del recurso realice respecto de una sentencia o de un veredicto de culpabilidad, deba ir más allá de las cuestiones planteadas por la defensa, porque al tratarse de un derecho que su titular ejerce en la medida que la decisión impugnada le causa agravio, resulta incorrecto intentar derivar de la garantía en cuestión una exigencia normativa que obligue a controlar aquellos extremos del fallo que el recurrente no ha sometido a revisión del tribunal examinador.

Salvo, claro está, que se detecten evidentes y groseras irregularidades en la realización de actos procesales dentro del marco de debido proceso legal, cuya apreciación determine la necesidad y el interés jurídico en la anulación de la actividad viciada (art. 198, 199 ss y cc del CPP.) y siempre con el debido respeto a la regla de la deferencia». Irregularidades que, en el caso en examen, no se han comprobado.

Resta formular, tal como lo hice en “Tizza” la siguiente pregunta: ¿con las evidencias utilizadas en el juicio es posible arribar al veredicto condenatorio al que llegó el jurado? Como entiendo, según lo analizado, que la respuesta es afirmativa, por cuanto no queda excluida la posibilidad de la conclusión arribada, tengo que la decisión del jurado no fue arbitraria, ni carece de sustento en la prueba.

En consecuencia, desde esta primera respuesta, no puede revocarse la sentencia condenatoria por defecto de valoración de prueba. Ahora bien, aún cuando no ha sido motivo de agravio, la otra pregunta que debemos formular es ¿con la presentación de las teorías del caso por las partes en sus alegatos y las instrucciones, el jurado tuvo los instrumentos mínimos necesarios y esenciales para poder válidamente deliberar y dictar aquel veredicto posible según la evidencia?

Como estimo también que la respuesta es afirmativa, entonces, desde esta segunda respuesta, tampoco puede revocarse la sentencia. De lo desarrollado surge, asimismo, la imposibilidad de encuadrar los hechos en un delito menos grave, tal como requiere el defensor, ya que de las probanzas reunidas quedó clara la alevosía con la que mató a la víctima, quien careció, de acuerdo a aquéllas, de posibilidad de defensa alguna, desde que los proyectiles del arma tumbara que lo hirieron de muerte provenían de un vehículo en movimiento, a sus espaldas, mientras se encontraba caminando en horas del medio día junto con un amigo. Por lo tanto, y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde confirmar la sentencia en trato. ASÍ VOTO.

Voto Dra. Day, Dr. Garay, Dr. Llorente. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, los DRES. M. TERESA DAY, DALMIRO GARAY CUELI, PEDRO J. LLORENTE adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto Dr. Palermo. Adhiere. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Si bien comparto la solución del voto mayoritario en cuanto a **la plausibilidad de la prueba** que fundamenta el veredicto condenatorio, estimo necesario dejar a salvo mi criterio respecto de las consideraciones generales que rigen el juicio por jurado popular.

Éstas se encuentran articuladas con detalle en **«Petean Pocoví»**, precedente al que me remito en lo pertinente.

De tal manera, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Gómez. Preopinante

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JULIO R. GÓMEZ, POR SU VOTO, DIJO: Coincido con el resultado al que se llega en el voto preopinante, en el sentido que debe rechazarse el recurso interpuesto por la defensa del acusado.

Ahora bien, en relación con las cuestiones vinculadas al instituto del juicio por jurados y la posibilidad y alcance de la revisión de la sentencia en la instancia de casación, me remito a lo oportunamente referido en el **precedente «Acuña»**.

En particular, en tanto afirmé que esta modalidad de juicio **no ha de cancelar el derecho al doble conforme del que goza el imputado**. Por el contrario, entiendo que el juicio por jurados es compatible constitucionalmente con la CADH, especialmente con lo normado por su art. 8.2.h y con el art. 14.5 del PIDCP, únicamente si posibilita la revisión de la valoración de la prueba, el cumplimiento de normas de procedimiento y la aplicación del derecho.

Es más, la denominada **regla de la deferencia** en modo alguno puede entenderse restrictiva de las facultades revisoras de este Alto Tribunal, todo ello en pos de garantizar un recurso oportuno, accesible, amplio y eficaz, en los términos delineados tanto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 328:3399; 331:2077; 332:422; 332:2705; 335:817; entre otros), como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (**Corte IDH, Caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, Sentencia del 2 de julio de 2004, Serie C, N° 107; Caso “Gorigoitia vs. Argentina”, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 2 de septiembre de 2019; Caso “Mohamed vs. Argentina”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 23 de noviembre de 2012**).

En razón de ello considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Puesto a resolver el recurso de casación formulado por la defensa del acusado, comparto con el voto preopinante la solución a la que arriba en el sentido de su improcedencia sustancial por ausencia de arbitrariedad en el veredicto del jurado.

En cuanto a las consideraciones sobre la importancia de la institución del juicio por jurados y su compatibilidad con el derecho del acusado a la revisión de la sentencia condenatoria, me remito, en lo pertinente, a mi voto en el **precedente «Petean Pocoví»**.

Ello por entender que son de plena de aplicación al presente caso. En razón de lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. DALMIRO GARAY CUELI; M. TERESA DAY, JULIO R. GÓMEZ, PEDRO J. LLORENTE, DR. OMAR A. PALERMO y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. DALMIRO GARAY CUELI; M. TERESA DAY, JULIO R. GÓMEZ, PEDRO J. LLORENTE, DR. OMAR A. PALERMO y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando, en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Rodrigo Ariel Zúñiga Navarro.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. DALMIRO GARAY CUELI Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. M. TERESA DAY Ministro DR. JULIO R. GÓMEZ Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro

6- SARMIENTO VARGAS. 07-04-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	-	M	AF	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=811>

Lex: Art. 79, 41 bis del CP

Vox: Homicidio simple. Arma de fuego. Reedición de planteos.

Summa:

El **TPC** condenó al nombrado a la pena de **quince años de prisión** como autor del delito de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego, previsto y sancionado por el art. 79 y 41 bis del CP.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP). El recurrente sostiene que al resolver el juez efectuó una errónea valoración de la prueba y una errónea aplicación de la ley sustantiva.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1835 (28-09-21), pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes relacionados

a-SCJM

- Franco Rodriguez. 14-09-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=563>

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Palermo.

Fallo:

CUIJ: c/1((018601-83870)) F.Y QUER. C/ SARMIENTO VARGAS ALEXANDER RODRIGO P/ HOMICIDIO... (83870) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106026508*

En Mendoza, a los siete días del mes de abril del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06770608-5 caratulada "F. C/ SARMIENTO VARGAS ALEXANDER RODRIGO S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa técnica de Alexander Rodrigo Sarmiento Vargas, formula recurso de casación contra la sentencia N° 1835 de fecha 28 de septiembre de 2021, y sus fundamentos en tanto condena al nombrado a la pena de quince años de prisión como autor del delito de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego, previsto y sancionado por el art. 79 y 41 bis del CP.

La resolución cuestionada fue dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial en autos N° P-83870/18.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La resolución puesta en crisis, en lo pertinente para la solución del recurso, estableció que «[...] en fecha 13 de octubre de 2.018, siendo aproximadamente las 06.30 hs., en las inmediaciones del domicilio sito en calle O'Brien 2631 de Godoy Cruz, Mendoza, en oportunidad de mantener una disputa, Franco Gabriel Luna Araya con un sujeto posteriormente identificado como Alexander Rodrigo Sarmiento Vargas alias "El Chacatito", fue que este último extrajo de entre sus prendas un arma de fuego calibre .32 mm y le efectuó un disparo a Luna Araya impactando el mismo en el ventrículo derecho del corazón de aquél, ocasionándole un taponamiento cardíaco y su posterior fallecimiento, según surge de lo informado por personal del Cuerpo Médico Forense y Criminalístico.

Al mismo tiempo, en el teatro de los hechos antes referido un sujeto posteriormente identificado como Emiliano Nicolás González Alarcón (a) "Mumi", blandiendo un arma de fuego tipo pistola calibre .9 mm efectuó varios disparos en dirección a Maximiliano Gabriel Agüero Feris, sin lograr herirlo impactando los mismos en un vehículo Renault Traffic de color blanco dominio TAJ-121, situado en el lugar de los hechos». Al momento de decidir, el juez valoró las declaraciones testimoniales prestadas en audiencia de debate por Miguel Ángel Ibáñez, Fabián Alexis Astargo, Maximiliano Ariel Agüero, Olga Nélide Alarcón; Miriam del Valle Araya, Daiana Emilce Luna, así como el resto de las pruebas debidamente incorporadas.

2.- Recurso de casación

La defensa del acusado interpone recurso de casación a tenor de las prescripciones del art. 474, incs. 1 y 2 del CPP. El recurrente sostiene que al resolver el juez efectuó una errónea valoración de la prueba y una errónea aplicación de la ley sustantiva.

Explica que la valoración de la prueba se llevó a cabo en forma arbitraria y no responde al cuestionamiento formulado por la defensa en cuanto a que estamos ante un estado de duda insuperable y que, tal valoración errónea de la prueba desembocó en la calificación legal y una condena de entidad, de acuerdo con las condiciones personales del imputado.

Critica que se haya dado plena fe a declaraciones de testigos que son sumamente contradictorias, entiende que todos encubrieron al verdadero responsable de la muerte de Franco Luna. Concretamente, la defensa cuestiona el valor otorgado a testigos de oídas, tales como la madre y la hermana de la víctima que durante el plazo del trámite de la causa recibieron información y habrían «acomodaron» su relato, de manera tal que es contradictorio entre ellas.

Alude a una discusión entre Fabián Astargo y Exequiel Sáenz, que una de las testigos recuerda y la otra no. Agrega que los testigos difieren en relación con las discusiones previas, unos hablan de que un auto encerró a otro, en tanto que otro de los testigos relata que desde un auto arrojaron un vaso de champagne, situaciones incompatibles entre sí y, a criterio del recurrente, resultan pruebas contradictorias.

Por su parte, pone de relieve que Miguel Ángel Ibáñez Cortes –testigo de cargo–, fue señalado como una persona violenta, que suele llevar armas y que señaló que en ese momento no tenía un arma, caso contrario Sarmiento no estaría vivo. Refiere que esta persona es la única que implica de manera directa a su defendido como responsable de la muerte de Franco Luna. Afirma que su declaración es parcial, en razón de que esconde algunos detalles y magnifica otros (ver fs. 5 del recurso) y que en el debate no recordó un hecho declarado en la instrucción.

Considera que el motivo de este olvido es que está mintiendo.

Agrega que en esta causa el único que admitió haber disparado contra las personas entre las que se encontraba Franco Luna es Emiliano González, quien aceptó un juicio abreviado por el delito de abuso de armas y, de esta manera, a criterio del recurrente, se lo protegió de la correcta calificación que debió haber sido homicidio agravado por el uso de arma.

Expresa que los dichos de los testigos no se corresponden ni son coincidentes con las circunstancias de modo y lugar donde se desarrollaron los hechos.

Se queja, además, del escaso peso que en los fundamentos se les asignó a los alegatos formulados por la defensa del acusado, concretamente en relación con el estado de duda insuperable alegado. Expresa que los testigos señalaron que fueron varias las personas armadas que dispararon contra Franco Luna, incluso algunas, como Ivo Carabajal, con rastros de pólvora en sus manos. No obstante, ello no fue ponderado por el sentenciante.

Considera que el juez no logró dar motivos suficientes para no valorar las contradicciones de los testigos directos, por lo que entiende que se ha seleccionado arbitrariamente por parte del tribunal los medios de prueba para fundar la sentencia.

Añade que los indicios de la causa no cuentan con suficiencia o calidad concluyente y que, por el contrario, la inferencia que de ellos se desprende es abierta, débil e imprecisa.

Refiere que estos indicios tampoco resisten la contradicción en torno a los presupuestos materiales de la prueba, único camino válido para destruir la presunción de inocencia.

Cuestiona que se hayan omitido indicios posteriores al hecho delictivo que favorecen a su defendido, tal como su declaración en debate y el hecho de que los amigos de Franco Luna balearon el domicilio de la mayoría de las personas presentes esa noche. Esto demuestra, a su criterio, que ni siquiera ellos sabían quien había sido el autor de la muerte de Franco Luna (ver fs. 8 del recurso).

En relación con la errónea aplicación de la ley sustantiva expresa que en los alegatos esa parte dio cuenta de un estado de duda insuperable en razón de las contradicciones de los testigos y que se encontraba agotada la actividad probatoria sin que haber logrado alcanzar el estado de certeza requerido por una sentencia condenatoria.

Por ello afirma que se ha violado el principio receptado en el art. 2 del CPP, puesto que la sentencia condenatoria se basó pura y exclusivamente en indicios de los que no surge la certeza requerida en forma inequívoca. Particularmente, destaca que en los alegatos esa parte planteó la hipótesis de que la muerte investigada fue consumada por otras personas presentes el día de los hechos, circunstancia que no fue valorada por el juez de sentencia. Formula reserva del caso federal.

Al llevarse a cabo audiencia de informe oral, la defensa técnica del Dr. Samir Mussi-, agrega como motivos casatorios la proporcionalidad del rango condenatorio, y lo considera desmedido y, un agravamiento de las condiciones de detención de su asistido con posterioridad al dictado de la sentencia condenatoria. Expresa que formuló reserva del recurso de casación en relación a esa decisión.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, se expide a fs. 5/6 y, luego de analizar los agravios formulados por la defensa técnica del acusado, considera que el recurso resulta formalmente admisible, que debe ser rechazado en el fondo.

Refiere que la impugnación se basa en la reedición de la estrategia defensiva, aunque parte de una valoración e interpretación del plexo probatorio diferente a la que lleva a cabo el juez, en que niega la autoría y participación del encartado en el hecho.

Expresa que, contrariamente a lo que sostiene el recurrente en la sentencia, se valoraron y analizaron todos los medios de prueba, de forma y que las contradicciones señaladas se relacionan con cuestiones previas al hecho.

Sin embargo, entiende que no existió duda sobre el autor del disparo que causó la muerte de la víctima.

Refiere que el juez contó con más testimoniales que incriminaron al acusado, en tanto que las declaraciones de los testigos fueron calificadas como sinceras, contundentes y seguras sin que se haya acreditado que tuviesen razón para perjudicarlo. Agrega que la prueba fue valorada en su conjunto, lo que desvirtúa los agravios de la defensa tendientes a aislar los indicios y así restarles valor convictivos, en tanto que el juez tomó en consideración los alegatos y críticas defensivas como también las manifestaciones del encartado.

De tal manera, al considerar que la sentencia no padece los vicios alegados, aconseja el rechazo del recurso y la convalidación de la sentencia cuestionada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Del examen del recurso casatorio formulado por la defensa del acusado y el acto sentencial cuestionado, anticipo opinión en el sentido de que corresponde el rechazo del primero de los nombrados puesto que, a mi criterio, no se verifican los vicios expuestos por el recurrente. Paso a explicarlo.

De manera preliminar debo señalar que coincido con el Procurador General cuando afirma que el recurso casatorio resulta una reedición de los argumentos que la defensa planteó al momento de formular alegatos, basada en una diversa ponderación de los medios de prueba pretendiendo negar la autoría y participación del encartado en el hecho atribuido, sin lograr refutar los fundamentos vertidos por el juez de la instancia anterior en la sentencia cuestionada.

Asimismo, conviene señalar que no se advierte el estado de duda insuperable alegado por la defensa del acusado que haya derivado en una incorrecta ponderación de la prueba y su equívoca calificación legal. En primer lugar, no acierta el recurrente al cuestionar el valor que se asignó a declaraciones testimoniales Miriam del Valle Araya y Daiana Emilce Luna, madre y hermana de Franco Luna, respectivamente. Esto así puesto que las manifestaciones de las nombradas no resultan elementos de convicción ponderados en solitario.

En efecto, soslaya el recurrente que existieron en el hecho testigos presenciales que tuvieron ocasión de prestar declaración en el debate y que, al expedirse, sindicaron como autor del disparo que dio muerte a Franco Luna, a Alexander Rodrigo Sarmiento Vargas.

Efectivamente del acto sentencial se desprende que el juzgador tomó en consideración, en primer término, las declaraciones testimoniales de Miguel Ángel Ibáñez, Fabián Félix Astargo y Maximiliano Ariel Agüero, quienes el día del hecho se conducían en el auto donde circulaba también la víctima –Franco Luna– y que, todos de manera coincidente, indicaron como autor de los disparos al ahora condenado.

Tal señalamiento puede advertirse de la reproducción de los registros audiovisuales de las declaraciones prestadas en el debate oral de la causa.

Ponderó, además el juzgador, de forma acertada, que las declaraciones de los nombrados fueron coincidentes desde el inicio de la causa y que se han visto corroboradas por otros elementos de convicción.

En este sentido señaló a los dichos de Olga Nélide Alarcón –madre de Emiliano Nicolás González Alarcón, coimputado en la causa–, que refirió que vio efectuar disparos a una persona a una distancia no mayor de tres metros y medio.

Particularmente, respecto de los dichos de Miriam del Valle Araya y Daiana Emilce Luna consideró que sus declaraciones servían como elemento convictivo periférico y en cuanto a que desde los primeros momentos del hecho fueron informadas que el autor del disparo que mató a Franco Luna fue Alexander Rodrigo Sarmiento Vargas.

En cuanto al valor convictivo de sus declaraciones el juez consideró que el vínculo con la víctima no lograba per se desacreditarlas como tal y que no se evidenciaron elementos objetivos que tuviesen tal resultado.

En segundo lugar, considero que no puede ser de recibo en esta instancia el cuestionamiento del recurrente sobre contradicciones entre las declaraciones de los testigos que aluden a discusiones previas que motivaron el hecho, y a que un testigo afirmó que uno de los vehículos encerró al otro y otro refirió como causa del hecho que le arrojaron un vaso de champagne desde un auto a otro.

La crítica así formulada, a mi criterio, no logra desmerecer las conclusiones a las que llega el juez en relación con los elementos que acreditan la autoría de Sarmiento Vargas en el homicidio.

En efecto, advierto que las pretendidas contradicciones se refieren a momentos previos al hecho central ocurrido en las inmediaciones de la calle O'Brien 2631 de Godoy Cruz y se explican, como bien señala el juez en la sentencia, en función de las diversas vivencias y perspectivas asumidas por los testigos. De tal manera, tales circunstancias resultan indicios de la falta de acuerdo entre los testigos que han declarado y, por ello, dotan de mayor consistencia a sus relatos.

Por otro lado, en relación con lo nuclear de la presente causa y la crítica recursiva, los testigos presenciales han sido coincidentes en cuanto a que el autor del disparo mortal fue Alexander Rodrigo Sarmiento Vargas.

En tercer lugar, no acierta el presentante al señalar que la única persona que implicó de manera directa a Sarmiento Vargas como responsable de la muerte de Franco Luna pues, como señalé precedentemente,

también Astargo y Agüero Feris sindicaron como autor del disparo a Franco Luna al acusado Sarmiento Vargas. En cuarto lugar, tampoco logra conmovier la certeza a la que llegó el juzgador la afirmación efectuada por el recurrente en cuanto a que varios testigos señalaron a uno de los declarantes (Miguel Ángel Ibáñez Cortés) como una persona violenta y que de sus dichos se desprendería que no le resulta extraño disparar armas de fuego contra terceros. Esto por cuanto, y tal como afirmé, sus declaraciones no fueron ponderadas en solitario y concurren con las manifestaciones de los testigos presenciales ya mencionados a alcanzar el estado de certeza requerido para una sentencia condenatoria (Astargo y Agüero Feris).

En quinto lugar, debe referirse que tampoco puede prosperar la crítica de la defensa a la selección de los medios de prueba llevada a cabo por el juez para fundar la sentencia condenatoria con la omisión de valoración de indicios posteriores al hecho delictivo que favorecen a su defendido.

En particular, la declaración de su asistido y el hecho de que los amigos del occiso balearon el domicilio de la mayoría de quienes se encontraban presentes esa noche que, a criterio del recurrente, daría cuenta que ni siquiera ellos sabían quién había sido el autor de la muerte de Franco Luna.

Al respecto corresponde señalar que el juez adecuadamente detalló en el acto sentencial la declaración del acusado en el debate y, en opinión que comparto, señaló que de sus palabras puede extraerse que admitió haber estado en el lugar de los hechos, aunque refirió que fue otra persona la autora del disparo mortal. Ahora bien, el juez ponderó que, frente al contundente cuadro cargoso, aquella versión de los hechos no lograba refutar la hipótesis acusatoria que lo señalaba como autor del hecho.

En sexto lugar, debe destacarse que el juez frente el cuestionamiento de la defensa de Sarmiento Vargas relativa a la división del hecho y la condena a González Alarcón por un hecho menor y la falta de inclusión de otras personas en la imputación, entendió –en forma acertada– que aquellas no eran situaciones que logran conmovier la convicción sobre la intervención punible de Alexander Rodrigo Sarmiento en el hecho que le fuera atribuido.

Todo lo analizado conlleva al rechazo del recurso interpuesto en razón de no verificarse los vicios que alega la defensa sobre la valoración de la prueba realizada por el juez de la instancia anterior en la sentencia por la que se condenara a Sarmiento Vargas.

Por tal razón, **no resulta procedente la pretendida disposición del art. 2 del CPP** en tanto, a diferencia de lo sostenido por la defensa, no nos encontramos a un estado de duda que habilite su aplicación.

Respecto del cuestionamiento esbozado en relación al monto de pena impuesto en la sentencia condenatoria, advierto que la crítica formulada no logra conmovier los fundamentos que al respecto brindó el juez de la instancia previa.

Concretamente el defensor en audiencia oral señaló la ausencia de consideración en el monto de la pena, de un factor de reducción de aquella consistente en la juventud de su asistido.

Yerra el recurrente puesto que el a quo luego de considerar la escala penal aplicable para el delito atribuido, pasa a enumerar las circunstancias consideradas como agravantes y concluye señalando que, entre las atenuantes tomó en cuenta la edad del acusado y la falta de antecedentes penales.

Por último, no corresponde a este Tribunal expedirse en relación a la crítica relativa al agravamiento de las condiciones de detención de Sarmiento Vargas, puesto que la resolución en cuestión se dictó con posterioridad a la sentencia condenatoria y no integra la resolución que en esta instancia se recurrió En este sentido, este Tribunal carece de jurisdicción para resolver sobre esa cuestión.

Por los motivos señalados, y opinión concordante del Procurador General, corresponde responder en forma negativa a la primera cuestión planteada y por ello rechazar el recurso de casación promovido y confirmar el acto sentencial puesto en crisis. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de Alexander Rodrigo Sarmiento Vargas.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

7- FARIAS TOLEDO y ots. 19-04-22. (JJ)

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	PI	M	AF	PPP	-	-	CO	-	-	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=805>

Lex: Art. 80 inc. 2 y 6 del CP.

Vox: Homicidio agravado. Alevosía. Concurso premeditado de más de dos personas. Juicio por Jurados. **Plenario.**

Summa:

El **TPC** luego de la realización del juicio por jurados populares previsto por la ley 9.106, condenó a los nombrados a la pena de **prisión perpetua** como autores penalmente responsables del delito de homicidio agravado por alevosía y por el concurso premeditado de más de dos personas (art. 80 incs. 2 y 6 del CP). La **defensa** de Ángel Rafael Farías Toledo, por una parte, y la de Camilo Páez Reynoso y Daiana Gabriela Muñoz Núñez, por otro, plantean recursos de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

El **Procurador General** entiende que deben ser rechazados en lo sustancial los recursos casatorios promovidos.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1614, pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados:

a-SCJM

- Ibáñez Benavidez Yamila M. y Ortiz Rosales Maximiliano E. P/ Homicidios Calificados (159312) P/ Plenario». 30-12-20. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=469>

b-CSJN

- «Canales». 02-05-19: <https://inecip.org/wp-content/uploads/000084206.pdf>

Doctrina citada.

SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio. Garay. Gómez. Llorente. Dra. Day. **Plenario.**

Fallo

CUIJ: 13-05753272-0/1((018601-44110)) F. C/ FARIAS, ÁNGEL, PAEZ, CAMILO Y MUÑOZ, DAIANA P/HOMICIDIO AGRAVADO (44110/18) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105934776*

En Mendoza, a los diecinueve días del mes de abril del año dos mil veintidós, reunida la Suprema Corte de Justicia en pleno tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-05753272-0/1 caratulada “F. c/ FARIAS TOLEDO, ÁNGEL RAFAEL; PÁEZ REYNOSO, CAMILO Y MUÑOZ NÚÑEZ, DAIANA GABRIELA P/ HOMICIDIO AGRAVADO S/ CASACIÓN”.

La defensa de Ángel Rafael Farías Toledo, por una parte, y la de Camilo Páez Reynoso y Daiana Gabriela Muñoz Núñez, por otro, plantean recursos de casación contra la sentencia n° 1614 pronunciada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial luego de la realización del juicio por jurados populares previsto por la ley 9.106, por la cual se condenó a los nombrados a la pena de prisión perpetua como autores penalmente responsables del delito de homicidio agravado por alevosía y por el concurso premeditado de más de dos personas (art. 80 incs. 2 y 6 del CP) que se les atribuye en la causa P-44.110/18.

A fs. 21/23 vta. el entonces Presidente de la Sala Segunda de este Tribunal, Dr. José V. Valerio, convocó a la Suprema Corte de Justicia en pleno para resolver los recursos mencionados, en uso de las facultades previstas por el **art. 7 de la ley 4.969**.

De acuerdo a lo determinado en la audiencia de deliberación, la decisión adoptada por la Suprema Corte de Justicia **en pleno**, integrada por los jueces Dalmiro Garay Cueli, José V. Valerio, Julio R. Gómez, M. Teresa Day, Mario D. Adaro, Omar A. Palermo y Pedro J. Llorente fue unánime.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿son procedentes los recursos interpuestos?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL TRIBUNAL EN PLENO SOSTUVO:

1.- Sentencia recurrida

La decisión impugnada condenó a Ángel Rafael Farías Toledo, Camilo Páez Reynoso y Daiana Gabriela Muñoz Núñez a la pena de prisión perpetua a raíz de que el jurado popular constituido en autos conforme a las previsiones de la ley 9.106 los encontró culpables del hecho que se les atribuyó. Según el alegato de apertura del Ministerio Público Fiscal el hecho que se atribuyó a los acusados fue el siguiente: «[...] el “Caco” [Nelson Montenegro] estaba, entre la noche del 29 de mayo del 2018, a partir de las 23:30; hasta el 30 de mayo aproximadamente a las 2 de la mañana, en la casa de Rafael. En la casa de Rafael vivían Daiana, con la menor y con Camilo y estaba con su novia, que le dicen “Azuquita” [...]. Esa noche estaban tomando bebidas, consumiendo algunas otras cosas y se arma una discusión porque se pierde una pistola calibre .9 mm. Entonces le empiezan a reclamar al “Caco” y a la víctima “¿Dónde está la pistola?” Lo que el “Caco” negaba tenerla [era] él, los cuatro –los cuatro– comenzaron a –ya después va a venir la testigo presencial y va a decir qué hizo cada uno de los imputados– comenzaron a apuñalarlo, mientras el Negro Páez lo sostenía para que no se moviera, [y] mientras la menor le daba puntazos –uno de esos en sus ojos–, mientras Daiana hervía agua y se la echaba en la cara al “Caco” Montenegro, hasta que lo ataron de pies y manos hacia atrás, colocándolo en un estado de total indefensión, y siguieron golpeándolo produciéndole traumatismos encéfalo-craneanos –quiere decir, golpes en la cabeza–, estrangulamientos –con una soga que también la aplicó Daiana Muñoz en el cuello de la víctima–, y una vez que estaba

muerto, lo cruzaron de calle y lo prendieron fuego [...]» (conforme constancias audiovisuales del día 08/04/2021, audiencia de las 14:42 hs., min. 43:39 a 45:50).

La sentencia n° 1614 y sus fundamentos dan cuenta de las instrucciones iniciales impartidas al jurado, de las instrucciones finales que se proporcionaron una vez clausurado el debate, del veredicto unánime y de la individualización de pena efectuada por la jueza técnica. En las instrucciones finales, se expresó el hecho atribuido del siguiente modo: «[...] En este caso se les imputa a los acusados Farías, Páez y Muñoz haber sido autores de la muerte de Nelson Montenegro, alias “Caco”.

El hecho sucintamente consistió en que entre las 23:30 horas del día martes 29 de mayo y las 2:00 horas del día miércoles 30 de mayo de 2018 en la casa ubicada en el Barrio San Martín MH C-1 de Ciudad, Mendoza, Ángel Rafael Farías, Camilo Páez Reinoso, Daiana Gabriela Muñoz y la menor [A. F.] agredieron a Nelson David Montenegro, alias “Caco” y a Andrea José Escudero alias “Azuquita”, a quienes les reclamaban un arma de fuego, luego ataron de pies y manos a Montenegro y Farías, Páez, Muñoz y [A. F.] comenzaron a golpearlo, lo estrangularon y lo apuñalaron hasta darle muerte, tras lo cual trasladaron su cuerpo hacia el pasillo de ingreso de los monoblocks, frente al domicilio de Farías donde finalmente lo incendiaron» (conforme instrucción final n° 14, “Ley Aplicable al Caso”).

2.- Los recursos de la defensa

A fs. 18 el Tribunal Penal Colegiado n° 1 informó a esta Suprema Corte de Justicia que los acusados habían cambiado su representación legal, que pasó a ser ejercida por los abogados Rubén Castro y Marian Gil Yoma, de la Cuarta Defensoría Penal Oficial.

De manera previa a esa decisión, Daiana Gabriela Muñoz Núñez y Camilo Páez Reynoso compartían la misma representación, distinta a la de Ángel Rafael Farías Toledo, y cada defensa planteó recursos diferenciados.

Por esa razón, en lo sucesivo se reseñarán separadamente los recursos de casación presentados.

a.- Recurso de casación planteado por la defensa de Ángel Rafael Farías Toledo

La impugnación se basa en el art. 41 inc. d de la ley 9.106 y en los incs. 1 y 2 del art. 474 del CPP, y plantea tres líneas argumentativas: i) cuestionamientos a las instrucciones que fueron impartidas al jurado popular; ii) una revisión integral de la prueba; y iii) la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua.

a.i.- En relación con las instrucciones impartidas al jurado, el primer cuestionamiento señala que las instrucciones iniciales relativas al principio de inocencia y al estándar probatorio fueron insuficientes, pues se habría enviado un mensaje contradictorio al jurado. La contradicción residiría en que se le informó que ellos eran los «jueces de los hechos» y que tenían «la responsabilidad de decidir en base a la prueba que se les presente, si los hechos atribuidos han sido probados», pero a la vez que debía considerar probados los hechos atribuidos a cada acusado «más allá de toda duda razonable».

De manera que, a juicio de la defensa, la advertencia sobre la duda razonable quedó desvanecida al darles la exclusiva responsabilidad de atribuirle valor convictivo a las pruebas.

Esto condujo a que, lo que debía ser una meticulosa evaluación de la prueba, se redujera a la íntima convicción del jurado. En base a ello, el segundo cuestionamiento afirma que como consecuencia de instrucciones insuficientes la prueba fue erróneamente valorada.

Considera la defensa que los factores de evaluación de credibilidad de los testigos que se explicaron al jurado no fueron suficientes. Por una parte, porque la psicología del testimonio cuenta con mayores desarrollos que los explicados al jurado. Por otra, porque se instruyó insuficientemente sobre lo que implica la valoración probatoria conforme a las reglas de la lógica y la experiencia común –concretamente, por

cuanto se mencionó la lógica, pero, contrariamente, se dijo al jurado que era soberano para valorar la prueba—. Todo ello, afirma la defensa, condujo a instrucciones contradictorias y a un veredicto arbitrario. El tercer cuestionamiento no versa sobre las instrucciones en sí, sino sobre el modo en que el jurado las aplicó. La defensa evalúa en el recurso la declaración de Andrea Escudero y cuestiona su valor probatorio a la luz de las indicaciones sobre la valoración de testimonios que se impartieron al jurado.

Afirma que se trata de una testigo interesada, pues estuvo involucrada directamente en el hecho y podría haber sido acusada como autora o encubridora; que conocía personalmente a todos los acusados y tenía enemistad con ellos; que había consumido cocaína cuando tuvo las percepciones que transmitió al jurado; que su relato fue parcial, contradictorio, ganancial e inconsistente y que fue presionada por el Ministerio Público Fiscal para declarar.

Además, sostiene que Escudero negó haber dicho a alguien lo que había pasado, pero contradictoriamente Martín Montenegro, Manuel Montenegro y Marcelo Corzo declararon que tomaron conocimiento de la identidad de la víctima y de cómo había fallecido por parte de Escudero, tres horas después de descubierto el cuerpo y cerca de ese lugar. Agrega que su testimonio se contradice con el indicio 1 del Informe RC, que acredita la participación de un individuo que no es uno de los acusados; así como con los audios donde se escucha a A. F. angustiada y apesadumbrada.

Cuestiona también que no se haya explicado al jurado qué es una «inconsistencia», ni cuál es la parte principal y la accesoria en un testimonio; y señala una inconsistencia en el relato de Escudero: pudo reconocer que el cuerpo carbonizado era de la víctima, pero dijo que se había ido del lugar mientras estaba vivo. La cuarta objeción sostiene que las instrucciones fueron confusas porque en las instrucciones finales no se identificó a la menor de edad A. F. como coautora.

Eso implicó que, cuando se hizo escuchar al jurado un audio en el cual una sobrina de Rafael Farías refería que A. F. vio todo y estaba angustiada, tomase a esta última como testigo del suceso.

El último cuestionamiento a las instrucciones está vinculado con la falta de explicación al jurado sobre lo que ocurre cuando no hay unanimidad. Se instruyó que era necesario un veredicto unánime para la condena y que, si éste no era alcanzado, debía ponerse en conocimiento a la jueza, quien discutiría con las partes el curso a seguir. Sin embargo, no se explicó en qué consistía ese curso, de modo que algún integrante del jurado pudo verse constreñido a dar un veredicto unánime.

a.ii.- La solicitud de una revisión integral de la prueba en esta instancia es fundada por la defensa en la garantía de doble conforme y en la extensión de la revisión en casación que surge del precedente «Casal» de la CSJN.

a.iii.- En punto a la pena de prisión perpetua, la defensa afirma que a pesar de que esta Suprema Corte de Justicia ya se ha pronunciado sobre el punto, reitera que considera inconstitucional esa pena por cuanto implica la muerte civil, no permite la libertad condicional y es una pena cruel, inhumana y degradante. Finalmente, la defensa efectúa reserva del caso federal.

b. Recurso de casación planteado por la defensa de Daiana Gabriela Muñoz Núñez y Camilo Páez Reynoso

Esta presentación solicita la anulación de todo lo actuado, el reenvío y, subsidiariamente, la casación de la sentencia recurrida. El recurso se funda en **el art. 41, inc. d de la ley 9.106 y en los arts. 416 inc. 4 y 474 inc. 2 del CPP.**

En primer lugar, afirma que la decisión no está suficientemente fundada y que el jurado transgredió las reglas de la sana crítica. Luego, sostiene que se vulneró el principio de congruencia puesto que se condenó a Páez Muñoz, cuando en las declaraciones se señaló a un sujeto distinto y respecto de cuya intervención no se investigó.

Esto habría afectado el principio de congruencia, puesto que del material probatorio no surgía cadena sólida de eslabones que generase conocimiento progresivo, lo que constituye una causal de nulidad absoluta que compromete también los principios de legalidad y de debido proceso.

En tercer orden, afirma que el jurado está sujeto a límites dentro de los cuales puede ejercer su voluntad. Estos límites estarían dados por pautas que necesariamente deben presidir su razonamiento y por presupuestos legales que regulan la «decisión fina», de modo que para la decisión final no basta la voluntad del jurado de hacer coincidir la solución con lo que considera justo, sino que deben respetarse formas esenciales de control y garantías.

El jurado debe proceder analizando las pruebas y meritándolas rectamente, de modo que es ilegítimo el veredicto cuando las pruebas, correctamente meritadas, hubieran podido suscitar conclusiones diferentes. Esto es lo que habría ocurrido en el caso.

Para demostrarlo, el recurso analiza diferentes pruebas que considera erróneamente valoradas y que implicarían la nulidad de la sentencia por fundamentación contradictoria o contraria a la sana crítica racional (art. 416 inc. 4 del CPP), cuyos argumentos se enumeran a continuación.

b.i.- En relación con el testimonio del padre de la víctima, Manuel Hipólito Montenegro Garro, afirma que mencionó como autor del hecho a otra persona cuya intervención no se investigó: una persona de apellido «Caminos». Aquel testigo declaró haber tomado conocimiento por una vecina de que el cadáver encontrado era de su hijo, y que había sabía quiénes eran los autores porque se lo había informado su hijo Martín Alejandro Montenegro Contreras, quien a su vez se habría enterado por Andrea José Escudero Mercado, alias «Azuquita». Sin embargo, afirma la defensa, Manuel Hipólito Montenegro el día del hecho declaró a las 13:23 hs., mientras que el allanamiento a la casa de Farías se llevó a cabo a las 15:00 horas. Luego a fs. 23 declaró, y doce veces mencionó a los señores «Rafa» y «Caminos».

La referencia reiterada a «Caminos» descarta que se trate de un error de tipeo de la palabra «Camilo», como sostuvo en el debate la fiscalía. Además, dijo que no sabía cómo se llamaba, que «Caminos» era el apellido; y cuando durante en el debate se le hicieron saber estas contradicciones no pudo explicarlas —a pesar de que conocía a Páez porque había sido esposo de su sobrina—. La fiscalía no investigó quién podría ser «Caminos». Montenegro también declaró que se encontró con Escudero Mercado, alias «Azuquita», entre dos y tres meses luego del hecho. Ella le habría dicho que estuvo en el lugar de los hechos, que vio cómo lastimaban a su hijo, pero de su relato no surge que ella haya visto quién lo mató. Según el relato de Montenegro, declaró que la habían obligado a ver cómo lo lastimaban, le habían hecho limpiar la sangre y luego la habrían dejado salir. Sin embargo, no pudo aclarar por qué la habían dejado salir.

También Escudero Mercado le habría contado los hechos a Marcelo Corzo. La defensa concluye que la acusación se sostuvo en rumores y dichos de terceros.

b.ii.- En cuanto al lugar del suceso, la defensa sostiene que «[...] nadie podría matar a un sujeto en su propia casa sita en un barrio populoso, y que nadie escuchara gritos de dolor o auxilio, y luego lo depositara frente a su propia casa, lo quemara con una gran combustión, y luego entrara nuevamente a su casa y se quedara allí considerando que no descubrirían el ilícito [...]». Que el jurado infiriese lo contrario, afirma la defensa, es irrazonable.

b.iii.- En punto al testimonio de la oficial Cristina Coronel, reportó que una mujer no identificada indicó que los autores del hecho eran Farías y su pareja, sin mencionar a Páez. Ese llamado, por circunstancias no conocidas, no se grabó. Además, Coronel sostuvo que hubo dos llamados, y que ignoraba por qué no se investigó su autoría. En cuanto a los motivos que justificaron el allanamiento en la casa de Farías,

dubitativamente mencionó rumores y las llamadas anónimas al CEO. La defensa concluye que su declaración fue un vano intento por justificar la detención ilegal de Páez y Muñoz.

b.iv.- En relación con el testimonio del inspector Claudio Andrada, quien participó en los allanamientos realizados en la causa, destaca que señaló como motivo de dichos allanamientos las «tareas de campo» efectuadas en el lugar de los hechos, aunque no indicó cuáles eran. Es decir, se recabaron rastros y pruebas a partir de allanamientos sin fundamento en pruebas, lo que configuró una cadena de nulidades.

b.v.- En cuanto a la declaración del oficial Gustavo Díaz Caballero, destaca la defensa que estuvo desde las 06:30 hs. hasta las 14:00 hs. en el lugar donde fue encontrada la víctima, sin saber nunca quiénes habían sido los autores del hecho. Cuando se le preguntó por qué estaba indicada la casa de Farías en el croquis que realizó, respondió que sólo la dibujó a modo de referencia.

b.vi.- Sobre la declaración del oficial Diego Salinas, quien participó en el allanamiento realizado en la casa de Farías, destaca la defensa que aquél no pudo explicar por qué detuvieron a Páez y a Muñoz a pesar de que no estaban incluidos en la orden de allanamiento, tampoco recordaba por qué se hizo el allanamiento en la casa de Farías, lo que eventualmente habría sido resultado de «tareas investigativas» –sin indicar cuáles–, y destaca que declaró que uno de los acusados estaba durmiendo en el sillón del comedor y que no fue necesario el uso de la fuerza pública para entrar.

En relación con el allanamiento realizado en la casa de Páez, admitió que se realizó tras individualizar a Páez en la casa de Farías y que, a partir de los datos que éste les proveyó, allanaron su casa sin encontrar indicios vinculados al hecho. Este proceder habría vulnerado, a juicio de la defensa, el principio según el cual nadie está obligado a declarar contra sí mismo. Además, el acta del allanamiento no consigna la hora en que se llevó a cabo la medida, lo que agrega otra irregularidad.

b.vii.- En cuanto a la declaración de Martín Alejandro Montenegro Contreras, la defensa destaca que el mismo día del hecho dijo tomar conocimiento de quiénes lo habían cometido, entre quienes identificó a Farías y Páez. Pero sorprendentemente, a pesar de saberlo recién se presentó a declararlo dos días después del hecho, luego de que se hubieran realizado los allanamientos y detenciones.

b.viii.- En punto a la declaración de Juan Marcelo Corzo Villarroel, destaca la defensa que sostuvo que se cruzó con Escudero Mercado a las 8:00 am del día del hecho, quien le comentó que el cadáver era de Montenegro, y que la vio como nerviosa.

b.ix.- Respecto de Andrea José Escudero Mercado, alias «Azuquita», la defensa remarca que prestó declaración a raíz de su detención y casi cinco meses luego del hecho, y que a pesar de que dijo haber visto como atacaban a la víctima, al permitirle salir se fue a su casa –que queda a unas 15 cuadras del lugar– sin encontrarse con nadie y, llamativamente, sin pedir auxilio. También negó conocer a Corzo y dijo que no vio quién mató a Montenegro.

b.x.- En cuanto a la declaración del padre de Escudero Mercado, Enrique Escudero Quiroga, la defensa repasa su testimonio y enfatiza que debió haber una denuncia porque no sabía dónde estaba su hija «debido a las juntas que tiene y a que su problema es la droga».

b.xi.- En relación con los funcionarios de Policía Científica y del Cuerpo Médico Forense que intervinieron –la auxiliar Ana Martínez, la licenciada Patricia Cataldo y el Dr. Miguel Marino–, enfatiza que no se encontró ADN de Páez Reinoso ni de Muñoz Núñez, lo que echa por tierra la presencia de ambos imputados en el lugar del hecho, máxime cuando según la acusación las torturas a Montenegro duraron horas, por lo que no se explica la ausencia de rastros.

b.xii.- En punto a los vecinos del lugar que declararon, resalta que Natalia Bustamanete, que vive a la vuelta del lugar donde encontraron el cuerpo, no escuchó gritos ni pedidos de auxilio, no advirtió la presencia de bidones o elementos carburantes en el lugar y no vio a los acusados en el lugar.

Por su parte Mauricio Armando Villareal Navea, vecino cuya pared colinda con el lugar del hallazgo del cuerpo, dijo ver un resplandor a las 2:00 am, y pensó que estaban quemando un contenedor. A la mañana siguiente Bustamante le dijo que habrían quemado un cuerpo. Ambos coincidieron en que es un lugar de mucho tránsito y que no vieron a los acusados en el lugar, no escucharon gritos, peleas o pedidos de auxilio.

b.xiii.- Por último, repasa la declaración de Ricardo Raúl Ortiz, delegado de la OUCRA en una obra donde conoció a Páez, quien destacó que éste era muy trabajador, responsable y respetuoso. Lo mismo su jefe en la obra, Fabián Funes, quien dijo que Páez no faltaba y tomaba los trabajos más difíciles para mejorar su salario. También mencionó que iba a la psicóloga por orden del Juzgado de Familia, como requisito para que sus hijos fueran restituidos, y que era una persona de buen trato, no conflictiva y respetuosa.

b.xiv.- Concluye la defensa que, salvo la declaración de Escudero Mercado, no hay evidencia de que Páez y Muñoz hayan estado en el lugar del hecho esa madrugada.

La conclusión del jurado en su veredicto, que consideró acreditada la acusación, no puede ser más que resultado de razonamientos inferenciales y deductivos incorrectos y totalmente apartada de las circunstancias significativas y relevantes de la causa.

De las pruebas puede advertirse que hubo un conflicto que involucró a Farías, a Montenegro y otros acusados a raíz de un problema de venta de estupefacientes –mencionado por el propio Farías en los albores de la causa– que no fue investigado por el Ministerio Público Fiscal. Por tales motivos, considera que en el caso se ha verificado una flagrante violación del derecho de defensa en juicio y del debido proceso. Para el caso en que el recurso no sea acogido, efectúa reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de contestar la vista de ley conferida, el señor Procurador General considera que los recursos planteados son procedentes desde el punto de vista formal, aunque deben ser rechazados en el fondo.

En cuanto a los agravios vinculados a la valoración de elementos de prueba específicos, considera que no corresponde ingresar en su tratamiento puesto que el jurado popular delibera en sesión secreta y no pueden conocerse los razonamientos que se emplean para arribar al veredicto. En relación al agravio común según el cual no se aplicaron las reglas de la sana crítica racional, afirma que no puede exigirse al jurado el conocimiento del desarrollo de la psicología ni la aplicación estricta de las reglas de la lógica – con sus principios específicos–.

Sin embargo, esto no permite sostener que el veredicto se asiente en la íntima convicción, pues los jurados son instruidos sobre el estándar probatorio y la necesidad de que no actúen en base a prejuicios, parcialidad, miedo, piedad o lástima, ni a la opinión pública o de terceros. Si bien el jurado no posee los conocimientos técnicos del juez, ello se suple con su experiencia común y el voto unánime.

Por su parte, descarta que se haya inducido o presionado al jurado a alcanzar la unanimidad, puesto quedó claro en las instrucciones finales que cada uno de los miembros del jurado debía decidir el caso por sí mismo luego de haber considerado toda la prueba, haberla discutido plenamente con los demás y haber escuchado sus puntos de vista.

También se plasmó que el jurado tenía que intentar llegar a un veredicto unánime, pero no como obligación como sostiene la defensa. En las instrucciones finales también se explicó qué hacer en caso de

falta de unanimidad, de modo que no puede hablarse de una «obligación» de votar de modo unánime, pues incluso se ejemplificó el caso de falta de unanimidad.

A todo ello se suma que los letrados de las partes manifestaron su acuerdo expreso con las instrucciones finales, sin formular disidencias ni oposiciones.

En cuanto al agravio que afirma que el veredicto es arbitrario por haberse apartado de las pruebas y las instrucciones, a juicio de Procurador General constituyen una mera discrepancia con el resultado del veredicto.

La decisión no es arbitraria a la luz de las pruebas producidas, que fueron analizadas en horas de debate por parte del jurado, de acuerdo a las instrucciones impartidas. De tal manera, el resultado no aparece arbitrario sino lógico y consecuente con las pruebas rendidas, entre ellas las declaraciones revisadas por los recurrentes.

En punto al argumento de la defensa que atribuye el hecho a la intervención de otra persona ajena a los imputados en el hecho, sostiene el Procurador General que en las instrucciones impartidas se plasmó la ley aplicable al caso, con indicación de los elementos que debía probar la acusación para considerar a los acusados culpables o no culpables en caso de duda, así como las circunstancias que debían tener en cuenta para determinar el tipo de participación que le cupo a cada acusado. Por tales motivos, entiende que no se verifican los vicios procedimentales que enuncia la defensa, por lo que los recursos deben ser desestimados.

En cuanto al planteo de inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua efectuado por la defensa de Ángel Farías, considera que debe ser rechazado puesto que los escasos cuatro párrafos en que se basa no se autoabastecen como fundamento. La defensa no explica cuál es la norma atacada como inconstitucional –refiriéndose genéricamente a la prisión perpetua– y, por tal motivo, el planteo no puede ser acogido.

4.- La solución del caso

Voto del Tribunal en pleno.

Puesto el Tribunal a resolver la cuestión en tratamiento, consideró correspondiente rechazar los recursos de casación planteados en autos, y en consecuencia confirmar la decisión recurrida. En tanto los acusados han unificado su defensa, los agravios planteados en las dos impugnaciones formuladas y que fueran previamente reseñados serán agrupados para su tratamiento de manera conjunta en cuatro grupos: a) los asociados a la prueba que fundó el señalamiento de los acusados y los allanamientos realizados; b) los relativos a la valoración de la prueba realizada por el jurado popular constituido en autos; c) aquellos vinculados a las instrucciones impartidas al jurado; y por último, d) los orientados a la inconstitucionalidad de la pena impuesta.

a.- Consideraciones sobre la prueba que motivó el señalamiento inicial de los acusados y los allanamientos realizados

La defensa de Páez Reynoso y Muñoz Núñez sostiene que el principio de congruencia se vio vulnerado porque en las declaraciones se mencionó a un sujeto diferente como autor del hecho, cuya responsabilidad no se investigó.

Ello afectaría la cadena de **lógica de la prueba y el derecho de defensa**, causando una nulidad absoluta. Por otra parte, la defensa de Farías Toledo afirma que el padre de la víctima, Manuel Hipólito Montenegro Garro, mencionó como autor a una persona de apellido «Caminos» cuya identidad no se investigó. También expresa que el señalamiento de los acusados se basa en dichos que el padre y el hermano de la

víctima habrían recibido de un testigo de oídas – Marcelo Corzo– y de una testigo presencial –Andrea Escudero Mercado, alias “Azuquita”– que tiene interés en desvincularse del proceso y que dijo no ver quién causó la muerte, de modo que se trata de una acusación en base a rumores.

En cuanto a las pruebas que dieron lugar al allanamiento en la casa de Farías Toledo, su defensa cuestiona el testimonio de la oficial Cristina Coronel, quien reportó que una mujer no identificada señaló como los autores del hecho a Farías Toledo y Muñoz Núñez.

La crítica se basa en que Coronel no pudo explicar por qué ese llamado no se grabó ni por qué no se investigó su autoría. También cuestiona que el inspector Claudio Andrada, quien participó en los allanamientos realizados, tampoco pudo explicar las razones que motivaron el señalamiento de la casa de Farías Toledo, y citó vagamente «tareas de campo» efectuadas en el lugar de los hechos.

Lo mismo ocurre con la declaración del oficial Gustavo Díaz Caballero, quien a pesar de que estuvo desde las 06:30 hs. hasta las 14:00 hs. en el lugar donde fue encontrada la víctima, no obtuvo datos sobre quiénes habían sido los autores del hecho y sólo dibujó la casa de Farías Toledo a modo de referencia en el croquis que realizó.

En el mismo sentido cuestiona la declaración del oficial Diego Salinas, quien participó en el allanamiento realizado en la casa de Farías Toledo y no pudo explicar por qué detuvieron a Páez y a Muñoz a pesar de que no estaban incluidos en la orden de allanamiento, ni recordaba por qué se hizo el allanamiento en la casa de Farías, lo que eventualmente habría sido resultado de «tareas investigativas» indeterminadas.

En relación con el allanamiento realizado en la casa de Páez, admitió que se realizó a partir de los datos que el propio Páez les proveyó, proceder que habría vulnerado el derecho a no declarar contra sí mismo de Páez. Además, el acta de ese allanamiento no consigna la hora en que se llevó a cabo la medida. Recapitulados los argumentos planteados, corresponde entonces explicar por qué los mismos no resultan procedentes como críticas contra la sentencia impugnada.

En primer lugar, en cuanto a la pretendida vulneración del principio de congruencia, cabe descartar la crítica por cuanto el argumento planteado no logra demostrar la alegada afectación. En efecto, no se advierte de qué manera la alegada falta de investigación de la intervención de un tercero podría generar una supuesta falta de logicidad en la cadena probatoria, ni cómo esto vulneraría el principio de congruencia.

Dicho en otras palabras, que eventualmente no se haya investigado la intervención en el hecho de otra persona no genera, necesariamente, una falla en la secuencia probatoria que funda la sentencia condenatoria en revisión; ni implica una modificación en la acusación capaz de afectar el derecho de defensa.

A más de ello, cierto es que en el caso se mencionó la eventual participación de otras personas en el hecho. Así, la defensa afirma que el padre de la víctima mencionó doce veces a una persona de «apellido Caminos» en su declaración durante la investigación penal preparatoria.

También el acusado Farías Toledo sostuvo que el responsable del homicidio es Luis Alberto Nieves Quezada, su cuñado. En cuanto a lo primero, el padre de la víctima explicó en la audiencia de debate que se refería a «Camilo», en alusión al acusado Camilo Páez Reynoso a quien conocía por haber sido esposo de su sobrina, y negó conocer a una persona de apellido «Caminos» (conf. registros audiovisuales del debate, audiencia del día 08/04/21 a las 17:36, min. 01:06 y 44:20 y ss.).

Debe tenerse presente que este testigo, ante preguntas del fiscal, ratificó que se refería a la persona que tenía ante sí en la audiencia, en alusión a Páez Reynoso (conf. misma audiencia, min. 54:00 y ss.). En relación con lo segundo, la eventual intervención de Nieves Quezada en el hecho corresponde a la teoría

del caso de la defensa, que fue puesta a consideración del jurado, aunque no fue evaluada como suficiente por éste para desvirtuar la prueba de cargo contra los ahora acusados.

En definitiva, las alegaciones efectuadas por los defensores en sus impugnaciones no logran demostrar que el principio de congruencia se haya visto vulnerado y, en consecuencia, no permiten concluir que haya existido una afectación del derecho de defensa.

En segundo lugar, en relación con las pruebas que señalaron a los acusados como responsables del hecho y motivaron los allanamientos realizados, corresponde hacer una distinción de índole procesal. Por una parte, y desde el punto de vista formal, se advierte que la defensa se ha limitado a insinuar un planteo de nulidad, más no lo ha concretado vinculando las argumentaciones que realiza con el modo en que se habrían afectado los derechos que invoca.

Por otra parte, el allanamiento de una morada es una medida que permite registrar un lugar habitado o sus dependencias cerradas cuando existan motivos suficientes para presumir que en ese sitio existen cosas pertenecientes al delito, o que allí puede efectuarse la detención del responsable. Por afectar la inviolabilidad del domicilio protegida constitucionalmente (**art. 14 de la Constitución de Mendoza y art. 18 de la Constitución Nacional**), debe ser dictado por un juez –quien debe evaluar la razonabilidad de la medida– y se encuentra sometido a exigencias procesales detalladamente determinadas en la ley (arts. 216 a 220 del CPP).

Ahora bien, sin invocar nuevos elementos de prueba o circunstancias que hayan surgido en el debate, la defensa instala en esta instancia argumentos orientados a obtener la nulidad de los allanamientos realizados y del señalamiento de los acusados.

Sin embargo, si esa parte consideraba que estas medidas fueron dictadas en ausencia de los motivos de sospecha necesarios, contaba con remedios procesales pertinentes para impugnar la orden y obtener la exclusión de las pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubieran podido ser **obtenidas sin vulnerar garantías constitucionales (conf. art. 207 del CPP)**.

Sin embargo, salvo que se invoque la existencia de una causal de nulidad absoluta –lo que no ocurre en este caso– o que durante el juicio hayan surgido nuevas circunstancias no conocidas antes; el momento procesal oportuno para plantear la nulidad es previo al inicio del debate: durante la investigación penal preparatoria o el término de la citación a juicio (**conf. arts. 199 y 201 inc. 1 del CPP**), y durante las audiencias preliminares (**conf. art. 366 del CPP**).

Dicho en términos claros: no puede la defensa argumentar en esta instancia procesal en torno a la justificación de los allanamientos realizados, sin invocar nuevos elementos de prueba o circunstancias antes desconocidas.

No se encuentra en tela de juicio ahora la resolución judicial que autorizó los allanamientos efectuados durante la investigación.

Tampoco la defensa ha objetado la validez de la prueba en sí misma, sino que su estrategia recursiva ha consistido en atacar la capacidad probatoria de los allanamientos realizados para señalar a los acusados como los responsables del hecho.

Esta argumentación carece de rendimiento crítico en la etapa de revisión de la sentencia en que nos encontramos.

De modo que tanto las alegaciones tendientes a demostrar la inexistencia de motivos suficientes para disponer los allanamientos efectuados –que incluyen consideraciones sobre los testimonios de Manuel Hipólito Montenegro Garro y de los oficiales de policía Cristina Coronel, Claudio Andrada, Gustavo Díaz Caballero y Diego Salinas–, así como las objeciones formales planteadas –como la omisión de consignar la

hora de realización del allanamiento en la vivienda de Páez Reynoso–, resultan impertinentes en esta etapa procesal.

A estas razones se agregan motivos de fondo, vinculados al modo en que las críticas a la prueba individualizada por la defensa podrían haber incidido en las deliberaciones del jurado popular.

Del análisis del debate surge que el representante fiscal mostró al jurado su propia posición en relación con los cuestionamientos de la defensa.

Así, al prestar declaración de Manuel Hipólito Montenegro Garro –quien según la defensa había señalado a otra persona, de apellido «Caminos», como posible autor– el representante del Ministerio Público Fiscal interrogó al testigo precisamente sobre este punto y Montenegro aclaró que no conocía a nadie de apellido «Caminos», sino que se refería a «Camilo», el acusado que tenía ante sí en la sala –conf. audiencia del día 08/04/2021, desde las 17:36 hs., min 54:00 y ss.–.

Algo similar ocurrió cuando prestó declaración el oficial de policía Claudio Andrada, a quien la defensa interrogó por las tareas investigativas que habían conducido al señalamiento de la vivienda de Farías Toledo.

El representante del Ministerio Público Fiscal específicamente lo interrogó sobre el procedimiento llevado adelante y el testigo aclaró que las medidas realizadas fueron todas ellas solicitadas por la Fiscalía interviniente y que ninguna de las tareas de campo que le solicitó la Fiscalía había sido anormal, inusual o ilegal –conf. audiencia del día 13/04/2021, desde las 10:29 hs., min. 56:10 y ss.–.

Exactamente lo mismo ocurrió cuando la defensa interrogó al oficial de policía Diego Javier Salinas sobre las razones por las cuales procedió a allanar la vivienda de Farías Toledo. En oportunidad de responder al contraexamen realizado por el representante Fiscal, el testigo explicó que procedió del modo en que lo hizo porque tenía una orden judicial que debía cumplir, y que había actuado dentro de sus atribuciones – conf. audiencia del día 13/04/2021, desde las 09:34 hs., min. 54:00 y ss.–.

En tercer lugar, por los mismos motivos debe rechazarse la pretendida vulneración del derecho de Camilo Páez Reynoso a no auto-incriminarse. El planteo se encuentra infundado en la medida en que la defensa no ha alegado que no se haya puesto en conocimiento al acusado de su derecho a no declarar, de manera previa al interrogatorio policial.

De este modo, y en tanto no existen precisiones respecto al modo en que se habría producido la lesión al derecho de defensa del acusado, la crítica no aporta los elementos mínimos necesarios para tener acogida favorable.

Por último, en cuanto a las críticas según las cuales el señalamiento de los acusados se basó en rumores, en tanto están asociadas a la valoración de la prueba, serán tratadas en el apartado siguiente. Como primera conclusión parcial, el Tribunal concluye que no resulta procedente ninguno de los cuestionamientos procesales relativos al señalamiento de los acusados como sospechosos de cometer el delito en cuestión y a los allanamientos realizados.

b.- Consideraciones en punto a la valoración de prueba realizada por el jurado popular

La defensa de Farías Toledo requiere una revisión integral de la prueba, fundada en la garantía de doble conforme y en la extensión del recurso de casación que surge del **precedente «Casal»** de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Por otra parte, la defensa de Muñoz Núñez y Páez Reynoso afirma que la sentencia no está adecuadamente fundada y que existe una clara transgresión a las reglas de la sana crítica racional sobre valoración probatoria.

De tal manera, considera que el veredicto del jurado es ilegítimo por no haber meritado correctamente las pruebas. En este orden, critica el testimonio de Andrea Escudero Mercado, alias «Azuquita». Se trataría

de una testigo interesada en evitar su propia responsabilidad en el hecho, que habría declarado condicionada por el Ministerio Público Fiscal –que le otorgó la libertad luego de su declaración–, que además no dijo haber visto quién mataba a la víctima, que reconoció estar bajo efectos de estupefacientes mientras percibía la situación y cuyo relato es poco creíble en punto al motivo por el que la dejaron salir. También atacó la credibilidad de esta testigo puesto que su padre, Enrique Escudero Quiroga, se vio en necesidad de denunciar su desaparición puesto que no la encontraba y temía por las personas con quien se juntaba y su adicción a las drogas.

Su credibilidad también fue atacada por cuanto negó haber contado a alguien el hecho, contrariamente a lo sostenido por Martín Alejandro Montenegro Contreras, Manuel Montenegro y Juan Marcelo Corzo Villarroel.

Además, su testimonio sería contradictorio con el informe que acredita la participación de un individuo que no es uno de los acusados; así como con los audios donde se escucha a A. F. angustiada y apesadumbrada.

Asimismo, la defensa critica el testimonio del hermano de la víctima, Martín Alejandro Montenegro Contreras, puesto que dijo que la misma mañana del hecho tuvo conocimiento por un vecino –Juan Marcelo Corzo Villarroel– de que su hermano era la víctima y de quiénes eran los autores, pero demoró dos días en poner en conocimiento de ello a las autoridades.

En punto a los indicios hallados en la casa de Farías Toledo, la defensa afirma no se encontró ADN de Páez Reinoso ni de Muñoz Núñez, lo que descarta la presencia de ambos en el lugar del hecho. También destaca que tanto la vecina Natalia Bustamante –quien encontró el cuerpo por la mañana– como el vecino Mauricio Armando Villareal Navea –colindante de Farías Toledo– negaron haber escuchado gritos o pedidos de auxilio, haber visto a los acusados en el lugar o haber visto rastros de carburantes. La defensa agrega el testimonio de Ricardo Raúl Ortiz sobre el concepto de Páez Reynoso y que es ilógico sostener que los acusados mataron a la víctima y la prendieran fuego en frente de la casa que habitaban.

Ahora bien, las críticas compendiadas consisten en cuestionar la razonabilidad de la valoración probatoria realizada por el jurado popular y derivar de ello dos consecuencias: la arbitrariedad de la sentencia y la necesidad de una nueva valoración por parte de esta instancia. A fin de dar razones sobre la improcedencia de los cuestionamientos, en primer lugar, se descartará la plausibilidad crítica de los argumentos que ofrece la defensa (b.i) y, en segundo orden, se explicitarán las pruebas que tornan razonable el veredicto del jurado popular (b. ii).

b.i.- En lo que sigue, este Tribunal se ocupará de desestimar la capacidad crítica de los argumentos planteados por la defensa y, simultáneamente, se expondrán las razones por las cuales no resulta arbitrario al veredicto del jurado.

En relación con la declaración de Andrea Escudero Mercado, alias «Azuquita», las críticas planteadas aparecen como afirmaciones ambiguas que no permiten desestimar el valor probatorio de cargo que el Ministerio Público Fiscal le asignó.

Ninguno de los cuestionamientos que la defensa ha realizado hacia la credibilidad de su testimonio es suficiente para tornar irrazonable su valoración como prueba de cargo: precisamente, la credibilidad de sus dichos es materia de evaluación por parte del jurado popular.

En este sentido, la afirmación de la defensa según la cual la testigo es poco creíble porque eventualmente pudo verse beneficiada con su propia declaración no es más que un punto de vista, de parte, que admite una interpretación diferente –precisamente la proporcionada por la teoría del caso de la acusación–.

El beneficio potencial del testigo para sí o su entorno no es una circunstancia que determine necesariamente la falsedad del contenido de su declaración.

En cuanto a la posibilidad de que esta testigo haya estado condicionada por el Ministerio Público Fiscal para declarar en cierto sentido, la defensa, por un lado, no da cuenta debidamente de su afirmación, y por el otro, omite considerar que durante la audiencia de debate fue interrogada sobre este punto.

Allí sostuvo que, mientras estaba detenida, fue trasladada a la Fiscalía para declarar y que allí lo único que se le solicitó fue que «dijera la verdad».

Asimismo, negó haber recibido información o indicaciones acerca del contenido de lo que debía declarar (conf. registros audiovisuales del debate, audiencia del día 09/04/21 a las 09:30, min. 05:30 y ss.). Ante preguntas del fiscal declaró que fue puesta en libertad aproximadamente seis meses luego de prestar declaración (conf. misma audiencia, min. 54:20 y ss.). En otro orden, debe señalarse que aún cuando la testigo reconociera no haber visto quién, concretamente, ultimaba a la víctima, ello es una crítica débil de la defensa en la medida en que Escudero Mercado se mantuvo consistente en su descripción de lo que sí pudo ver.

Esto incluía serios ataques contra la integridad física de la víctima, que duraron al menos media hora y que, a su juicio, no podían concluir en otra cosa que la muerte del agredido (conf. registros audiovisuales del debate, audiencia del día 09/04/21 a las 09:30, min. 19:40 y ss. y 33:46 y ss.).

En cuanto al motivo por el cual la dejaron salir de la casa, la defensa considera que la testigo es poco creíble. Escudero Mercado declaró que a la víctima la acusaban de haberse apropiado de un arma de fuego ajena, y que a ella la dejó salir Muñoz Núñez luego de que Farías Toledo le pegara en la cara con un cuchillo, y que lo hizo porque se lo pidió por favor alegando que no tenía nada que ver y que tenía un hijo que cuidar (conf. misma audiencia, min. 10:00 y ss.).

Nuevamente, la veracidad de sus dichos es un extremo cuya evaluación queda en poder del jurado popular, aunque en esta instancia es posible comprobar que no es inverosímil la versión aportada por la testigo. Lo mismo ocurre con la objeción de la defensa acerca de la lucidez de Escudero Mercado cuando presenció los hechos que dijo haber percibido.

La crítica apunta a socavar su credibilidad en base a que se encontraba bajo los efectos de estupefacientes –concretamente, cocaína según reconoció la testigo–.

A la crítica puede agregarse que la testigo declaró que estuvo consumiendo cocaína durante toda la noche, como unas cuatro o cinco horas, hasta que comenzó el ataque hacia Nelson Montenegro (conf. misma audiencia, min. 10:00 y ss. y 16:50 y ss.), y que todos estaban «pasados de drogas» (min. 30:18 y ss.).

Sin embargo, esta crítica no es en sí misma una muestra de que la testigo declaró algo falso, en tanto sus dichos encuentran correlación con otras circunstancias de la causa, como ser el hallazgo de sálpicas de sangre en la vivienda donde ella dijo que ocurrió el suceso o la existencia de mensajes en el teléfono de la menor A. F. en un sentido que corrobora su versión.

La misma suerte corre la afirmación según la cual la testigo sería poco confiable al punto que su padre debió denunciar su desaparición, porque temía por las personas con las que se reunía y su adicción a las drogas.

Esta circunstancia tiene una explicación plausible muy clara, que surge de la propia declaración de la testigo: dijo que nunca había presenciado un hecho de la naturaleza del ataque de los acusados contra Nelson Montenegro, que quedó muy impresionada y «traumada», que una vez liberada corrió hacia su casa muy asustada y se quedó algunos días sin salir y sin hablar con nadie (min. 13:00 y ss. y 32:20 y ss.).

Por otro lado, la defensa remarca una contradicción entre la declaración de Escudero Mercado, quien dijo que no había hablado con nadie del suceso, y las declaraciones de Marcelo Corzo, quien se habría enterado de la identidad de la víctima y de los autores por parte de ella a pocas horas del hecho y se la habría comentado luego al hermano de la víctima, Martín Alejandro Montenegro. Al respecto debe señalarse que este extremo se trata de una circunstancia aledaña y no principal de la declaración de Escudero Mercado, que puede recibir diversas explicaciones –como ser el temor de ser tachada por su comunidad como una persona poco confiable; o el hecho no querer reconocer que conocía y se vinculaba con Marcelo Corzo–.

A este Tribunal le corresponde corroborar si la hipótesis acusadora decaería en caso de que la contradicción fuera cierta, lo que en este caso no ocurre, puesto que tal inconsistencia no afecta seriamente la credibilidad de la testigo y admite diversas explicaciones.

La defensa también sostiene que existe una contradicción en la declaración de Escudero Mercado por cuanto sostiene que cuando se fue de la casa de Farías Toledo la víctima estaba viva, pero luego identificó al sujeto fallecido como Nelson Montenegro.

Sin embargo, la propia testigo brindó una justificación plausible de esta situación puesto que declaró ver cómo atacaban violentamente a la víctima –incluso, con puñaladas– durante largas horas y que cuando se fue «[...] estaba con vida, pero re mal [...]» (ver audiencia del día 09/04/21 desde las 09:30 hs., min. 14:53 y ss.).

Por su parte, cuando se le preguntó si pensó que el ataque terminaría en una muerte, contestó que «[...] sí, por cómo estaba y cómo lo habían dejado [...]» (min. 19:38 a 21:34).

Por último, en relación con la afirmación de la defensa según la cual la declaración de Escudero Mercado sería contradictoria con el indicio que arroja la participación de un individuo que no es uno de los acusados, debe señalarse que este extremo también admite una explicación plausible.

Es decir, no constituye una muestra de que la testigo se haya contradicho, puesto que el hallazgo de ADN puede encontrar justificación en muchas razones dada la dinámica del hecho.

Lo dicho hasta aquí permite demostrar que las alegaciones de la defensa no implican, necesariamente, la falsedad de la declaración de Andrea Escudero Mercado. Consisten, en todo caso, en argumentos que válidamente pueden ofrecerse al jurado para la realización de su valoración sobre el testimonio en cuestión; más no son suficientes para demostrar que la eventual valoración de esta prueba como elemento de cargo sea arbitrario.

Lo mismo ocurre en punto a los audios en los que se escucha a A. F. apesadumbrada y angustiada, lo que sería contradictorio con la participación en el hecho que le asignó Escudero Mercado. El argumento de la defensa pierde de vista que una persona –máxime si se trata de una menor de edad– puede haberse visto compelida a intervenir en el hecho por la presencia de sus familiares, pero luego comprender el sentido de sus acciones y manifestar dolor o arrepentimiento.

Más allá de que este pronunciamiento no versa sobre la eventual intervención de esta menor de edad, lo cierto es que la crítica no reviste la entidad suficiente como para demostrar la arbitrariedad del resultado de la valoración probatoria realizada por el jurado.

Además, según los informes que presentó en la audiencia Luis Francisco Oliva (personal de UDAPIF que extrajo información de los teléfonos secuestrados), existían mensajes y conversaciones entre los familiares de Farías Toledo que daban cuenta de que una mujer –posiblemente la menor de edad A. F.– había quedado muy traumatada por haber presenciado e intervenido en un hecho que había sido muy violento, y habría visto como hervían agua para tirársela encima a la víctima.

También dio cuenta de mensajes que señalaban a la madre de A. F. muy preocupada, porque su hija estaba acongojada y traumada por haber presenciado el ataque a la víctima (ver audiencia del día 09/04/21, desde las 15:07, de 01:37:00 a 01:21:30).

Otra crítica de la defensa ataca la credibilidad del testimonio de Martín Alejandro Montenegro porque habría tomado conocimiento de que la víctima fatal era su hermano el mismo día en que habría fallecido, pero demoró dos días en poner a la Policía al tanto de ello. Esta objeción no tiene entidad suficiente para demostrar la arbitrariedad del veredicto. Existen innumerables razones por las cuales el testigo pudo haber demorado en informar a las autoridades.

Se trata de un extremo del que la defensa pudo poner en conocimiento al jurado, y cuya valoración no corresponde a esta instancia en tanto no implica la falsedad del testimonio. En cuanto al agravio según el cual no se encontró ADN de Páez Reynoso ni de Muñoz Núñez, debe señalarse que esta ausencia de rastros no conduce necesariamente a la conclusión de que estas personas no intervinieron en el hecho – la cual surge de otras pruebas– y, además, encuentra una explicación racional por cuanto parte de las pruebas estaba orientada a demostrar que el sitio donde ocurrió el hecho fue lavado para, precisamente, eliminar rastros (ver declaración de Ana Laura Martínez, personal de Policía Científica, audiencia del día 09/04/21 desde las 10:41 horas, min. 22:28 a 01:11:30).

Este indicio «negativo» que la defensa trae a colación no es suficiente para desincriminar a los acusados, puesto que no está orientado a acreditar que los mismos no se encontraban en el lugar del hecho –como podría ocurrir si existieran pruebas de que estuvieron positivamente en otro lugar–. De hecho, el profesional en genética que realizó los exámenes de ADN, Miguel Eduardo Marino, fue consultado por esta tercera persona por la defensa y sostuvo el ADN de la tercera persona hallado junto con el de Farías Toledo y la víctima podía pertenecer a la hija o la hermana de Farías Toledo (misma audiencia, min. 01:38:44 y ss.).

Lo mismo ocurre con la declaración de Natalia Bustamente y Mauricio Armando Villareal Navea, vecinos del lugar que negaron haber escuchado gritos o pedidos de auxilio o haber visto a los acusados en el lugar o el uso de carburantes. Puesto en términos claros, se trata de extremos que no acreditan que los hechos no sucedieron del modo en que lo explica la teoría del caso de la acusación, puesto que el evento pudo tomar lugar del modo en que fue descrito por el Ministerio Público Fiscal aún si estos testigos no hubieran visto los extremos que la defensa señala.

Algo similar ocurre con los testigos que la defensa de Páez Reynoso aportó para describir las capacidades laborales y la personalidad de este acusado.

Así, Ricardo Raúl Ortiz declaró sobre el concepto de Páez Reynoso y su manera de trabajar en la obra en la que ambos se desempeñaban, aunque ninguna de sus afirmaciones se vincula al hecho sometido a juzgamiento.

b.ii.- A continuación corresponde repasar las pruebas que permiten sostener la plausibilidad y razonabilidad al veredicto del jurado popular.

Martín Alejandro Montenegro, hermano de la víctima, declaró que según una charla que tuvo con una vecina, su hermano había sido visto con vida la noche anterior al hecho, alrededor de las 23:00 horas (v. audiencia del 08/04/21, desde las 16:21 hs., min. 13:33 a 59:00). En sentido similar declaró Manuel Hipólito Montenegro, padre de la víctima, quien dijo haber visto a su hijo el día anterior en su casa (misma audiencia, min. 01:06 a 10:01:00).

Por otra parte, Mauricio Villareal – vecino del lugar donde se encontró el cuerpo– declaró que la madrugada del día en que ocurrió el hecho estaba durmiendo con su ventana abierta, porque no tenía vidrio, y que lo despertó el humo que ingresaba por su ventana.

Que miró a través de ella y pudo ver el resplandor de llamas que se reflejaba en una pared. Luego, cuando salió alrededor de las 06:30 para ir a un turno médico, pudo ver que lo que se quemaba era el cuerpo de una persona (v. audiencia del 09/04/21, desde las 09:30 hs., min. 56:00 y ss.). Esta declaración fue conteste con la de Andrea Escudero Mercado, en cuanto a la duración del ataque –entre cuatro y cinco horas– (v. misma audiencia, min. 10:00 a 10:50).

Estas declaraciones acreditan que Nelson Montenegro se encontraba con vida el día anterior a la mañana en que apareció su cuerpo y que habría sido ultimado e incendiado durante la madrugada.

En cuanto al lugar donde habría ocurrido el suceso, existen numerosas pruebas que acreditan que fue en el domicilio de Ángel Rafael Farías Toledo.

En primer lugar, la declaración de Andrea Escudero Mercado –quien habría presenciado el evento– señaló ese lugar como el sitio donde los acusados atacaron a Nelson Montenegro (v. audiencia del 09/04/21, desde las 09:30 hs., min. 07:00 y ss.). Su declaración se mantuvo consistente cuando comentó al padre de la víctima el hecho, en oportunidad en que fue abordada por éste (v. audiencia del 08/04/21, desde las 16:21 hs., min. 01:06 a 10:01:00).

A su vez, el comisario Fabio Abel Rodríguez declaró que la mañana del día en que apareció el cuerpo de la víctima recibieron un llamado anónimo al CEO en el que una mujer mencionaba a Farías Toledo entre los autores del homicidio y a su domicilio como el lugar donde habría ocurrido el hecho (v. audiencia del 09/04/21 desde las 15:07 hs., min. 04:36 a 55:00). Además, fueron hallados en la vivienda de Farías Toledo rastros compatibles con un ataque a Nelson Montenegro y con la posterior limpieza del sitio.

Así, Ana Laura Martínez, integrante de la Policía Científica, sostuvo que en sus tareas en el domicilio de Farías Toledo encontró una serie de indicios: manchas de sangre en la pared del living; una bata con manchas rojizas, color sangre; unas zapatillas húmedas, y otras manchas hemáticas en la cochera.

Su interpretación criminalística fue que al menos una persona había sido herida allí y que el lugar podía haber sido alterado por una posterior limpieza, pues el piso de la cochera estaba mojado y las zapatillas, que estaban en una mesada de la churrasquera, también estaban mojadas (v. audiencia del 09/04/21 desde las 10:41 hs., min. 22:28 a 01:07:55).

Esos indicios fueron enviados al laboratorio de Policía Científica, donde los analizó la técnica química Patricia Cataldo. En el debate, declaró que se aplicó a las muestras un reactivo que demostró que las manchas hemáticas eran de sangre humana (v. audiencia del 09/04/21 desde las 10:41 hs., min. 01:11:30 a 01:19:00). También el Dr. Miguel Eduardo Marino, director del Registro Provincial de huellas Genéticas Digitalizadas, declaró en el juicio respecto de los exámenes de ADN que realizó sobre las muestras en cuestión.

Explicó que buscó ADN con la comparación de las manchas encontradas con el perfil genético de la víctima y los acusados, y encontró que la mancha que fue hallada en el living de la vivienda de Farías Toledo contenía ADN de la víctima, de Farías Toledo y de una tercera persona; mientras que las manchas de sangre que estaban en la bata secuestrada y en la cochera pertenecían a la víctima, Nelson Montenegro (v. misma audiencia, min. 01:20:00 y ss.).

En cuanto a la dinámica de los hechos, el testimonio de Andrea José Escudero Mercado fue detallado sobre la intervención de los acusados en el ataque a Nelson Montenegro. Declaró que la noche del hecho ella, Nelson Montenegro, Ángel Rafael Farías Toledo, Camilo Páez Reynoso y Daiana Muñoz Núñez

estaban bebiendo en la casa de Farías Toledo, y que se encontraba presente la menor de edad A. F. Que en un punto se perdió un arma de fuego –una marca Walter, calibre 9 mm– y Farías Toledo responsabilizó de su pérdida a Montenegro. A partir de ese momento «se desconocieron» y Farías Toledo, Páez Reynoso, Muñoz Núñez y la menor de edad comenzaron a «torturar» a Nelson Montenegro quemándolo con agua hirviendo –que la obligaron a preparar–, apuñalándole el ojo, pateándolo y atándolo (v. audiencia del 09/04/21 desde las 09:30 hs., min. 02:38 a 10:00).

Todos lo atacaban, y señaló que, aunque ella no vio morir a Montenegro estaba segura de que el desenlace de las agresiones que estaba recibiendo no podía ser otro que la muerte. A ella misma Farías Toledo le pegó con un cuchillo en la cara, y la dejaron salir tras insistirle a Muñoz Núñez, mencionando que no tenía nada que ver en la desaparición del arma de fuego y que tenía un niño que cuidar (v. misma audiencia, min. 10:50 a 12:35).

La testigo incluso describió detalles del interior de la casa (min. 23:10 a 23:40). Explicó que, cuando salió del lugar, estaba muy asustada e impactada por lo que había visto y que fue directo a su casa (min. 32:20 a 33:46), y que, aunque no pudo ver a los acusados dar muerte, efectivamente, a Montenegro y trasladarlo al descampado que está frente a su casa para quemar su cuerpo; no tenía dudas de que habían sido ellos (min. 33:00 a 36:15).

Según la teoría del caso del Ministerio Público Fiscal, los dichos de Escudero Mercado fueron suficientemente respaldados por prueba objetiva. Así, el comisario Juan Marcelo Rivera, a cargo de la división de Narcocriminalidad de la Policía de Mendoza, declaró en el debate que, en el marco de otro procedimiento, seguido contra Luis Nievas Quesada, cuñado de Ángel Rafael Farías Toledo, se realizaron dos escuchas telefónicas donde se mencionaba a Farías Toledo como el responsable de la muerte de Montenegro (v. audiencia del día 09/04/21 desde las 15:07 hs., min. 55:00 a 01:32:55).

En el marco de esa investigación contra Luis Nievas Quesada también se realizó un allanamiento que permitió el secuestro de teléfonos celulares. Luis Francisco Oliva, quien se desempeña en la Unidad De Apoyo Para la Investigación Fiscal (UDAPIF), fue el responsable de extraer información de esos teléfonos. En el debate, declaró que los audios que encontró revelaron que los familiares de Farías Toledo, el mismo día del hallazgo del cuerpo, ya contaba con información sobre lo que había pasado.

También mostraron que la víctima era Nelson Montenegro, que era amigo de Farías Toledo y que el lugar donde le habían dado muerte era la casa de este último; y que Farías Toledo participó, junto a otras personas, en su homicidio. Por último, también revelaron que la menor de edad A. F. estuvo presente en el hecho y que había quedado profundamente afectada por la intervención que había tenido y por la posterior ausencia de Montenegro, amigo de la familia y de ella en particular (v. misma audiencia, min. 01:37:00 y ss., y audiencia del 13/04/21 desde las 09:43 hs., min. 07:30 a 19:00).

La modalidad en que se produjo la muerte de Nelson Montenegro, descrita por Andrea Escudero Mercado, fue corroborada y detallada por la médica Graciela Noemí Godoy, integrante del Cuerpo Médico Forense, quien en el debate declaró que a pesar del avanzado estado de carbonización que presentaban los restos encontrados fue posible constatar la existencia de fuertes golpes en la cabeza, la pérdida reciente de un diente –posiblemente a causa de esos golpes–, heridas en el abdomen y rastros de asfixia (v. última audiencia del 09/04/21, min. 07:00 a 47:00). Por otra parte, la forma en que apareció el cuerpo de Montenegro permite dar cuenta de su traslado desde la casa de Farías Toledo hasta el lugar donde fue quemado.

Así, el efectivo del cuerpo de bomberos de la policía que declaró en el debate –Denis Scavione– explicó la primera inspección que se hizo del cuerpo hallado, que estaba envuelto en mantas como un «canelón», con señales de que se habían aplicado elementos para acelerar su combustión.

Su declaración sobre el modo en que fue hallado el cuerpo fue corroborada por Ana Laura Martínez, personal de Policía Científica (v. audiencia del día 09/04/21, desde las 10:41 hs., min. 01:27 a 22:00, y min. 22:30 a 01:11:00). Lo dicho hasta aquí permite sostener como plausible el veredicto de culpabilidad del jurado popular, y descartar la irrazonabilidad y arbitrariedad que le adjudicó la defensa.

De manera que, a diferencia de lo sostenido por la defensa, existen pruebas suficientes en la causa que sustentan el veredicto de culpabilidad del jurado. Ello en tanto da cuenta que los hechos ocurrieron en la casa de Ángel Rafael Farías Toledo, tal como lo consideró la acusación.

En definitiva, este Tribunal ha detallado el tipo de control que le compete realizar respecto de la valoración de la prueba realizada por el jurado popular; luego ha descartado el potencial crítico de las objeciones que ha formulado la defensa; y finalmente ha identificado las pruebas que permiten sostener como racional la explicación del caso brindada por la acusación y acogida por el jurado popular en autos.

c.- Consideraciones sobre las críticas a las instrucciones impartidas al jurado popular

En punto a las instrucciones impartidas al jurado, la defensa plantea críticas en dos órdenes.

Por una parte, cuestiona que el jurado haya aplicado adecuadamente ciertas instrucciones.

Por otra, critica algunas instrucciones concretas que, considera, no fueron correctamente elaboradas.

En el primer sentido, la defensa sostiene que: i) el jurado no meritó correctamente las contradicciones en la declaración de Escudero Mercado, quien sostuvo que no vio a la víctima fallecida, pero pudo reconocer al cuerpo carbonizado; también, que negó haber contado a nadie el hecho, a pesar de que Mariano Corzo dijo que ella le había informado que habían matado a Nelson Montenegro; y, ii) que producto de erróneas instrucciones sobre psicología del testimonio, la prueba fue erróneamente considerada.

Estas dos objeciones han sido tratadas en el apartado anterior, motivo por el cual corresponde remitir a las consideraciones allí realizadas.

En el segundo orden la defensa sostiene: i) que sobre la valoración de testimonios, no se explicó al jurado qué es una «inconsistencia», ni cuál es la parte principal y accesoria de una declaración; ii) que las instrucciones sobre principio de inocencia y estándar probatorio fueron insuficientes y contradictorias, en tanto se le dijo al jurado que ellos eran los «jueces de los hechos», pero también que para el veredicto de culpabilidad debían considerar acreditados los hechos «más allá de toda duda razonable»; iii) que los factores de evaluación de credibilidad de los testigos que se explicaron al jurado no fueron suficientes, particularmente porque la psicología del testimonio y la lógica cuentan con mayores desarrollos que los que se explicaron; iv) que no se identificó a la menor de edad A. F. como coautora en las instrucciones finales, por lo que el jurado equivocadamente la consideró una testigo del hecho; y, v) que no se explicó al jurado qué ocurre cuando no hay unanimidad, y esto lo pudo constreñir a alcanzar unanimidad.

Al respecto debe señalarse que ninguna de las críticas formuladas a las instrucciones finales puede tener acogida favorable. Esto por dos motivos, uno formal y otro sustancial. El motivo formal radica en que la defensa no se opuso a ninguna de las instrucciones que ahora cuestiona, sino que manifestó su conformidad con ellas al no plantear objeciones durante la audiencia en que las partes y la jueza discutieron su contenido –ver registro audiovisual del día 13/04/2021 a las 14:51, min. 55:00 y ss.–.

De la compulsión de la **audiencia de discusión de instrucciones finales** puede verse que cada instrucción fue meticulosamente leída a las partes, a quienes la jueza brindó la posibilidad de realizar aportes o solicitar modificaciones, sin que se objetara ninguna de las instrucciones transcritas –véase audiencia

del 13/04/2021 a las 14:51 hs., mins. 07:20 a 10:00, 10:57 a 14:00; 20:00 a 26:10 y 52:00 y ss.—. En particular, puede advertirse que la jueza específicamente aclaró que agregó entre paréntesis la explicación de la idea de «consistencia», luego explicó el valor que tenía para la deliberación del jurado el énfasis en las eventuales inconsistencias en las declaraciones, y finalmente reforzó esta idea; siempre sin oposiciones de las partes. A lo señalado, debe agregarse que todos los aportes que hicieron las partes —que versaron desde la forma de expresar las instrucciones, hasta la necesidad o no de incluir ciertos acentos ortográficos— fueron acogidas por la jueza y trasladadas a la versión final que fue leída al jurado. No se advierten vicios en el contenido de la cada instrucción objetada

La razón sustancial consiste en que no se advierten vicios en el contenido de cada instrucción objetada.

Veamos.

En relación con la primera crítica, la defensa cuestiona un punto que expresamente se explicó al jurado. Así, la instrucción final 7 titulada «Valoración de la Prueba» incluye un apartado, el 14, donde se explicó que «consistencia» significa que el testigo no tuviera contradicciones consigo mismo; y luego, en el apartado 18, se empleó esta idea para instruir al jurado sobre cómo evaluar la credibilidad de la parte principal del testimonio. Así surge claramente de estas instrucciones contextualizadas, que se transcriben a continuación: «7. Valoración de la Prueba. [...] Cuando ustedes estén en la sala de deliberaciones del jurado para analizar la prueba, consideren entre otras cosas las siguientes: [...] 14. ¿Fue consistente (no tuvo contradicciones consigo mismo) el testigo al declarar?. 15. Lo que el testigo dijo: ¿se contradice con lo afirmado por otro testigo? 16. Lo que el testigo dijo: ¿ha resultado o se contradice con otra prueba diferente (pericial, material, etc.)? 17. ¿Dijo el testigo o hizo algo diferente en una ocasión anterior (por ejemplo, cuando declaró durante la investigación o cuando redactó algunos de los informes por él llevados a cabo)? 18. ¿Una inconsistencia en el relato del testigo hace más o menos creíble la parte principal de su testimonio? 19. ¿Esta inconsistencia es sobre algo importante o sobre un detalle menor? ¿Es un error honesto? ¿Es una mentira? ¿Hay alguna explicación del por qué? ¿Tiene sentido dicha explicación?». Queda claro para quien recibe la instrucción que lo que se pretende es dar cuenta de la posibilidad de que ciertos detalles de la declaración hagan menos creíble el objeto principal de la declaración.

Lo mismo ocurre en cuanto al principio de inocencia y el estándar probatorio. Este tema fue objeto de numerosas instrucciones. Así, la instrucción inicial número 5.b definió la presunción de inocencia en estos términos: «Nuestra Constitución presume que todas las personas son inocentes hasta tanto la Fiscalía demuestre lo contrario. Es el Fiscal quien tiene la carga de probar la culpabilidad y de hacerlo más allá de toda duda razonable. Si no lo hace, ustedes deberán declarar “no culpable” a los acusados y/o a la acusada». Luego, la instrucción inicial 5.c explicó que la carga de la prueba corresponde a la acusación: «En ningún momento es deber del acusado probar su inocencia; esto es su no participación en el hecho o cualquier otra circunstancia que lo libere de responsabilidad penal. Que el acusado o la acusada no tengan que probar nada, no significa que no tengan derecho a hacerlo; es decir, a presentar prueba que los desincrimine o a prestar declaración en su descargo». En particular, sobre la duda razonable, la instrucción número 5.d previó que «El principio de duda razonable significa que, cuando exista duda razonable sobre la existencia del hecho o sobre la culpabilidad de la persona acusada, se la deberá declarar “no culpable”. La prueba debe ser suficiente y convincente para que quede derrotada la presunción de inocencia.

La carga que tiene quien acusa de probar más allá de toda duda razonable cada hecho afirmado exige no sólo que la hipótesis acusatoria se encuentre plenamente confirmada (lo que supone la existencia de elementos de prueba con aptitud para producir conocimiento racional y no sólo para estimular persuasiones o emociones), sino también que la o las hipótesis defensivas hayan sido rigurosamente

refutadas. No es necesario que la defensa confirme su hipótesis (como sí que lo haga el Ministerio Público Fiscal con la suya), ya que alcanza para que la hipótesis defensiva prevalezca sobre la del Ministerio Público Fiscal, que este no logre refutar o desmentir la o las hipótesis defensivas. Una duda razonable no es una duda inverosímil o imaginaria. No es una duda basada en lástima, piedad o prejuicio. Es una duda basada en la razón y en el sentido común.

Es la duda que surge de una serena e imparcial consideración de la prueba que se presentó en el juicio». Posteriormente, en las instrucciones finales se explicó, en lenguaje claro, que «[...] Si están convencidos de la culpabilidad de los acusados más allá de toda duda razonable, es el deber de ustedes emitir un veredicto de "culpabilidad".

Por el contrario, de existir duda razonable respecto a la culpabilidad; esto es, que ustedes entiendan que no se acreditó la hipótesis acusatoria y/o que no se refutó la de la defensa, deben emitir un veredicto de no culpabilidad». Por su parte, en la instrucción final número 4 se reforzó la idea del «Estado jurídico de inocencia», caracterizado del siguiente modo: «[...] Toda persona acusada de un delito goza de un estado jurídico de inocencia (el imputado o imputada son inocentes) hasta que los Fiscales o quienes la acusen prueben su culpabilidad más allá de toda duda razonable. La acusación por la cual Farías, Páez y Muñoz están siendo enjuiciados es sólo una acusación formal en su contra.

La acusación no constituye prueba y no es prueba de culpabilidad.

El principio de inocencia es una de las garantías fundamentales con que nuestra Constitución Nacional ampara a todos sus habitantes. Dicho principio protege a los acusados a lo largo de todo el proceso, incluida sus deliberaciones al final del juicio. Para poder derribar el estado jurídico de inocencia y entender responsables de los hechos a los acusados y a la acusada, los Fiscales tienen la carga de probar y de convencer a ustedes, más allá de toda duda razonable, de que los hechos que se les atribuyen a los acusados Ángel Rafael Farías, Camilo Páez Reynoso y Daiana Muñoz ocurrieron con la intervención de estos, así como el encuadre legal (delito) de estos hechos es la correcta». Luego, en cuanto a la duda razonable, esta instrucción señaló: «La frase "más allá de toda duda razonable" implica que quien juzga acerca de un hecho criminal tiene buenas razones o una buena razón para dudar acerca de la existencia del hecho o de la participación de los acusados o de alguno de ellos.

Cada vez que usen la expresión "duda razonable" en sus deliberaciones, deberán considerar las siguientes cuestiones. Una duda razonable no es una duda inverosímil, forzada, especulativa o imaginaria. No es una duda basada en la lástima, la piedad o el prejuicio.

Es una duda basada en la razón. Es la duda que surge de una serena, justa e imparcial consideración de toda la prueba admitida en el juicio. Es la duda que de manera lógica puede surgir de la debilidad de las pruebas, de la contradicción entre ellas o por falta de pruebas que apoyen las afirmaciones acusatorias». «No es suficiente con que ustedes crean que Ángel Rafael Farías, Camilo Páez Reynoso y Daiana Muñoz son probable, altamente probable o posiblemente culpables. En esas circunstancias, ustedes deben declarar a ellos o a alguno o alguna de ellos como no culpables, ya que los Fiscales no los han convencido a ustedes acerca de la culpabilidad más allá de la duda razonable.

La carga que tiene quien acusa de probar más allá de toda duda razonable cada hecho afirmado exige no sólo que la hipótesis acusatoria se encuentre plenamente confirmada (lo que supone la existencia de elementos de prueba con aptitud para producir conocimiento racional y no sólo para estimular persuasiones o emociones), sino también que la o las hipótesis defensivas hayan sido rigurosamente desmentidas. No es necesario que la defensa confirme su hipótesis (como sí que lo haga el Ministerio

Público Fiscal con la suya), ya que alcanza para que la hipótesis defensiva prevalezca sobre la del Ministerio Público Fiscal, que este no logre refutar o desmentir con su prueba la o las hipótesis defensivas.

Deben también recordar, sin embargo, que la exigencia de probar más allá de toda duda razonable no demanda que se demuestre como se hace en matemática u otra ciencia exacta.

Si al finalizar el análisis del caso y después de haber valorado toda la prueba rendida en el juicio, ustedes están seguros de que los delitos imputados fueron probados y que cada acusado y la acusada los cometió, deberán emitir un veredicto de culpabilidad, ya que ustedes habrán sido convencidos de la culpabilidad de los acusados y de la acusada por estos delitos más allá de toda duda razonable. Es posible también que se convenzan de que sólo uno de ellos o dos de ellos han cometido el hecho y que el restante o los restantes no lo han hecho.

Si al finalizar el análisis del caso y basándose en toda la prueba o en la inexistencia de prueba en apoyo de la acusación, ustedes no están seguros de que el delito imputado haya ocurrido como lo sostiene el Fiscal o de que Ángel Farías, Camilo Páez Reynoso y/o Daiana Muñoz fueron quienes lo cometió, ustedes deberán declarar no culpables de dicho delito a los acusados y a la acusada, o a alguno de ellos ya que la acusación fracasó al intentar convencerlos más allá de toda duda razonable, de la participación de estos». También la instrucción final número 10, relativa a la prueba presentada por la defensa, reafirmó esta idea al afirmar que: «[...] Aun cuando no creyeran en la prueba a favor del acusado, si la prueba presentada en el juicio por la Fiscalía los deja con una duda razonable sobre su culpabilidad, o sobre algún elemento esencial del delito imputado, ustedes deben declarar no culpables de tal delito a los acusados.

Aun cuando la prueba presentada por la Defensa a favor de los acusados y de la acusada no fuera suficiente para dejarlos a ustedes con una duda razonable, sólo podrán declarar culpables a Farías, Páez y Muñoz si el resto de la evidencia presentada durante el juicio por los fiscales acredita la participación de estos más allá de toda duda razonable».

No se advierte de qué manera estas claras instrucciones podrían haber confundido al jurado al complementarse con las instrucciones que los señalaban como «jueces de los hechos», como pretende la defensa.

Las instrucciones, tanto iniciales como finales, fueron claras en emplear la expresión «jueces de los hechos» para explicar a la diferente función que cumple en este procedimiento el juez profesional o técnico y el jurado popular. Así, en la instrucción preliminar número 1 se estableció que: «[...] En todo juicio criminal en el que interviene un Jurado Popular como en este caso, intervienen DOS TIPOS DE JUECES. Yo soy la jueza del Derecho y es mi responsabilidad aplicar las leyes que gobiernan este caso y explicarles a ustedes esas leyes. Además, debo conducir las audiencias de manera tal que todo transcurra sin inconvenientes y como lo dispone la Ley. Ustedes, el Jurado Popular, son los Jueces de los hechos y esto significa que tienen la responsabilidad de decidir en base a la prueba que se les presente, si los hechos atribuidos han sido probados, en todo en parte o en nada y sí también lo ha sido la intervención en ellos de cada imputado y de la imputada.

Como Jueces de los hechos, son ustedes quienes tienen la exclusiva responsabilidad de decidir acerca del valor de las pruebas que presentan las partes. Son ustedes los únicos que deben determinar si cada acusado y la acusada son culpables o no culpables del delito que se les atribuye.

Este es uno de los principios fundamentales de nuestro sistema de justicia.

Así, las tareas del Jurado y las tareas del juez, en este caso jueza técnica, están bien diferenciadas y no se superponen [...]». También en la instrucción final b.1 se señaló que: «[...] Como jueces de los hechos, su primer y principal deber es decidir cuáles son los hechos de este caso que han sido probados más allá de

toda duda razonable. Ustedes tomarán esta decisión teniendo en cuenta toda la prueba presentada durante el transcurso del juicio.

No habrá ninguna otra evidencia que pueda considerarse para tomar la decisión. Solo considerarán la prueba del juicio. Ustedes están facultados a sacar conclusiones derivadas del análisis de la prueba, valorada conforme a las reglas de la lógica y de la experiencia común. No deberán suponer o elaborar teorías sin que exista prueba para sustentarlas. Decidir los hechos es su exclusiva tarea, no la mía. La ley no me permite comentar o expresar mi opinión con respecto a cuestiones de hecho o de prueba. Yo no puedo participar de modo alguno en esa decisión [...]».

Lo expuesto permite advertir que el jurado recibió claras instrucciones respecto del principio de inocencia que informa a todo nuestro sistema de responsabilización penal, también se le permitió conocer con detalle las exigencias de prueba que son necesarias para dictar un veredicto condenatorio y, asimismo, se le instruyó sobre la diferente función que cumplen el juez y el jurado en este procedimiento. De tal manera, no hay instrucciones contradictorias tal como afirma la defensa. En otro orden, tampoco resulta procedente la crítica sobre los factores de evaluación de credibilidad de los testigos que se explicaron al jurado.

Al igual que en relación con las anteriores, la defensa no objetó ninguna de las instrucciones sobre psicología del testimonio o sobre la lógica implicada en la sana crítica racional –véase audiencia referida, min. 52:00 a 01:07:00–.

Tampoco la defensa ha demostrado en su impugnación qué aspectos no habrían sido suficientemente informados, ni cómo podrían haber hecho variar la valoración de los testimonios y pruebas restantes producidas.

De manera tal que este agravio también será rechazado en esta instancia. En cuanto a la falta de identificación de la menor de edad A. F. como posible interviniente en el hecho, la objeción no puede ser acogida. Por una parte, porque esta eventual indicación no fue solicitada por la defensa.

Por otra, porque la menor de edad en cuestión no fue citada a declarar como testigo, sino que se reprodujeron audios provenientes de una pericia informática que la involucraban. En otras palabras, sus dichos no consistieron en una declaración testimonial –como pretende ahora la defensa para sostener su reclamo– sino que fueron un objeto integrante de otra prueba, correctamente producida en el debate. Por último, tampoco puede ser acogida la crítica que sostiene que no se instruyó al jurado popular sobre las consecuencias de la falta de unanimidad.

Esto por cuanto existieron dos instrucciones finales al jurado al respecto que, por cierto, no fueron objetadas por la defensa en la audiencia donde se determinó su contenido (ver audiencia, 02:26:20 a 02:29:20). La primera instrucción al respecto explicó adecuadamente la necesidad de alcanzar unanimidad: «15. Requisitos Del Veredicto: Unanimidad.

El veredicto que emitan sea de no culpable o de culpable, debe ser unánime.

Es decir, TODOS ustedes deberán estar de acuerdo con el mismo veredicto. Cada uno de ustedes debe decidir el caso por sí mismo, pero sólo deberían hacerlo después de haber considerado toda la prueba, de haberla discutido plenamente con los demás jurados y de haber escuchado los puntos de vista de sus compañeros o compañeras del Jurado. No tengan miedo de cambiar de opinión si la discusión los convence de que deben hacerlo. Pero no lleguen a una decisión simplemente porque otros jurados piensen que ella está bien.

Es muy importante que ustedes intenten llegar a un veredicto unánime, pero, por supuesto, este será posible sólo si todos y cada uno de ustedes han tomado su propia decisión de manera consciente, libre y

meticulosa. No cambien una honesta convicción sobre el peso de la prueba simplemente por cansancio, apuro o para llegar a un veredicto» (el destacado es original).

La segunda instrucción al respecto versó, precisamente, sobre la falta de unanimidad: «16. ¿Qué hacer si no se alcanza la unanimidad? De no poder llegar a un veredicto unánime tras haber agotado sus deliberaciones, el presidente o la presidente del Jurado me lo informará por escrito a través del oficial de custodia. Simplemente pondrá por escrito lo siguiente: “Sra. Jueza, el jurado no llegó a la unanimidad por el hecho seguido contra los acusados, o contra el acusado o la acusada.....” [sic]. Recuerden como muy importante: jamás le digan a nadie en las notas que ustedes manden, incluyéndome a mí, cómo están las posturas en el jurado, de una u otra forma. Limitense a consignar simplemente que no han alcanzado la unanimidad. Yo discutiré con las partes el curso a seguir y luego serán conducidos a la sala de audiencia para que yo los instruya cómo continuaremos» (el destacado es original).

De la lectura de estas instrucciones **no se advierte que el jurado popular se haya podido ver constreñido a rendir un veredicto de culpabilidad**. Sobre las diferentes alternativas procesales que prevé el art. 34 la ley 9.106 para el caso de estancamiento del jurado, debe decirse que ellas no resultan fundamentales o decisivas para su labor, por lo que el cuestionamiento de la defensa en este aspecto tampoco puede ser de recibo en esta instancia. A ello se agrega que, de entenderlo de manera contraria la defensa, debió solicitarlo en la audiencia correspondiente.

En definitiva, Tribunal no encuentra errores o vicios en las instrucciones transcriptas, ni advierte que la falta de inclusión de las reglas que reclama en esta instancia la defensa haya podido afectar la deliberación de manera negativa para los acusados.

d.- Consideraciones en relación al planteo de inconstitucionalidad de la pena impuesta

La defensa de Ángel Rafael Farías Toledo consideró inconstitucional la pena de prisión perpetua por cuanto implica la «muerte civil», no permite la libertad condicional y es cruel, inhumana y degradante.

En este punto, el planteo de la defensa omite tomar en consideración que esta Suprema Corte de Justicia se pronunció en acuerdo plenario sobre el asunto en fecha 30 de diciembre de 2020, en los autos caratulados «**Incidente en autos Fc/ Ibáñez Benavidez Yamila M. y Ortiz Rosales Maximiliano E. P/ Homicidios Calificados (159312) P/ Plenario**».

En aquella oportunidad, todos los argumentos que expresa la defensa fueron tratados y este Tribunal resolvió que la pena de prisión perpetua prevista en el Código Penal argentino es constitucional, por fundamentos y en votos a los que corresponde hacer remisión.

Por tales motivos, y en tanto los argumentos allí tratados no han sido rebatidos por el recurrente, corresponde rechazar el planteo de inconstitucionalidad ahora efectuado. ASÍ VOTAMOS.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL TRIBUNAL EN PLENO SOSTUVO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTAMOS.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL TRIBUNAL EN PLENO SOSTUVO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a las vencidas y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTAMOS.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar los recursos de casación interpuestos por las defensas de Ángel Rafael Farías Toledo, Camilo Páez Reynoso y Daiana Gabriela Muñoz Núñez en autos.
- 2.- Imponer las costas a las vencidas y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. DALMIRO F. GARAY CUELI Ministro DR. JULIO R. GOMEZ Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro DRA. M. TERESA DAY Ministra

8- DI CESARE MELLI. 28-04-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
VG	-	M	-	PPP	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=814>

Lex: Art. 80 inc. 11 del CP. **Ley N° 26.791**

Vox: VG. Homicidio agravado. Ciclo de violencia. Femicidio. Construcción de roles. Diferencia con el odio de género. **Casación Horizontal.** Reedición de planteos.

Summa:

La **SCJM** condenó al nombrado a la pena la **pena de prisión perpetua** como autor penalmente responsable del delito de homicidio calificado por haber mediado violencia de género (art. 80, inc. 11 del CP)

La **defensa** de A. S. D. C. M. interpone recurso de casación contra la sentencia mencionada. Señala los siguientes cuestionamientos: 1) vulneración del derecho de defensa y debido proceso; 2) defectos en la motivación; 3) indebida interpretación del art. 80, inc. 11 del CP; y, 4) falta de acreditación de la plataforma fáctica en que se basó el tipo penal endilgado.

El **Procurador General** estima que resulta formalmente improcedente, en tanto la decisión recurrida no se encuentra entre aquéllas que habiliten la interposición del recurso aludido, de acuerdo al principio de taxatividad legal.

La representante de la querellante particular solicitó que el recurso de casación deducido por la defensa fuese rechazado.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1467, pronunciada por el TPC N° 2-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- **Tizza.** 08-01-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=449>
- **«Minati Krier»** 08-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=172>
- **Arzuza.** 24-06-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=540>

b-CNCCC. Sala II.

«Mangeri». En este sometimiento y cosificación de la víctima reside una de las claves para interpretar la violencia de género y el femicidio», tal como señaló la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala II.

Doctrina citada.

DI CORLETO, Julieta, «Igualdad y diferencia en la valoración de la prueba: estándares probatorios en casos de violencia de género», en DI CORLETO, Julieta, Género y justicia penal, 1ª. Ed., Buenos Aires, Ediciones Didot, 2017.

BUOMPADRE, J., Los delitos de género en la proyectada reforma penal argentina, elDial.com – DC19A7.

AROCENA, G. y CESANO, J., El delito de femicidio. Aspectos político-criminales y análisis-dogmático-jurídico, Ed. B de F, Buenos Aires- Montevideo, 2013, p. 89

SCJM. Dres.: **Day.** Llorente. Garay.

Fallo

CUIJ: 13-05722642-5/1((018602-97026) FC/ DI CESARE MELLI, ANDRES SALVADOR P/ HOMICIDIO AGRAVADO (97026) (97026/16) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN HORIZONTAL*105907655*

En Mendoza, a los veintiocho días del mes de abril del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05722642-5 caratulada “F. C/ D. C. M., A. S. P/ HOMICIDIO ... S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DRA. MARÍA TERESA DAY; segundo, DR. PEDRO J. LLORENTE; y tercero, DR. DALMIRO F. GARAY CUELI.

La defensa de A. S. D. C. M. interpone recurso de casación contra la sentencia mediante la que se lo condenó a la pena de prisión perpetua como autor penalmente responsable del delito de homicidio calificado por haber mediado violencia de género (art. 80, inc. 11 del CP) por los hechos que se le atribuyen en autos N° P-97.026/16; pronunciamiento dictado por esta Suprema Corte de Justicia en autos N° 13-04879157-8/1.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERO: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, LA DRA. MARÍA TERESA DAY, DIJO:

1.- La sentencia recurrida

Esta Sala Segunda, con una integración distinta a la que aquí se pronuncia, resolvió del modo precedentemente señalado, por considerar acreditado que J. G. perdió la vida de forma violenta entre las diecinueve horas del día 21 de septiembre de 2016 y las primeras horas del día 22 de septiembre de ese mismo año, a manos de A. D. C. M..

Asimismo, en la resolución impugnada se entendió que los hechos descriptos configuran el delito de homicidio calificado por haber mediado violencia de género (art. 80, inc. 11 del CP), con base en la brutalidad de la violencia que desplegó el acusado respecto de la víctima de autos –estrangulamiento; golpes reiterados en la cabeza de la víctima valiéndose de piedras, que provocaron una profusa emanación de sangre; y el desprecio que se dispensó por sus restos mortales–.

En ese marco, se consideró que la muerte de J. G. refleja un acto de absoluta negación de su dignidad humana y, especialmente, de su condición de mujer; y que, en virtud de la contundencia del material probatorio incorporado, no existe margen para dudar que el resultado mortal, provocado por el obrar del acusado, ocurrió en una situación de vulnerabilidad de la víctima, derivada de una relación desigual de poder.

En razón del acuerdo alcanzado por la Sala Segunda en la resolución que aquí se impugna, se impuso a A. D. C. M. la pena de prisión perpetua, en tanto el delito por el que se condenó al acusado se encuentra reprimido con una pena que resulta indivisible y por razones de celeridad y economía procesal.

2.- El recurso de casación de la defensa de A. S. D. C. M.

La defensa del acusado deduce recurso de casación, que denomina «horizontal», por entender que esta Sala Segunda impuso y habilitó esa vía recursiva en la «segunda cuestión» de la resolución impugnada.

Funda su petición en lo dispuesto por el art. 475, incisos 1 y 2 del CPP, por considerar que existen vicios in iudicando y vicios in procedendo en la resolución que cuestiona.

1) En relación a los vicios formales, en primer lugar, alega la violación de las garantías constitucionales del imputado a ser oído y a la última palabra, como también la garantía del debido proceso legal, el derecho de defensa material, el derecho del imputado a estar presente en la audiencia y a no ser condenado en ausencia.

Ello, en razón de que este Tribunal hizo lugar parcialmente al recurso deducido por el Ministerio Público Fiscal, dictó sentencia condenatoria e impuso la pena de prisión perpetua a su defendido, sin remitir las actuaciones al tribunal de origen para que en audiencia pública y en presencia del acusado, se impusiera la pena.

Agrega que, en oportunidad de realizarse la audiencia ante esta Suprema Corte de Justicia para informar oralmente los recursos de los acusadores público y privado, y el de la defensa de D. C. M., éste no estuvo presente porque no fue citado ni notificado. En virtud de ello, considera que no se le concedió a su defendido el derecho a ser oído antes de la sentencia condenatoria por medio de la cual se le impuso una pena más grave.

Señala que la decisión cuestionada fue adoptada por la mayoría de los ministros que intervinieron en el conocimiento de la causa, pero que el error técnico fue puesto en evidencia por el voto minoritario del doctor Valerio. En tal sentido, los recurrentes transcriben las partes pertinentes de esas últimas consideraciones, en cuanto se sostuvo que la resolución adoptada por este Tribunal implica la imposición al acusado de una pena más grave que la determinada por el tribunal de juicio y que la buena práctica de un sistema acusatorio adversarial hace conveniente remitir la causa al tribunal de origen para que, en audiencia pública y previo a escuchar al imputado, se le imponga pena.

Al respecto, los impugnantes agregan que el derecho a ser escuchado implica hallarse personalmente en el proceso y defenderse

personalmente (conforme prevé el art. 14.3.d del PIDCyP) y conlleva la prohibición de ser condenado en ausencia.

Señalan que en el voto del doctor Palermo se ha priorizado la celeridad y economía procesal por sobre los derechos y garantías fundamentales de D. C. M., llegando al absurdo de haberlo condenado a la pena más gravosa sin siquiera haber tenido contacto visual con el acusado.

Expresan también que el derecho a ser oído se encuentra previsto en los arts. 273 y 405 del CPP, en los que existe un reconocimiento expreso de que el acusado tiene derecho a la última palabra, lo que es inherente a su defensa material.

En función de ello, consideran que la sentencia impugnada debe ser declarada nula por aplicación de lo dispuesto por el art. 198, inc. 3 del CPP.

2) En segundo lugar, la defensa de D. C. M. se agravia por entender que la sentencia contiene una motivación aparente, parcial, ilógica y arbitraria en cuanto a la determinación de la autoría.

a) En tal sentido, refiere que aun cuando el tribunal entendió que los testigos T. F. y J. C.s Ch. incurrieron en simples imprecisiones, no hubo a lo largo de este proceso testimonios más precisos y contundentes.

Afirma que –según las declaraciones de estos testigos– el día 21 de septiembre de 2016 a las 19:30 horas aproximadamente, D. C. M. dejó a J. G. a dos cuadras de su casa, mientras que a las 20:00 hs del mismo día, ella ingresó al automóvil de otra persona mayor, canosa, de unos cincuenta años; por lo que queda claro que no era A. D. C. M. el conductor del vehículo en el que se subió la víctima, momentos previos al

hecho, así como también que el acusado ya se encontraba en su casa, conforme declararon otras personas (sin aclarar quiénes) y surge de los informes técnicos de las antenas de celular agregados a fs. 198/219.

b) Cuestiona también la fecha de muerte de J. G.. Al respecto, considera que este Tribunal pretendió valorar, en forma conjunta y coincidente, informes y labores periciales que han arrojado resultados absolutamente diferentes, puesto que los Dres. Nanfaro y Sotelo Lago concluyeron –a diferencia de la médica forense, Dra. Marcela Godoy, que llevó a cabo la necropsia– que la fecha de muerte es de dos días antes del hallazgo del cuerpo –que fue encontrado el 27 de septiembre de 2016–, por lo que el deceso se habría producido el 25 de septiembre de ese año y no el 21 de septiembre como se sostuvo en la sentencia recurrida.

En ese orden, sostiene además que el Tribunal ha efectuado una interpretación errónea en relación con las afirmaciones vertidas por el perito de parte, Dr. Nanfaro, en cuanto al valor que ese profesional habría dado a la entomología llevada a cabo en autos.

Así, entiende que, contrariamente a lo afirmado en la sentencia recurrida, el perito de parte, Dr. Nanfaro, consideró que la entomología recobra fuerza y valor cuando ya ha pasado bastante tiempo del deceso y el tiempo de comienzo de putrefacción del cuerpo lleva un tiempo prolongado; lo que en el caso no ha ocurrido, puesto que de la necropsia realizada por la médica del Cuerpo Médico Forense, Dra. Marcela Godoy, surge que los signos de putrefacción en el cuerpo de J. G. eran incipientes, por lo que la fecha del deceso debe situarse en el día 25 de septiembre de 2016, y ello torna imposible que D. C. M. haya sido el autor.

c) Asimismo, considera que este Tribunal ha modificado la plataforma fáctica endilgada a su defendido al concluir que J. G. «perdió la vida de forma violenta entre las diecinueve horas del día 21 de setiembre de 2016 y las primeras horas del día 22 de setiembre a manos de A. D. C.», cuando el acusado se defendió específicamente del hecho en concreto que el atribuyó la acusación, esto es, haber terminado con la vida de J. G. el 21 de septiembre de 2016.

3) En lo que concierne a los vicios in iudicando, los recurrentes sostienen que el fallo cuestionado propone en relación con el art. 80, inc. 11 del CP una interpretación amplia, irracional, indeterminada y contraria a los principios pro homine y de máxima taxatividad, derivados del principio de legalidad, lo que resulta inadmisibles.

Entienden que la fórmula legislativa prevista en el art. 80, inc. 11

del CP es nebulosa, pues emplea términos imprecisos, indeterminados, vagos y equívocos, en definitiva, un tipo penal abierto cuyo alcance es confuso y tiene problemas de legitimidad constitucional desde el principio de legalidad. En función de ello, consideran que la única solución posible para evitar una infracción a ese principio es acudir a una interpretación restrictiva y segura de la norma a la luz del principio pro homine, que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal, lo que no se advierte en el criterio adoptado por la Sala Segunda de esta Corte.

Agregan que la expresión «mediando violencia de género» debe ser interpretada con suma prudencia, de forma restrictiva y necesariamente desde el punto de vista de la dogmática jurídico-penal y los parámetros normativos que brinda el ordenamiento jurídico.

Y que, en ese sentido, la solución debe hallarse necesariamente en el art. 4 de la Ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y, en concreto, en el componente esencial para determinar el significado y alcance normativo-legal de la expresión «violencia

contra la mujer», este es: la relación desigual de poder, el que se encuentra definido en el Decreto 1011/2010.

Consideran que lo determinante para verificar si procede o no la agravante consiste en comprobar el contexto de violencia de género o la relación desigual de poder; y que el vocablo «mediar» denota un proceso, un marco, un contexto de violencia y/o vulneración, el que, bajo ningún punto de vista, puede ser entendido como un único acto y, menos aún, el propio «acto homicida», como lo ha hecho este Tribunal en la sentencia impugnada.

Señalan que esa postura encuentra sustento explícito en el último párrafo del art. 80 del CP referido a las circunstancias extraordinarias de atenuación, vedando la posibilidad de aplicar la atenuante cuando se produce un homicidio y ha mediado un contexto de violencia de género, lo que exige actos de violencia previos al homicidio y de forma independiente de la propia acción de matar. Así, entienden que esa es la ratio legis de aquella norma.

Ponen de resalto que algunos autores, como **Jorge Buompadre**, han entendido que, al expresar la ley «actos de violencia» en plural, es indicativo que deben concurrir al menos tres para descartar la atenuante; es decir, dos actos anteriores como mínimo y el actual de haber causado la muerte en términos del art. 80, inc. 1 del CP.

Cuestionan que la Sala Segunda en el fallo cuestionado mencione como elemento del tipo el contexto de violencia de género, así como lo hizo en otros precedentes, refiriéndose al «**ciclo de violencia**», «antecedentes de violencia previos» (precedente «Minati Krier»), pero que en el presente caso no exija la presencia de aquellos elementos o de aquel contexto específico para la procedencia de la agravante.

Y sostienen que el doctor Adaro, al cambiar la posición asumida en aquel precedente, muestra una verdadera contradicción y falta de coherencia.

Asimismo, consideran que la Sala Segunda ha propuesto, de forma injustificada e ilegítima, una interpretación sumamente amplia sobre el alcance de la agravante, al entender que la misma cobra fuerza aun cuando el homicidio se produce de manera «aislada», es decir, en los que no ha existido un contexto de violencia de género, ciclo de violencia o de antecedentes de algún tipo de violencia -previa al homicidio- del varón hacia la mujer que demuestren o expresen una verdadera relación desigual de poder.

Citan doctrina y jurisprudencia en respaldo de su posición.

A criterio de los impugnantes, la Sala Segunda de este Tribunal asumió expresamente en la sentencia que el homicidio de G. no estuvo precedido por ningún tipo de violencia (física, psicológica, económica, etc.) contra ella por parte del imputado, por lo que entiende que se llevó a cabo una interpretación del tipo penal forzada, amplia y en contra del acusado.

Según sostienen, ese criterio interpretativo lleva a presumir de forma abstracta que todo homicidio perpetrado por un hombre supone por sí mismo violencia de género y, en consecuencia, la aplicación automática de la agravante.

Señalan que, en algunos pasajes de la sentencia, se ha acudido –para establecer el significado y alcance del elemento objetivo del tipo– a definiciones o fundamentos provenientes de la sociología y de la antropología que nada tienen que ver con la acepción estrictamente normativa o jurídica que debe imperar.

Por otro lado, expresan que el Tribunal no ha hecho ninguna referencia sobre los problemas que la apertura del tipo penal puede ocasionar desde la perspectiva de los principios y garantías constitucionales (principio de legalidad/ interpretación estricta/ máxima taxatividad) y que ha omitido considerar otros

instrumentos internacionales que gozan de la misma jerarquía que la Convención de Belém Do Pará y contemplan expresamente límites al poder punitivo estatal.

Advierten que en la sentencia impugnada se ha aplicado la legalidad estricta al analizar el art. 80, inc. 1 del CP, pero luego se omite aplicar ese principio al analizar el significado y alcance de la fórmula contenida en el art. 80, inc. 11 del CP.

4) Desde otro aspecto, los recurrentes consideran que, al partir de una interpretación errada de los elementos que integran el tipo objetivo atribuido, los integrantes de la Sala Segunda echaron mano a un escenario fáctico que no cuenta con sustento probatorio en el expediente. Concretamente, sostienen que es sólo conjetural que el acusado haya matado a la víctima con motivo de su supuesto embarazo.

Expresan que los juzgadores han basado la existencia de un vínculo asimétrico de poder –que justifica la aplicación del art. 80, inc. 11 del CP– en dos circunstancias: a) la extrema violencia desplegada por el imputado al ejecutar el homicidio, y b) el supuesto embarazo de la víctima.

En relación con la primera razón, los impugnantes sostienen que el Tribunal ha confundido «la acción violenta de matar» o «la violencia ejercida para ocasionar la muerte dolosa de una persona» (art. 79 del CP) con **el elemento normativo** exigido por el tipo penal del art. 80, inc. 11 del CP: «violencia de género».

Expresan que la circunstancia invocada por el Tribunal ya se encuentra contemplada como elemento constitutivo de la figura básica de homicidio, por lo que no puede ser considerada para aplicar el tipo calificado, pues integra el **disvalor del injusto** que se reprocha en el art. 79 del CP (principio de prohibición de doble valoración).

Consideran que es un desacierto dogmático entender –como se ha sostenido en la sentencia impugnada– que la extrema violencia desplegada por el acusado al ejecutar el homicidio pueda dar lugar a sostener que ello implica, por sí, una relación asimétrica de poder –violencia de género–, pues, con ese criterio prácticamente todo homicidio de un hombre contra una mujer debería ser catalogado como violencia de género (art. 80, inc. 11 del CP), ya que todo homicidio supone per se un acto de violencia extrema contra una persona.

Asimismo, señalan que el nivel de violencia ejercida para matar no puede ser considerada como criterio delimitador o diferenciador de los tipos penales que aquí se analizan, sino que se trata de una circunstancia relativa al hecho que podrá ser analizada y valorada por el juez al momento de la individualización de la pena, pero siempre dentro de la escala del homicidio simple.

En lo que concierne a la existencia de un embarazo, los recurrentes consideran que se trata de un extremo fáctico que no fue probado y que, por lo tanto, no podía ser valorado en contra del acusado.

Conforme sostienen los letrados defensores, de los hechos probados no se desprende que D. C. M. haya matado a J. G. porque estaba embarazada; sino que, por el contrario, surge que no era la intención de D. C. M. interrumpir el embarazo, es decir, quería tener el bebé que supuestamente venía en camino.

Por su parte, tampoco se deriva que el acusado estuviera enojado con J. G. por su embarazo y fuera a tomar represalias contra ella, de acuerdo a los mensajes de WhatsApp obrantes a fs. 455. Agregan que la Sala Segunda de este Tribunal omitió completamente valorar esta prueba, y tampoco dio razones que las cuales el razonamiento del tribunal de juicio –que sí las valoró– fue errado, lo que torna arbitraria la resolución de este Cuerpo.

Asimismo, consideran que no existe una sola prueba que acredite que el acusado mató a la víctima por su condición de mujer, tan sólo afirmaciones abstractas, genéricas y vacías de contenido. En ese orden, sostienen que, incluso, este Tribunal ha reconocido la ausencia del ciclo de violencia o de violencias previas de D. C. M. hacia J. G..

Expresan que, aún cuando en la sentencia se invoque la perspectiva de género, ella no ha sido aplicada de modo adecuado, puesto que jamás puede habilitar la aplicación desmedida e ilegítima del poder punitivo estatal, mediante la utilización arbitraria de presunciones o meras conjeturas. En ese orden, destacan que la perspectiva de género jamás puede suponer la existencia y aplicación de un «estándar probatorio paralelo», caracterizado por la flexibilización de los criterios de valoración de la prueba y la disminución de exigencias legales para el dictado de una sentencia condenatoria donde el acusado es un hombre y la víctima es una mujer.

Cuestionan las posturas disímiles del ministro preopinante, doctor Palermo, al contrastar su voto en la presente causa y los argumentos vertidos en la causa «Tizza», cuya sentencia fue leída el mismo día que la que aquí se impugna.

En tal sentido, sostienen que, al confrontarse los dos votos, la perspectiva de género según el ministro cuestionado operaría de la siguiente manera: si la imputada es mujer y la víctima un varón, rigen al máximo las garantías esenciales de la acusada y el respeto irrestricto del debido proceso legal; por el contrario, si el imputado es un varón y la víctima es una mujer las garantías constitucionales, las reglas procesales y los criterios de imputación son suprimidos y, además, se aplica un mecanismo de valoración probatorio diferente, disminuyéndolo.

Desde otro aspecto, expresan que la afirmación referida al principio de igualdad en la valoración de la prueba y a que **no pueden existir diferentes estándares o criterios de valoración de la prueba** dependiendo de quién sea la persona acusada, no es más que una utopía.

Entienden que aplicar, sin más, la agravante bajo la simple comprobación de que el sujeto activo es hombre y el sujeto pasivo es una mujer y suponer que ello ya entraña per se una relación desigual de poder por la extrema violencia desplegada por el imputado al ejecutar el homicidio, no sólo constituye un criterio dogmático absurdo (según su opinión), sino que vulneraría el principio de igualdad ante la ley, pues la vida de la mujer tendría más valor que la del hombre.

Concluyen sosteniendo que los tipos penales abiertos, como el analizado, ponen a los jueces en la tarea de descifrar términos ambiguos y vagos que los llevan a decidir entre la incertidumbre y las demandas punitivas de los medios de comunicación y de determinados grupos sociales. Afirman que en el presente caso el resultado lo está pagando el acusado.

En función de lo expuesto, solicitan se haga lugar al recurso de casación deducido.

Formulan reserva del caso federal.

Celebrada la audiencia de informe oral solicitada por los impugnantes, éstos reiteraron los agravios casatorios desarrollados en su presentación escrita.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador General expresa que el recurso de casación resulta formalmente improcedente, en tanto la decisión recurrida no se encuentra entre aquéllas que habiliten la interposición del recurso aludido, de acuerdo al **principio de taxatividad legal**.

De igual modo, sostiene que la interposición por parte del órgano acusador de un recurso contra las sentencias condenatorias de los tribunales de juicio no viola garantía constitucional alguna por estar expresamente previsto en la ley, específicamente en el art. 476 del CPP. En virtud de ello, considera que no existe ninguna razón para habilitar la intervención de este Tribunal.

En oportunidad de celebrarse la audiencia para informar in voce, el señor Procurador Subrogante sostuvo que los recurrentes reeditan agravios y que el «doble conforme» habilitado por esta Suprema Corte de

Justicia en su pronunciamiento anterior sólo se refiere a la imposición de pena y que los otros cuestionamientos se encuentran firmes.

En relación con la sanción impuesta sin la presencia del acusado, consideró que el derecho de defensa material en la instancia casatoria había precluído y que, de ninguna manera, se llevó a cabo un juicio en ausencia porque durante el desarrollo del debate, D. C. efectivamente estuvo presente.

En virtud de ello, entendió que el recurso de casación bajo análisis debe ser rechazado.

4.- La intervención de la querellante particular en esta instancia

En oportunidad de contestar la vista conferida, la representante de la querellante particular solicitó que el recurso de casación deducido por la defensa fuese rechazado.

Ello, por considerar que la sentencia impugnada carece de defectos, que no se ha vulnerado ningún derecho del acusado y los aspectos formales cuestionados por la defensa sólo constituyen reiteraciones de cuestiones analizadas durante el juicio y la primera impugnación, lo que implica un desgaste jurisdiccional innecesario y la revictimización de la familia de J. G..

5.- La solución del caso

Voto Dra. Day. Preopinante.

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se desarrollan, estimo que corresponde rechazar sustancialmente el recurso de casación deducido por la defensa de A. S. D. C. M..

De manera preliminar, debe señalarse que los motivos de agravio que sustentan la pretensión recursiva se circunscriben a cuestionar la solución que adoptó el Tribunal que intervino en el tratamiento del primer recurso casatorio en relación con la responsabilidad que le corresponde al acusado respecto de los hechos investigados en autos N° P-97.026/16.

Ello, en tanto esta Sala Segunda, con diferente integración, casó la sentencia del tribunal de juicio, modificó la calificación legal de los hechos que se le atribuyen a D. C. M. –de homicidio simple a homicidio calificado por haber mediado violencia de género– y, como consecuencia de ello, le impuso la pena de prisión perpetua.

Sin perjuicio de la técnica recursiva empleada, debe señalarse que los agravios se refieren a los vicios formales y sustantivos que la defensa advierte en la sentencia recurrida.

Así, en su recurso, señala los siguientes cuestionamientos: 1) vulneración del derecho de defensa y debido proceso; 2) defectos en la motivación; 3) indebida interpretación del art. 80, inc. 11 del CP; y, 4) falta de acreditación de la plataforma fáctica en que se basó el tipo penal endilgado.

En consecuencia, ese será el orden en que se abordará el planteo recursivo. Veamos.

1) Acerca de la pretendida inobservancia del debido proceso y el derecho de defensa

a) En relación con este punto de agravio, los recurrentes ponen de resalto que el acusado no estuvo presente en la audiencia para informar oralmente y que, en virtud de ello, se lo privó del derecho a ser oído antes de una sentencia condenatoria más grave; lo que, a su entender, habría afectado el derecho de defensa y el debido proceso. Considero que no asiste razón al planteo.

En efecto, el art. 483 del CPP, que regula el procedimiento que debe observarse ante la eventual solicitud de informe oral con la interposición de un recurso de casación, no exige la presencia del acusado recurrente en la audiencia realizada a tal fin. En este orden, la norma aludida dispone que «[cuando fuere el caso, el debate se efectuará el día fijado y en el momento oportuno, con asistencia de todos los

miembros de la Suprema Corte de Justicia que deban dictar sentencia, y del Fiscal. No será necesario que asistan y hablen todos los abogados de las partes.

La palabra será concedida primero al defensor del recurrente.

Cuando también hubiera recurrido el Ministerio Público, su representante hablará en primer término. No se admitirán réplicas, pero los abogados de las partes, podrán presentar, antes de la celebración, breves notas escritas. En cuanto fueren aplicables, regirán los artículos 375, 376, 380, 381 y 384».

La finalidad de la audiencia para informar oralmente un recurso extraordinario no es otra que desarrollar en forma verbal –si se hubiese elegido esa opción– los argumentos proporcionados en el escrito de interposición, obviamente, sin variar los concretos motivos de agravio allí expresados.

Esa es una facultad eminentemente técnica y por ello la norma sólo prevé la posibilidad de que se expresen verbalmente en la audiencia el representante del Ministerio Público Fiscal y los abogados de las partes interesadas en el recurso, tal como lo indica el art. 483 del CPP. De tal manera, de acuerdo con el texto expreso de la ley procesal, la presencia del acusado recurrente o la falta de ella en este acto procesal no tienen ningún tipo de incidencia en la resolución del recurso de casación en revisión.

En definitiva, por no constituir una exigencia legal la comparencia del acusado a la audiencia de informe oral del recurso extraordinario interpuesto, resulta claro que el tribunal que intervino en la casación anterior procedió conforme las disposiciones del código de rito, sin que se advierta la vulneración de ningún derecho del acusado.

b) En relación con la crítica dirigida contra la imposición de pena efectuada por el Tribunal que intervino en la casación anterior, considero que tampoco asiste razón a la defensa.

En primer lugar, debe decirse que al resolver la impugnación que cuestionó la sentencia emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 2, esta Sala Segunda, en su anterior conformación, procedió, una vez resuelta la primera cuestión planteada, vinculada a la procedencia de los recursos interpuestos, de acuerdo con lo establecido por el art. 485 del CPP. Ello, en tanto esa norma dispone que «[si la resolución impugnada hubiere violado o aplicado erróneamente la ley sustantiva, el Tribunal la casará y resolverá el caso de acuerdo con la ley y la doctrina aplicables».

Como se advierte y tal como se consignó en el auto de admisión formal pronunciado en esta causa y en el precedente «Arzuza», la legislación procesal sí contempla la posibilidad de que el tribunal de impugnación resuelva mediante «**casación positiva**» –condena en la instancia casatoria– los recursos de la parte acusadora, basados en vicios sustanciales que estime procedentes (art. 485 del CPP), como ha ocurrido en la causa bajo análisis.

Frente a una hipótesis como la prevista, el precepto legal evita el juicio de reenvío y dispone que el tribunal de impugnación resuelva el caso, conforme la ley y doctrina que entienda aplicables. De ese modo, el pronunciamiento que emita el tribunal de casación integrará la sentencia dictada en la instancia anterior, modificándose su encuadramiento legal y aplicándose la pena resultante de esa variación, si así correspondiere.

En el caso concreto, al considerar esta Sala Segunda, en su anterior conformación, que prosperaba el agravio sustancial planteado por la representante del Ministerio Público Fiscal, se encontraba legalmente facultada a casar la sentencia cuestionada –lo que implicaba dejarla sin efecto declarando en qué aspectos se aplicó erróneamente el derecho sustantivo– y, por tanto, a resolver el caso.

En consecuencia, resulta claro que los ministros que intervinieron en la casación anterior, y que conformaron el voto mayoritario de la segunda cuestión tratada, procedieron tal como dispone la ley para

los casos en que se verifiquen vicios relacionados con la violación o errónea aplicación de la ley penal sustantiva.

En tal sentido, no puede soslayarse que ni siquiera el voto minoritario se manifestó de manera contraria a lo dispuesto por el art. 485 del CPP. En este orden, en el voto referido se consignó la posición adoptada, admitiendo que la norma aludida habilitaba al tribunal de impugnación a casar la sentencia y resolver el caso; sólo que, a su modo de ver, «la buena práctica de un sistema acusatorio adversarial hace conveniente remitir al tribunal de origen para que, en una audiencia pública, y previo a escuchar al imputado, se imponga la pena».

Como se advierte, en el voto minoritario aludido se hizo referencia a la conveniencia de remisión de la causa pero no se expresó que la decisión contraria estaba vedada por la ley.

Por otro lado, debe señalarse, además, que el cambio de calificación que mediante el acuerdo se resolvió en la sentencia cuestionada no dejaba opciones en cuanto a la pena a imponer. En otras palabras, habiéndose condenado al acusado en función de uno de los tipos penales previstos en el art. 80 del CP, la única posibilidad es la imposición de la pena de prisión perpetua.

Por su parte, y relacionado con los cuestionamientos de la defensa sobre la base de lo dispuesto por el art. 41 del CP, en cuanto establece que el «juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida en cada caso», debe señalarse esa disposición sólo rige para «las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad», conforme establece el art. 40, primera parte del CP. Es decir que el conocimiento de visu del acusado sólo será ineludible en los casos en que la figura penal endilgada prevea como sanción una pena divisible.

Como se advierte, esa última circunstancia no se verifica en la presente causa, donde se condenó a A. S. D. C. M. como autor responsable del delito de homicidio calificado por haber mediado violencia de género, previsto por el art. 80, inc. 11 del CP, que prevé la aplicación de la pena de reclusión o prisión perpetua; es decir, de penas no divisibles. En función de ello, el conocimiento de visu del acusado, como de la víctima, no resulta obligatorio para la imposición de penas indivisibles, tal como es la prisión perpetua.

Por lo expuesto, resulta claro que el presente agravio tampoco puede ser acogido en esta instancia.

2) Sobre la motivación de la sentencia impugnada en función de la valoración probatoria

a) En relación con este punto de agravio, los defensores del acusado argumentan que la fundamentación de la sentencia es arbitraria por basar la determinación de la autoría y responsabilidad de su defendido en una errónea valoración probatoria.

En esa línea de razonamiento, ponen en duda el valor convictivo que la Sala Segunda de este Tribunal le adjudicó a las declaraciones testimoniales de T. F. y de J. C. Ch., toda vez que, a su entender, de las declaraciones de estos testigos surge claro que la víctima no subió al auto de su defendido.

No obstante, considero que este agravio tampoco puede ser atendido.

Ello, en razón que el planteo constituye una reedición del cuestionamiento casatorio que ya fue resuelto por este Tribunal en su anterior integración, sin que los recurrentes aporten en esta oportunidad ningún argumento dirimente que desvirtúe el razonamiento de los ministros que me precedieron en el análisis de este tópico en particular.

En primer lugar, corresponde aclarar que la convicción que la Sala Segunda se formó respecto de la autoría y responsabilidad de A. D. C. M. en los hechos que se le atribuyen no se basó exclusivamente en la valoración de las declaraciones de los testigos T. F. y J. C. Ch., sino en un «**cúmulo de indicios**».

Entre ellos, pueden mencionarse: 1) la existencia de rastros marcadores de cromosoma pertenecientes al acusado en las uñas de J. G.; 2) los hallazgos de gran cantidad de sangre en el automóvil propiedad del

acusado, en diversos lugares y siempre del lado del acompañante; 3) los contactos telefónicos entre el acusado y la víctima de autos a las 18:01, 18:40 y 19:02 horas, conforme surge del análisis de las antenas satelitales; 4) las búsquedas en internet efectuadas por el acusado desde su teléfono celular el día 23/9/2016, es decir con posterioridad a la desaparición de J. G. y antes del hallazgo del cadáver, con ingresos tales como «cuerpo cerca de YPF», «encuentran a joven en Agua de las avispas», «así se descompone el cuerpo al morir», «qué tan duraderas son las huellas dactilares»

(fs. 594/596 vta.); y 5) la inconsistencia entre los mensajes que el acusado envió a su novia K. L., comunicándole que había sido víctima de robo en su auto y lesionado, y la circunstancia de no haberle comunicado una noticia de esa envergadura a su familia.

Es decir, que los ministros que me precedieron en el conocimiento de la causa llegaron a la solución que aquí se impugna en virtud de un análisis integral del plexo probatorio incorporado, tarea en la que no se advierte ninguna arbitrariedad. A partir de allí, concluyeron que, frente los numerosos e importantes indicios de cargo, las declaraciones de los testigos F. y Ch. perdían peso (sentencia impugnada, fs. 859).

De tal manera, el tribunal de impugnación anterior entendió que el descargo de D. C. –su versión alternativa, sumada a las fotografías que ofreció catorce meses después del hecho, mediante las que procuró su desvinculación de los acontecimientos que se le atribuyeron– resultaba inverosímil e insuficiente para poner en crisis aquel plexo probatorio, el que, a su vez, no hacía más que respaldar la hipótesis acusatoria.

Resta señalar, en relación con las declaraciones de los testigos F. y Ch., que los recurrentes tampoco aportan en esta instancia ningún elemento nuevo que no haya sido analizado en la casación anterior y que pueda conmover el razonamiento cuestionado, por lo que se impone, tal como adelantara, el rechazo de su pretensión.

b) Asimismo, en relación con la valoración probatoria, los letrados defensores cuestionan nuevamente en esta instancia la fecha de muerte de J. G. tenida por cierta –tanto por el Tribunal Penal Colegiado N° 2, como por esta Sala Segunda–, basándose en el valor de la entomología para determinar la fecha de muerte.

En tal sentido, sostienen que el perito de parte, Dr. Nanfaro, expresó que ese estudio específico cobra relevancia sólo cuando ha transcurrido bastante tiempo del deceso y la putrefacción del cuerpo también lleva un tiempo prolongado, extremos que, según entienden, no se configuran en el caso de autos.

Sin embargo, la interpretación que los recurrentes hacen de los dichos vertidos por su perito de parte no tiene la relevancia invocada para quitar mérito a la entomología en la que se basó el tribunal de juicio para determinar la fecha de muerte y, posteriormente, el tribunal de impugnación. En efecto, el perito de parte, Dr. Nanfaro, explicó en qué momento comienza la putrefacción de un cadáver (minuto 21:15 de la audiencia celebrada el 02/08/2019) y expresó que, conforme a lo informado por la médica forense Dra. Marcela Godoy –en la necropsia agregada a fs. 450 de los autos principales–, el cuerpo de la víctima presentaba «signos de putrefacción incipientes» por lo que él entendía que habían pasado más de 24 horas; entre 24 y 36 horas desde el deceso hasta el momento de la necropsia (minuto 21:50 de la audiencia referida).

Asimismo, el médico propuesto por la defensa del acusado explicó que «[...] a medida que [nos alejamos] más [del momento de la muerte] desaparece todo y toma jerarquía la entomología. La entomología es el arma que tengo para cuando yo ya no puedo hacer lectura precisa, no en horas ni siquiera en días, de un cadáver cuando ha pasado una etapa mucho más avanzada. Entonces acá estamos en una etapa que podría hablarse, si uno dice del valor entomológico con la lectura que me permite hacer por la experiencia

y por estos signos de tanatología que les acabo de mencionar [...] lo entomológico ayuda realmente» (minuto 25:40/26:26 de la audiencia antes indicada).

De lo expuesto surge con claridad que el perito ofrecido por la defensa no le restó valor al estudio entomológico. Por el contrario, sostuvo que tal práctica científica resulta necesaria cuando se «ha pasado [a] una etapa mucho más avanzada» desde la fecha del deceso, en la que la necropsia por sí sola no resulta suficiente para aportar información, pero de ningún modo sostuvo que cuando la muerte fuese reciente los estudios entomológicos no resultaran de utilidad.

En función de ello, no advierto ningún obstáculo para valorar el informe de fs. 537/539, elaborado por el entomólogo Fernando Aballay, al igual que su declaración brindada durante el debate oral y público, como esclarecedores y complementarios de la necropsia practicada por la médica legista Dra. Marcela Godoy, tal como hicieron el tribunal de juicio y el que intervino en la primera impugnación.

Ahora bien, sin perjuicio de las apreciaciones de la defensa, ambos tribunales –el de juicio y el de la anterior casación– tuvieron por cierto que la fecha de muerte de J. G. ocurrió entre las 19:00 horas del día 21 de septiembre de 2016 y las 7:00 horas del día 22 de ese mismo mes y año –y no el 25 de septiembre de 2016, como sostienen los recurrentes–, de acuerdo con los múltiples elementos de convicción ponderados de manera integral y conjunta.

Así, para llegar a esa conclusión, se tuvo en cuenta: 1) el informe de la médica del Cuerpo Médico Forense, Marcela Godoy, que efectuó la necropsia de la víctima; 2) la declaración del médico forense y doctor en entomología Fernando Aballay –lo que es plenamente válido como se señaló precedentemente–; 3) el hallazgo de la campera y documentación de la víctima pocas horas después a su desaparición –alrededor de las 07:30 horas del día 22/09/2016– y en las cercanías de donde, días después, fue hallado su cadáver; 4) la declaración de la madre de J. G.; y 5) los informes técnicos de las antenas satelitales de telefonía que dan cuenta que el día 21/09/2016 a las 19:02 horas la víctima se comunicó con su madre desde L., en las cercanías de calle –al respecto, debe señalarse que ésta sería su última comunicación–.

En conclusión, el planteo que pretende desvincular al acusado del suceso que se le endilga mediante el **cuestionamiento del valor convictivo de la pericia entomológica** –la que, a su vez, contribuyó a determinar la fecha del deceso de J. G.– debe ser desestimado, en tanto no tiene la entidad para desvirtuar los demás elementos que acreditan la autoría de A. D. C. M. en el hecho investigado en las presentes actuaciones y tampoco se ajusta a los dichos del perito de parte, Dr. Nanfaro.

c) Relacionado con el cuestionamiento analizado precedentemente, los recurrentes se agravian también por considerar que este Tribunal, en su anterior integración, habría modificado la plataforma fáctica atribuida a su defendido. En ese orden, expresan que mediante la acusación original se atribuyó a D. C. M. haber matado a J. G. el día 21/09/2016, mientras que en la sentencia que aquí se impugna se tuvo por acreditado que el acusado dio muerte a la víctima entre las 21 horas del día 21/09/2016 y las primeras horas del día 22/09/2016.

En este punto, corresponde aclarar que mediante la sentencia que resolvió la casación anterior no se efectuó ninguna modificación de la plataforma fáctica endilgada al acusado, sino tan sólo se confirmó la convicción del tribunal de juicio referida a que «J. G. perdió la vida en forma violenta entre las 19 horas del día 21 de septiembre de 2016 y las 7 de la mañana del día 22 de dicho mes» (ver fundamentos del Tribunal Penal Colegiado N° 2, fs. 1740 de autos N° P-97.026/16; y sentencia emitida por esta Sala Segunda, fs. 860 vta. de autos N° 13-04879157-8).

En otras palabras, no ha sido el tribunal de impugnación que resolvió la primera casación, sino el tribunal de juicio el que tuvo por acreditadas las circunstancias de tiempo finalmente atribuidas a D. C. M.; y, en

la primera casación, los recurrentes no efectuaron ninguna objeción al respecto, lo que de por sí torna improcedente el cuestionamiento defensivo y conduce a su rechazo en esta instancia.

3) Acerca de la interpretación del art. 80, inc. 11 del CP efectuada en la instancia de casación.

En cuanto al agravio sustancial propuesto, los defensores del acusado cuestionan el encuadre jurídico dado a los sucesos endilgados a su defendido. Concretamente, entienden que es arbitraria la subsunción de los hechos en la figura agravada prevista en el art. 80, inc. 11 del CP. Para fundamentar su postura formula distintos argumentos.

Uno de ellos se refiere a que, según entienden, la Sala Segunda –que resolvió la casación anterior– propuso una interpretación sumamente amplia sobre el alcance de la agravante y que, como consecuencia de ella, se aplicó de manera automática el tipo calificado, al presumir que todo homicidio perpetrado por un hombre hacia una mujer supone violencia de género.

Ello, en tanto consideran que el Tribunal asumió expresamente que el homicidio de Julieta González no estuvo precedido por ningún tipo de violencia contra ella por parte del imputado, circunstancia que para la defensa es óbice para la aplicación del agravante.

En este sentido, consideran contradictorio que la Sala Segunda –según su opinión– haya sostenido en otros precedentes que para la procedencia del tipo agravado previsto en el art. 80, inc. 11 del CP es necesaria la verificación de un contexto de violencia de género como «ciclo de violencia» o «antecedentes de violencia previos» y que en el presente caso se haya entendido que bastaba con un solo acto para que se configure la agravante.

Contrariamente a lo sostenido por los impugnantes, entiendo que de la interpretación propuesta en la sentencia aquí revisada no puede arribarse a la conclusión a la que llega la defensa, como que tampoco se deriva de ella la aplicación automática del tipo penal agravado o alguna vulneración del principio de legalidad.

Es que, conforme surge de los fundamentos del fallo en crisis, la decisión del Tribunal impugnado no ha sido arbitraria, dado que el razonamiento que condujo a los magistrados intervinientes a resolver del modo en que lo hicieron, se sustenta en un análisis y una exposición pormenorizada sobre las características típicamente modales que precisa un acontecimiento fáctico para poder ser subsumido dentro del marco legal que supone la figura delictiva resistida por los defensores, de acuerdo con la perspectiva de género con la que deben analizarse casos como el presente.

Ahora bien, descartada la pretendida arbitrariedad en el análisis jurídico de los hechos, considero igualmente que el agravio defensivo vinculado con la exigencia de un ciclo de violencia previo para tener por configurado el tipo penal analizado debe ser desestimado en esta instancia. Es que, a diferencia de lo que sostiene la defensa del acusado, del propio texto legal del **art. 80, inc. 11 del CP** no surge aquella exigencia legal. Ello, en tanto la norma aludida dispone [s]e impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare [...] 11) A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediere violencia de género [...]». Es decir que el autor debe ser un hombre, la víctima una mujer y debe mediar violencia de género, que es el elemento normativo del tipo. Nada dice la ley sobre la necesidad de una situación de dominación y desigualdad que se prolongue en el tiempo.

En efecto, el delito de «femicidio» se configura, de acuerdo con lo establecido por el art. 80 inc. 11 del CP, con la muerte de una mujer ocasionada por un hombre siempre que medie violencia de género.

Así, no toda muerte de una mujer por un hombre es femicidio. Lo esencial, es que medie violencia de género, y esta última se explicita, según entiendo, en que exista un profundo desprecio por la condición

humana de la mujer que no se somete a las decisiones del varón, quien obra a partir de ese desprecio en tanto se siente «dueño» de la mujer o, dicho de otro modo, actúa con la creencia de una superioridad de lo masculino sobre lo femenino –y su consecuente autoridad sobre la mujer–. Esto es lo que, luego, se traduce en la violencia que desemboca en la muerte de esta última por aquél, en tanto no se somete a su voluntad.

Dadas esas particularidades fácticas, que emergen del propio dispositivo legal bajo análisis, es que considero que el perfeccionamiento típico del delito en cuestión no precisa que se demuestre la existencia de una situación de violencia del hombre sobre la mujer que se prolongue en el tiempo.

Tampoco que se verifique que el agente hizo un despliegue extremo de violencia física para perpetrar el hecho, ni que entre la víctima y su victimario hubo conocimiento previo. Ni mucho menos la existencia de una relación íntima entre ambos, se de orden **familiar, sentimental o sexual**.

De tal modo, esta violencia del hombre sobre la mujer no debe necesariamente prolongarse en el tiempo –ya que puede tratarse de un hecho aislado–, no requiere de un despliegue extremo de fuerza física –aunque esta última pueda ser un indicio según el caso– ni del conocimiento previo entre víctima y el autor del hecho. Finalmente, el femicidio puede configurarse en el marco de una relación íntima, familiar, de pareja o no.

En esos términos, entiendo que la comprensión del elemento normativo del tipo que nos ocupa implica –sobre todo– reconocer que la estructura desigual en la que históricamente han transcurrido nuestras sociedades ha hecho mella en los individuos que somos parte de ellas.

El femicida actúa bajo la creencia de que la subalteridad de las mujeres es un mandato y que, de no ser cumplido, el varón tiene derecho a una corrección.

El desprecio a la condición humana de la mujer no debe entenderse como un odio personal –y por tanto no es requerido un vínculo o relación específico con la víctima–, sino como una creencia arraigada en sociedades que legal y culturalmente justificaron la sumisión de las mujeres a la jefatura de los varones. El femicida en este contexto, desprecia la vida y voluntad de otra persona bajo la creencia de que la misma debe obedecerle o cumplir con sus expectativas y deseos.

Es a través de esta lógica de pensamiento que el agresor ejerce la violencia descrita por el art. 4 de la ley 26.485 (ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que se desarrollen sus relaciones interpersonales), que normativiza los efectos concretos que esta actitud puede provocar en la vida de las mujeres, y cuyo último lastre es el desprecio por la vida misma y su correlato que es el femicidio.

En este orden, estimo que resultan esclarecedoras algunas consideraciones del debate parlamentario que concluyó con la sanción de la ley 26.791, en virtud de la cual se incluyó el inc. 11 al art. 80 del CP que aquí se analiza.

En tal sentido, puede citarse al diputado Gerardo Fabián Milman, quien el 18 de abril de 2012 –entre otras consideraciones– sostuvo que «[...] **'femicidio'** es la palabra que mejor describe los asesinatos de mujeres por parte de los hombres, motivados por el desprecio, el odio, el placer o el sentido de propiedad sobre ellas [...]».

Asimismo, el diputado destacó que en el delito analizado «[e]l recurso de la violencia por parte de los hombres es instrumental y no constituye una pérdida de control sino más bien una toma de control».

De particular importancia también resulta lo expuesto por la senadora Sonia Escudero, quien señaló que «[p]ara la conducta del femicida, la vida de la mujer está condicionada al cumplimiento de las expectativas

del varón. El varón la considera parte de su patrimonio. Entonces, cuando la mujer incumple sus expectativas, la castiga».

A su vez, considero que estos conceptos fueron adecuadamente aplicados por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 9 de Capital Federal en el **precedente «Mangeri»**, en el que se sostuvo que hay «en el femicidio un “...plus...” que no est[á] presente en las restantes agravantes y que consist[e] en el brutal desprecio de la dignidad de las personas, “...ese profundo desprecio hacia la condición humana de la mujer que, si no admite someterse a sus decisiones, no merece continuar su existencia”».

En el mismo sentido se ha pronunciado la Cámara de Casación Penal de Entre Ríos, en el fallo «Roldán, Osvaldo», al sostener que el delito de femicidio «se trata siempre de muertes violentas de mujeres que no se ajustan a las normas penales neutras y que, por lo tanto, no se trata meramente de las conductas descriptas en el delito de homicidio, sino que hacen visible la forma en que han sido configuradas, el contexto en que han ocurrido estas expresiones de violencia extrema y las motivaciones misóginas y sexistas de sus ejecutores».

En ese precedente se agregó que **«la figura de femicidio puede darse aún en relaciones casuales, ocasionales, fugaces, transitorias, efímeras o pasajeras bastando con la supresión de la voluntad en los términos aquí esbozados»**, tal como ocurrió en caso bajo examen.

Como se advierte, del debate parlamentario de la **Ley N° 26.791** no surge que la figura del femicidio requiera, necesariamente, de la existencia de ciclos de violencia, sino que lo esencial, más bien, es el desprecio del hombre por la mujer que, al sentirla parte de su propiedad o al creerla como un ser carente de los mismos derechos que él, pretende someterla al cumplimiento de sus expectativas.

Así, considero que el alcance del tipo penal agravado de homicidio en tratamiento no se circunscribe solamente en actos de violencia repetidos, progresivos, que culminan en la muerte de una mujer por ser mujer, sino en todas las muertes de mujeres sobre las que se ejerza violencia de género, entendida de acuerdo al alcance del **art. 4 de la ley 26.485**; esto es, «toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal», lo que puede ocurrir en el mismo acto de la muerte y de manera, incluso, muy sutiles.

Desde ese aspecto, la figura agravada encuentra fundamento «no solo en la circunstancia subjetiva de ‘matar por’ (ser mujer) sino en el hecho de que la muerte se realiza en un ámbito específico que es, precisamente, el que marca la diferencia con otros tipos de formas delictivas, que es el contexto de género. El delito es de género porque se lo comete en un contexto de género. Otra razón no habría para justificar el plus punitivo que importa la mayor penalidad para esta clase de infracciones [...]» (**BUOMPADRE, J.**, Los delitos de género en la proyectada reforma penal argentina, eDial.com – DC19A7).

A su vez, «el concepto de “**violencia de género**” es una noción que, a diferencia de la idea de “odio de género” no repara en la cuestión biológica de la condición orgánica masculina o femenina de hombres y mujeres, sino en el aspecto cultural de la construcción de roles que derivan de las estructuras sociales de naturaleza patriarcal, en las que un aprendizaje cultural de signo machista ha consagrado desigualdades entre una “identidad masculina” y un subordinado conjunto de rasgos inherentes a “lo femenino”» (**AROCENA, G. y CESANO, J.**, El delito de femicidio. Aspectos político-criminales y análisis-dogmático-jurídico, Ed. B de F, Buenos Aires- Montevideo, 2013, p. 89).

En definitiva, y tal como se afirmó, no toda muerte de una mujer llevada a cabo por un hombre es femicidio, sino aquéllas en las que medie violencia de género, y ésta como reflejo del desprecio del hombre por la condición humana de la mujer que no se le somete.

En otras palabras, el punto central de la distinción entre el tipo penal básico y el calificado «se enlaza con la violencia de género y le otorga a la figura [de homicidio] su carácter agravado [; y consiste en que] la manera en que las víctimas pueden evitar la agresión del autor es sometiendo a su voluntad. La contracara es que son muertas por no haberse sometido.

En este sometimiento y cosificación de la víctima reside una de las claves para interpretar la violencia de género y el femicidio», tal como señaló la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala II, en autos «Mangeri».

Uno de los elementos esenciales para determinar si estamos frente a un femicidio consistirá en corroborar una eventual pretensión de sometimiento o cosificación por parte del autor hacia su víctima para tener por acreditada la aludida violencia de género, que opera como elemento normativo diferenciador entre la figura básica del homicidio y la agravada en análisis.

En virtud de lo expuesto, no advierto que sea errónea la interpretación de la figura de femicidio que efectuaron los ministros que se pronunciaron oportunamente y cuya resolución ahora se cuestiona, por lo que, en función de ello, corresponde rechazar el agravio basado en esa crítica.

4) Cuestionamientos a la plataforma fáctica en la que se basó la calificación legal.

Los recurrentes también se agravian que esta Sala Segunda, al tratar la casación anterior y para dar fundamento al femicidio, habría dado por cierta la existencia de un vínculo asimétrico de poder entre D. C. M. y J. G. basándose –según entienden- en dos circunstancias: 1) la extrema violencia desplegada por el imputado para ejecutar el homicidio; y 2) el supuesto embarazo de la víctima.

En relación con ello, los defensores de D. C. M. consideran que sostener lo primero implica una doble valoración porque la violencia ejercida para ocasionar la muerte dolosa de una persona integra el **disvalor del injusto** que se reprocha en el art. 79 del CP. Y, en cuanto a la segunda circunstancia, consideran que el embarazo no fue probado y tampoco que D. C. se opusiera a él, sino que, por el contrario, mediante los mensajes de WhatsApp agregados a fs. 455 surge acreditado que D. C. M. no tenía intención de interrumpir el embarazo. Agregan que ese elemento de prueba no fue valorado en la sentencia impugnada.

Entiendo que este agravio tampoco puede prosperar.

No obstante los argumentos dados en el fallo aquí cuestionado sobre el criterio discutido, lo cierto es que, según entiendo, la pregunta clave para determinar si D. C. ejerció violencia de género hacia J. G. cuando le dio muerte –como elemento normativo de la figura delictiva en cuestión–, es si la agresión del primero tuvo que ver con el ejercicio de control sobre la víctima, el desprecio por sus actos electivos y si la misma hubiera cesado si esta última se sometía a su voluntad, tanto en el acto mismo de su muerte, como en el contexto o ambiente en el que sucedieron los hechos. En el caso concreto, entiendo que sí.

Lo afirmado en el párrafo anterior se justifica luego de interpretar esos elementos a la luz de las premisas ya señaladas, esto es, a partir de comprobar –como adecuadamente se hizo en el fallo impugnado– que la violencia ejercida como un mecanismo de control, en evidente superioridad de condiciones físicas, y el desprecio que ella implicó durante la comisión del hecho y el posterior tratamiento al cuerpo de la víctima, constituyen efectivamente el marco bajo el cual es manifiesto el ánimo de desvalorización, desprecio y voluntad de sumisión de D. C. M. respecto de J. G..

Al respecto, advierto que la multiplicidad de lesiones y el modo en que fue agredido el cuerpo de la víctima son indicadores de una voluntad disciplinadora, de una toma de control por parte del agresor ante la resistencia de la víctima a ser sometida. En ese aspecto, resulta innegable que existió una discusión –aún cuando se ignore el contenido preciso de la misma– y que D. C. empleó todos los medios que tuvo a su disposición –mayor contextura física para asfixiar hasta la muerte y golpear, inclusive, con las piedras del lugar– para imponerse ante la endeble defensa de J. G.. Estas circunstancias evidencian una clara asimetría de poder, propia de la violencia de género.

Por otro lado, en cuanto a la conducta desplegada por D. C. no puede soslayarse, además, «el desprecio que se dispensó por los restos mortales de la víctima –arrojados a modo de descarte en un lugar inhóspito con absoluta negación de su condición humana», tal como se destacó a fs. 870 de la sentencia cuestionada. Ello es un elemento más que da cuenta, tal como se analizó en el apartado anterior, de la relación de superioridad del acusado sobre J. G..

Es por ello que no asiste razón a los recurrentes cuando afirman que el criterio desarrollado en la sentencia aquí analizada llevaría a considerar de manera desacertada –a su criterio– que todo homicidio de un hombre contra una mujer constituye un femicidio. Por el contrario, deben corroborarse los extremos antes referidos, como ha ocurrido en el caso de autos.

Con relación al segundo aspecto del agravio, esto es, que el supuesto embarazo no fue probado, y que por lo tanto ese hecho no podía ser valorado contra de su defendido, considero que se trata de una circunstancia irrelevante para la acreditación de los hechos que resultaron probados y la responsabilidad penal que le cupo en ellos al acusado.

Adviértase en este punto que, si la víctima se encontraba, o no, cursando un embarazo o si D. C. M. tuvo la intención de interrumpirlo, o continuar con él, no modifica de modo esencial y dirimente el razonamiento que subyace en el fallo cuestionado.

Pues se trata de aspectos que sólo han sido considerados allí como uno de los posibles móviles que desencadenaron la discusión entre la víctima y el victimario, que luego culminó con la muerte violenta de aquélla a manos de este último.

Se detallaron las diferentes búsquedas realizadas por el acusado, entre las que pueden destacarse las siguientes: «dos períodos en un mes»; «legrado»; «el periodo: dos veces en un mismo mes, ¿embarazo?»; «terminó mi regla y una semana después me bajó otra vez»; «puedo quedar embarazada si tuve relaciones el primer día...?»; «puedo quedar embarazada teniendo la regla?»; «puede haber embarazo si eyaculó un día antes de mi regla?»; «diagnóstico prenatal. Detección de ADN fetal en sangre materna»; y «puede llevarse a cabo una prueba de paternidad si el presunto padre ha fallecido o está ausente?» (sentencia impugnada, fs. 878 y vta.).

En razón de lo expuesto, ha quedado acreditado que, al menos, el acusado tenía conocimiento de la posible existencia de un embarazo o así lo creía. Si estaba de acuerdo o no con esa circunstancia es algo que no surge de los fundamentos cuestionados, pero el conocimiento del supuesto estado de gravidez valorado en consonancia con la extrema violencia desplegada hacia la víctima por D. C. M. –la que no ofrece lugar a dudas–, a pesar de aquel conocimiento, no hacen más que confirmar que el supuesto embarazo pudo ser una de las «posibles razones» de su conducta, tal como señalaron los jueces que intervinieron en la casación anterior.

En consecuencia, de ninguna manera puede afirmarse –como lo hace la defensa del acusado– que los ministros que resolvieron la anterior casación hayan basado la relación asimétrica de poder entre D. C. M.

y J. G. en la existencia de un embarazo. Por el contrario, reitero, sólo lo han señalado como un posible móvil de la discusión y/o del comportamiento finalmente desplegado por el acusado.

Lo que sí resulta relevante para corroborar la existencia de un vínculo de superioridad con pretensiones de sometimiento o control entre A. D. C. M. y J. G. es la ponderación de un elemento de prueba, que ha sido invocado expresamente por los recurrentes en esta instancia. Me estoy refiriendo al intercambio de mensajes de texto entre víctima y victimario obrantes a fs. 455 de los autos principales.

Ese elemento de convicción, contrariamente a lo sostenido por la defensa del acusado, no hace más que destacar la posición de control y superioridad en la que pretendió posicionarse el victimario con respecto a la víctima; y respalda la hipótesis acusatoria referida a que, efectivamente, J. G. y A. D. C. se encontraron el día 21 de septiembre de 2016 y que el tema que motivó el encuentro no fue otro que el de un eventual «aborto».

En efecto, del informe remitido por la Dirección de Investigaciones del Ministerio de Seguridad respecto de los mensajes de texto (SMS) y de WhatsApp extraídos del teléfono celular de propiedad del acusado puede observarse el intercambio de mensajes que este último mantuvo con J. G. en horas previas a su desaparición y el que mantuvo con su novia, K. L..

En ese orden, corresponde señalar que, por un lado, el acusado envió dos mensajes SMS al celular de J. G., el primero de ellos el día 20 de septiembre de 2016 a las 22:38:29 (UTC-3) -21/09/16, 00:38:29 (UTC-0)- y el segundo, ese mismo día a las 22:38:35 (UTC-3) -21/09/16, 00:38:35 (UTC-0)-, con idéntico contenido: «Hey no quiero que abortes. Necesito hablar con vos de algo encerio. Juntémonos y después habla con quien quieras. Besos». A esos mensajes la víctima de autos respondió, también mediante SMS, el día 21 de septiembre de 2016 a las 08:15:49 (UTC-3) -21/09/2016, 11:15:49 (UTC-0)- con el siguiente texto: «Acordate no me molestes más, me hago cargo sola pero preparate..!».

De dichas comunicaciones no pueden más que inferirse que dos conclusiones: la primera es que D. C. quería reunirse con J. G. y hablar de un eventual «aborto» con ella.

Así, los términos en los que el acusado expresó su intención de encontrarse con la víctima y su insistencia para que ello ocurriera –dos mensajes en menos de diez minutos– revelan su marcado interés en abordar ese tema e influir en la determinación de J. G..

Esa pretensión surge además de la resistencia que se advierte en la respuesta dada por J. G., al expresar «no me molestes más»; «me hago cargo sola». Esta última respuesta y la advertencia de D. C. en cuanto a que luego de reunirse ella «podría hablar con quien quiera», incluso podría implicar que en la conversación que precede a dichos mensajes el encartado había manifestado una intención contraria a que el embarazo prosiguiera y que no deseaba que la víctima lo comunicara.

En otras palabras, si bien no puede afirmarse categóricamente que el acusado haya querido que J. G. abortara, lo que sí está acreditado es que quería

direccionar la conducta de la víctima, convenciéndola de actuar conforme a su voluntad (la de D. C.) intentando incluso impedirle hablar con otras personas antes del encuentro, lo que no es otra cosa que una pretensión de sometimiento constitutiva de la denominada violencia de género, conforme se analizó precedentemente.

Otra circunstancia relevante a tener en cuenta y que surge de la prueba propuesta por la defensa es que el número de celular de J. G. se encontraba identificado en el móvil de A. D. C. como «Ni idea». Considero que no puede predicarse ningún concepto positivo de la circunstancia de haber asignado a un número telefónico la denominación «Ni idea» cuando los demás números agendados se encuentran consignados con el nombre de la persona que los utiliza.

La expresión «Ni idea» empleada para denominar a J. G. en las comunicaciones telefónicas refleja una actitud de cosificación hacia la interlocutora, de menosprecio, aun cuando lo que se pretendiera era su ocultamiento o el mantenimiento en el anonimato.

En función de todo lo expuesto, considero que la ponderación de los mensajes de texto invocada por los recurrentes no hace más que corroborar la existencia de violencia de género en el comportamiento del acusado, contrariamente a lo que sostiene su defensa técnica.

La circunstancia que estos elementos no hayan sido tenidos en consideración por el tribunal que intervino en la casación anterior no me exime de ponderarlos en la presente instancia.

Pues, si bien en esa oportunidad se tuvieron por acreditados los recaudos propios del delito de femicidio con base en el cúmulo de prueba indiciaria que se indicó en párrafos precedentes, no puedo soslayar aquí el aporte que resulta de los mismos en orden a contestar debidamente los cuestionamientos defensivos.

Finalmente, debo decir que no comparto el argumento de la defensa en cuanto a plantear la existencia de una suerte de doble estándar en la valoración de la prueba, de acuerdo a si la víctima de un hecho delictivo resulta ser un hombre o una mujer. Nada de ello se observa en la sentencia cuestionada, donde la perspectiva de género ha representado adecuadamente un modo de **valorar los elementos probatorios incorporados a la causa, cuya adopción resulta imperativa, dado el contexto fáctico en que se produjeron los hechos que componen el objeto del presente proceso.**

Pero, además, corresponde aclarar que, conforme los principios que inspiran nuestro derecho procesal penal, **no puede sostenerse válidamente que exista un doble estándar probatorio y, mucho menos, que puedan valorarse bajo un criterio semejante las pruebas producidas** en un proceso dependiendo de quiénes sean las víctimas o los autores de los hechos. Por el contrario, tal como sostuve en el precedente «D. C. M.», **la valoración probatoria jurisdiccional debe ser con perspectiva de género**, la que no constituye un estándar de prueba diferenciado, sino el mismo estándar directo e indirecto que supere cualquier sesgo discriminatorio y respetuoso de los derechos humanos de las mujeres (**DI CORLETO, Julieta**, «Igualdad y diferencia en la valoración de la prueba: estándares probatorios en casos de violencia de género», en DI CORLETO, Julieta, Género y justicia penal, 1ª. Ed., Buenos Aires, Ediciones Didot, 2017). Como lo anticipara, no advierto en el caso que nos ocupa un criterio de valoración «paralelo» o un «doble estándar» de valoración probatoria, como sostienen los recurrentes. Antes bien y como ya se anticipó, del análisis de la sentencia impugnada surge con claridad la aplicación de la perspectiva de género en la ponderación de los elementos de prueba producidos e incorporados a la causa con el debido contralor de la defensa, lo que constituye un imperativo en la actuación de los magistrados, de acuerdo a los compromisos internacionales asumidos.

Si bien los recurrentes estiman que esta manera de interpretar la prueba no es más que una utopía, considero que la causa aquí analizada es una evidente demostración de que la valoración con perspectiva de género es perfectamente posible sin vulnerar las garantías del acusado, puesto que éste ha podido defenderse ampliamente mediante la proposición de prueba que hace a su derecho, el cotejo y refutación de la prueba ofrecida por la acusación, como también el ejercicio de todas las incidencias que su defensa técnica estimó pertinente.

Es por ello que el agravio de la defensa según el cual existiría en la anterior sentencia de esta Sala Segunda una valoración contraria a derecho, también debe ser desestimado.

En definitiva, de lo expresado con anterioridad surge claro que no se verifica ningún defecto que descalifique como acto procesal válido al razonamiento del Tribunal que, con diferente integración,

intervino en la sustanciación de los recursos de casación interpuestos contra la sentencia que condenó al acusado y, en función de ello, la revocó y condenó a aquél por una calificación legal más grave.

Por todo lo expuesto, corresponde dar repuesta negativa a la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Llorente y Dr. Garay. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. PEDRO J. LLORENTE Y DALMIRO F. GARAY CUELI adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, LA DRA. MARÍA TERESA DAY, DIJO:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. PEDRO J. LLORENTE Y DALMIRO GARAY CUELI adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, LA DRA. MARÍA TERESA DAY DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir para su oportunidad la regulación de los honorarios profesionales.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. PEDRO J. LLORENTE Y DALMIRO F. GARAY CUELI adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de A. S. D. C. M. a fs. 1/20 vta. de los presentes autos y, en consecuencia, confirmar la sentencia dictada por la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia a fs. 1876/1905 vta. de los autos Nº 13-04879157-8/1.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir para su oportunidad la regulación de los honorarios profesionales.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DRA. MARÍA TERESA DAY Ministro

DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro

DR. DALMIRO F. GARAY CUELI Ministro

9- GONZALEZ MUÑOZ. 03-05-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	-	-	-	PCC IE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=800>

Lex: Art. 84 Bis, 26, 27 del CP

Vox: Homicidio culposo. Conducción antirreglamentaria.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **dos años de prisión** en suspenso e inhabilitación especial por **cinco años** para la conducción de vehículos automotores como autor penalmente responsable del delito de homicidio culposo agravado por la conducción imprudente y negligente de un vehículo automotor, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 84 bis, primer párrafo del CP.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 924 (27-11-19), pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes relacionados

a-SCJM

- Ver Ortubia Zabaleta. 29-03-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=760>

SCJM. Dres.: **Valerio.** Palermo. Adaro.

Fallo

CUIJ: 13-05063602-4/1((018602-13269)) FC/ GONZALEZ MUÑOZ MARIO ANSELMO P/ HOMICIDIO AGRAVADO POR LA CONDUCCION IMPRUDENTE Y NEGLIGENTE DE UN VEHICULO MOTOR (13269) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105229941*

En Mendoza, a los tres días del mes de mayo del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05063602-4/1 caratulada “F. C/GONZÁLEZ MUÑOZ, MARIO ANSELMO P/ LESIONES CULPOSAS (8815) S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo el DR. MARIO D. ADARO y tercero el DR. OMAR A. PALERMO.

A fs. 278/291 vta. la defensa del acusado interpone recurso extraordinario de casación contra la sentencia N° 924 de fecha 27 de noviembre de 2019 y sus fundamentos (fs. 271 y 272/276 vta.) del Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial. La misma, condena al acusado Mario Anselmo González Muñoz del delito de homicidio culposo agravado por la conducción imprudente y negligente de un vehículo con motor (art. 84 bis, párrafo primero del CP) en los autos n° P-13.269/17.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

La sentencia cuestionada, en lo que aquí pertinente y tal como se adelantó, condenó a Mario Anselmo González Muñoz a la pena de dos años de prisión en suspenso e inhabilitación especial por cinco años para la conducción de vehículos automotores como autor penalmente responsable del delito de homicidio culposo agravado por la conducción imprudente y negligente de un vehículo automotor, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 84 bis, primer párrafo del CP.

En la plataforma fáctica del requerimiento de citación a juicio se atribuyeron al acusado los siguientes hechos: «[Q]ue el día 10 de febrero de 2017, siendo aproximadamente las 22:30 horas, Mario Anselmo González Muñoz conducía su vehículo [...] taxi [...] por calle Godoy Cruz de Villa Nueva, Guaymallén con dirección de este a oeste por la calzada norte. Unos metros antes de la intersección con calle Arenales y con el fin de ingresar a la estación de servicios Red Mercosur [...] giró intempestivamente hacia el sur, violando el deber de cuidado al invadir de forma imprudente y negligente la calzada de circulación sur de calle Godoy Cruz por la cual circulaba [...] al este la víctima [...] al mando de la motocicleta Zanella [...]. [E]l vehículo conducido por Mario González colisionó con su lateral derecho al rodado menor [...] desviando este impacto el recorrido de la motocicleta hacia la calzada de circulación norte, donde fue impactada frontalmente por el vehículo marca Ford Taunus [...] que circulaba reglamentariamente en dirección este a oeste por calle Godoy Cruz. Por la magnitud del impacto Vanina Gatica sufrió lesiones que le provocaron la muerte».

El sentenciante sostuvo que no hubo controversia de partes acerca de: la fecha y hora de comisión del hecho, los vehículos intervinientes, los sentidos de circulación de éstos; que el rodado del acusado giró a

la izquierda en forma oblicua para ingresar a la estación de servicios ubicada en el lugar; que dicho rodado fue embestido por la motocicleta de la víctima; que el punto de impacto surge de fs. 102 vta. indicado como (A); que por ello la moto desvió su recorrido hacia la calzada de circulación norte donde fue impactada por un tercer rodado; y, que la muerte de la víctima se produjo por las heridas sufridas (ver fundamentos fs. 273 vta.).

Asimismo, entendió acreditado que si bien el lugar adyacente al ingreso a la estación no formaba parte de la calzada ni existe señalización, no resulta dirimente a los efectos de la responsabilidad la circunstancia según la cual la moto, previo a traspasar el semáforo de la intersección con luz verde por calle Godoy Cruz, circulaba en sentido contrario al taxi que se le atravesó, lo que la obligó a efectuar una maniobra evasiva a la derecha y luego hacia la izquierda, perdiendo el dominio del vehículo, por lo que terminó siendo impactada, también, por el tercer vehículo.

Para decidir de este modo, el juez, con acuerdo de partes, incorporó la prueba testimonial de la investigación penal preparatoria, así como la prueba instrumental, rindiéndose en el debate la declaración testimonial del personal de Policía Científica –Oficial Inspector Olivera– que elaborara el informe de fs. 97/109 y del Ingeniero Mecánico Terk, con su informe como perito de control (ver fundamentos de fs. 273/274, d. Prueba).

Del mismo modo la declaración del acusado y de Escobar, conductor del tercer vehículo interviniente. Concluyó así que el acusado era penalmente responsable del hecho atribuido, en tanto su conducta –girar a la izquierda antes de llegar a la intersección– invadiendo la vía contraria, sin prestar la debida atención y cuidado que la maniobra exigía, es lo explica el evento dañoso y su resultado.

2.- El recurso de casación

La defensa formula recurso de casación a fs. 278/291 contra la sentencia arriba individualizada con fundamento en el art. 474, incs 1 y 2 del CPP.

Justifica la procedencia formal, con cita de profusa doctrina y jurisprudencia, nacional e interamericana, y previo ingresar al tratamiento específico de los agravios entiende que se ha violado el derecho de defensa, el juicio justo y el debido proceso legal.

En primer lugar plantea la nulidad absoluta de la sentencia por falta de fundamentación invocando para ello violación a los arts. 155, 411 incs. 1 y 2, 198 incs. 2 y 3, 416 inc. 4, todos del CPP.

Cita doctrina y jurisprudencia. Entiende que los argumentos de la defensa fueron rechazados a través de una argumentación huérfana de motivación y con análisis parcial de los hechos y la prueba. Translitera lo señalado por la fiscal y la parte querellante para luego indicar elementos objetivos que demostrarían la inconsistencia de la sentencia.

Ellos son:

- 1) La inexistencia de cartelería o señalización por los trabajos de remodelación en la arteria del lugar de prohibición de giro hacia el sur;
- 2) Que el lugar del primer impacto entre la moto y el taxi se produce en el playón o extensión de la banquina para los autos que ingresaban a la estación de servicios, que más adelante es de tierra y utilizado para estacionamiento;
- 3) Que la moto se desvió al carril contrario luego de este primer impacto y es embestida por el rodado Ford Taunus, con una huella de frenada de 1,35 m pero un arrastre de 13 metros que le ocasionan lesiones que le produjeron la muerte;
- 4) Que la velocidad del Ford Taunus era de 45 km/h cuando la permitida es de 40 km/h;

5) Que el testimonio del conductor del Ford Taunus, es interesado, carente de fiabilidad y contrapone su conducta con la de su asistido;

6) Que la víctima conducía el vehículo embistente del taxi conforme lo señala el perito de control y la policía;

7) Que no está acreditado que la moto circulara por calle Godoy Cruz hacia el este, hipótesis contrarrestada por el acusado quien sostiene que apareció intempestivamente, con su vehículo casi detenido sin poder maniobrar e imprevisible en esa zona;

8) Que la víctima nunca accionó el sistema de frenos;

9) Que los dichos del Ingeniero Terk deben analizarse adecuadamente cuando sostiene que la víctima realizó una maniobra evasiva a la derecha, porque el acusado estaba prácticamente detenido y en la banquina, siendo más lógico lo sostenido por González Muñoz –que la víctima venía por Arenales, dobló hacia el este, se encontró con el taxi y la maniobra evasiva fue hacia la izquierda–.

Entiende que existen irregularidades que se multiplican a lo largo del juicio oral y público que no pueden ser relativizadas, que son groseras e insubsanables no pudiendo la restrictividad en la interpretación de los testimonios alegada ser una excusa para violentar garantías del imputado.

En segundo lugar postula exclusión de prueba decisiva, testimonios directos e interpretación tergiversada de testimonios carente de logicidad con base en la doctrina del fallo de la Corte Suprema de Justicia «Casal».

Al efecto entiende que no se ha evaluado la prueba rendida en la investigación penal preparatoria, contradictoria con las conclusiones de la sentencia que valora únicamente la prueba en contra de González Muñoz.

Es el caso de las falaces declaraciones del conductor del Ford Taunus y el material probatorio que desacredita este testimonio y que fuera dejado de lado por el Tribunal en violación del art. 409 del CPP. Concluye que los elementos probatorios valorados en su totalidad no determinan el aporte suficiente para alcanzar la certeza necesaria para una sentencia condenatoria. Por el contrario, existe errónea valoración de la prueba que lleva al tribunal a falaces conclusiones y, dadas las omisiones de valoración alegadas, se afecta gravemente la garantía de la tutela judicial efectiva, el derecho de defensa en juicio y se coloca a su defendido en inferioridad de condiciones. Peticiona, ante este grave error, la nulidad y revocación del fallo dictado y hace reserva de caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General contesta la vista conferida y se pronuncia por la procedencia formal y el rechazo sustancial del recurso articulado. Luego de resumir los fundamentos vertidos por la defensa afirma que, no obstante el esfuerzo defensivo, el razonamiento jurisdiccional guarda relación con las reglas de la lógica.

Seguidamente analiza la prueba rendida respecto de la carencia de cartelera y las condiciones del lugar, la declaración de Escobar, el lugar del punto de impacto sobre la banquina conforme con la pericia del Ingeniero Terk, la velocidad de circulación del Ford Taunus, así como la versión defensiva del acusado.

En función de ello concluye que el tribunal ha fundado correctamente que González Muñoz giró a la izquierda, antes de la intersección de Arenales y Bandera de Los Andes de Guaymallén invadiendo la mano contraria, sin prestar la debida atención y cuidado que dicha maniobra requería.

Añade que esta maniobra es la que provocó que la motocicleta no pudiera dejar de impactar al taxi cuando circulaba por su mano, desviándose su trayectoria e impactando al Ford Taunus, quien se conducía de manera reglamentaria, por su mano de circulación.

De dicho impacto provocó lesiones la víctima y luego su muerte. De tal manera, considera que fue el acusado quien generó un riesgo jurídicamente desaprobado, más allá del riesgo permitido, condición necesaria del resultado final.

Finalmente, al considerar demostrada claramente la inexistencia de arbitrariedad en la sentencia cuestionada, en razón de que la valoración de las pruebas se ha realizado bajo las reglas de la sana crítica racional, sin existir errónea aplicación de la ley sustantiva, corresponde rechazar el recurso de casación.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso promovido por la defensa del acusado, adelanto que, por las razones que a continuación se exponen, corresponde rechazar la impugnación impetrada.

De manera preliminar, debo aclarar que, no obstante los agravios articulados fueron organizados en dos tópicos, bien pueden traducirse, a los efectos de su tratamiento, en un único agravio referido a la supuesta errónea valoración de la prueba.

Adelanto, en este sentido, que los elementos de convicción incorporados durante el debate y los allí rendidos han sido suficientemente valorados en orden a los principios de la sana crítica racional, por cuanto se ha efectuado un análisis completo y razonado de la totalidad del plexo probatorio. No se advierte la pretendida falencia de motivación y por ello el acto sentencial debe ser considerado un acto jurisdiccional válido, pues no adolece de falencias que ameritan su anulación.

En este sentido valga recordar que es jurisprudencia reiterada de esta Sala que para que los defectos en la fundamentación conlleven a tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a su ausencia (LS. 186-427; 153-011; 354-218; 392-94 y 397-177, entre otros); lo que en la especie no se verifica.

El juez de sentencia, en sus fundamentos, destacó los hechos que, conforme surgiera del debate y de la prueba debidamente incorporada, no resultaron controvertidos por las partes.

Luego analizó aquellos otros que fueran materia de controversia los que puntualiza en cuanto a si el lugar donde se produjo el impacto es o no parte de la calzada y cuál fue la arteria por la que la víctima conducía previo al impacto (ver fundamentos fs. 273 vta., párrafos 1° y 2°).

Respecto de los primeros y contrapuestos con aquellos elementos objetivos indicados por la defensa en su recurso como no valorados, a más de las circunstancias de tiempo y lugar, así como los rodados involucrados y el resultado dañoso al que no se refieren, surge identidad en cuanto: al lugar del primer impacto (1.); el desvío y posterior segundo impacto (3.); y, que, a contrario sensu, la víctima conducía el vehículo embistente (6.).

Por su parte, no habría acuerdo, según puntualiza la defensa, acerca de la inexistencia de cartelería o señalización por los trabajos de remodelación en la arteria del lugar; la velocidad a la que circulaba el Ford Taunus, 45 km/h cuando la permitida es de 40 km/h; la fiabilidad del testimonio de Escobar, conductor del Ford Taunus; que la motocicleta circulara por calle Godoy Cruz, que no accionara el sistema de frenos y el testimonio del Ingeniero Terk respecto de la maniobra evasiva de la moto.

No obstante la carencia de explicación de la defensa respecto de inexistencia de cartelería o señalización por los trabajos de remodelación en la arteria del lugar, que denotaría, tal como está redactado, que sería una obra nueva, cuando a lo largo del debate se hizo hincapié acerca de si había o no señalización pero respecto de la existencia de banquina o si el lugar adyacente a la estación de servicios era parte de la calzada de calle Godoy Cruz y el ensanche de dicha arteria tiene ya antigüedad, de la prueba rendida y principalmente tanto del informe de Policía Científica de fs. 97/102 como de la pericia de control, no existe

discusión al efecto, pues no existe demarcación de doble línea amarilla que impida el giro ni señalización vertical.

Basta para ello la debida observancia de las fotografías que acompañan ambos informes, los que además fueron ampliados en el debate por parte del Ingeniero Terk y el Oficial de Policía Científica Olivera (ver declaraciones testimoniales de Olivera y de Terk del día 26 de noviembre de 2019).

La defensa cuestiona también la fiabilidad del testimonio de Escobar, conductor del rodado Ford Taunus, al mencionar que el mismo es interesado civil y penalmente, y que su testimonio respecto de la velocidad es contradictorio con la que surge de la pericia de control. Ello así por cuanto declara en la investigación penal preparatoria que venía a 40 km/h y la pericia denota 45 km/h.

Sobre ello no sólo cabe mencionar que dicha diferencia no es relevante en términos de velocidad para una persona no idónea, sino que de modo alguno puede ello importar interés de su parte, más cuando dicho rodado circulaba detrás del taxi que, según su propia declaración y la prueba instrumental –informes y pericia del Ing. Terk–, lo hizo a menor velocidad para poder ingresar a la estación.

No puedo dejar de señalar que dicha testimonial fue incorporada con omisión de lectura con acuerdo expreso de la propia defensa. Dicho esto, he de ingresar a los puntos que atinadamente la sentencia estima controvertidos. Ellos, se superponen parcialmente con los invocados por la defensa en esta instancia.

Al respecto se advierte que el juez de la instancia previa ha hecho un análisis minucioso principalmente de la prueba instrumental consistente en la pericia del Ingeniero Terk, perito de control y el Informe de Policía Científica, la que fue debidamente contrastada con los extensos testimonios de los firmantes durante el debate, sobre todo de Terk.

A lo señalado sumó indicios sobre los que razonó debidamente. Sobre la cuestión, el juez coincidió con el Ingeniero Terk, y no puedo sino compartir la conclusión, en que la parte adyacente de la calzada, donde se produce el primer impacto y que se encuentra frente al ingreso de la estación de servicios, no es parte de la calzada destinada a la circulación habitual de vehículos. Ello surge con prístina claridad de las fotografías visualizadas y, principalmente, se corroboran con el testimonio de Terk.

Éste sostuvo que coincidía en prácticamente todo lo indicado por Policía Científica, pues se basó en dicho informe para la elaboración del propio, pero se distanció de algunas conclusiones. De esta manera, dijo que «[...] concurrió al lugar en tres oportunidades para tener una visión más completa, dos en horario diurno y otro al horario del siniestro [...]» (ver registro audiovisual del día 26/11/2019, minutos 00:37:50). Y siguió, en cuanto a la conformación del lugar, «[...] [calle] Godoy Cruz, en el sentido de circulación de la motocicleta de oeste a este, tiene un semáforo en la intersección con Arenales. Hasta ese lugar la calzada está formada por dos manos de circulación [...]».

A partir de Arenales y hasta Tito Laciari, hay una ampliación de la calzada que yo denomino zona contigua a la circulación [...]. Los carriles de circulación siguen manteniendo la misma estructura, desde Arenales a Laciari hay cien metros [...]; desde Tito Laciari hasta Urquiza, en ese sector se amplía la calzada, se puede circular sin ningún inconveniente [...], se amplía seis metros más, se mantiene la circulación sobre dos carriles y se amplía oeste a este en uno o dos carriles [...]» (ver registro audiovisual del día 26/11/2019, minutos 00:38:40 hasta 00:43:40).

A lo señalado, debe agregarse que sumó un detalle que me persuade de la corrección del argumento del juez de la instancia previa. En efecto, sostuvo que «[...] los que no van a entrar a la estación siguen por el carril, esa zona es de sesenta metros, lo demás es de tierra y estacionan vehículos porque enfrente hay

un pelotero y en el costado sur, unas canchitas [...]», lo que por otra parte también se visualiza en las fotografías acompañadas (ver registro audiovisual del día 26/11/2019, minutos 00:45:16).

Y añadió que «[...] en las fotografías está claramente definida cuál es la carpeta asfáltica, ese hormigonado frente a la estación yo lo considero como zona contigua, porque no hay demarcación y porque he estudiado el flujo vehicular [...] ese es un proyecto de ampliación que quedó ahí [...]» (ver registro audiovisual del día 26/11/2019, minutos 00:45:20 en adelante).

Ello, en contraposición al Informe de Policía Científica y testimonio del firmante de ése –Olivera– acerca de que se trataba de parte de la calzada, pero su testimonio devino insuficiente en este detalle pues se limitó a relevar el lugar de la traza vial sólo frente al lugar del siniestro.

Del mismo modo es cierto que ello no resultó controvertido en los alegatos por los acusadores al restarle importancia como explicación del evento dañoso.

El segundo punto de controversia, nuevamente traído a análisis en esta instancia, se relaciona con el sentido de marcha de la motocicleta previo al impacto.

En este sentido, el propio imputado al declarar expresó que la motocicleta habría atravesado la intersección con el semáforo en rojo doblando desde Arenales a gran velocidad, razón por la que no la habría advertido.

De este modo se pretende reconducir la responsabilidad a la víctima. Al abordar el argumento de la defensa el juez de sentencia valoró la declaración de Escobar, quien conducía el segundo rodado que terminó colisionando a la víctima, y que circulaba detrás del taxi. El testigo dijo al respecto que el semáforo de la intersección de las calles Arenales y Godoy Cruz se encontraba en verde para quienes circulaban por esta última y que, inmediatamente que el vehículo que circulaba delante giró hacia la estación, se le cruzó la moto delante.

Al respecto el juez señaló la irrazonabilidad de que una moto hubiera girado a gran velocidad desde calle Arenales y con semáforo en rojo.

A estos elementos que comparto y entiendo han sido razonablemente sopesados, corresponde relacionarlos también con la cercanía del punto de impacto a la intersección –18 metros a calle Arenales conforme fs. 08 vta. del informe pericial– y las explicaciones efectuadas por Terk en cuanto a la maniobra evasiva que intentara la motocicleta.

De igual modo debe considerarse también que es este el sentido de marcha que surge de ambos informes técnicos. He dejado para el final el cuestionamiento efectuado por la defensa a afirmaciones de su propio perito de control acerca de la maniobra evasiva hacia la derecha que la víctima efectuara, catalogándola simplemente de hipótesis, lo que surgiría de su atenta audición, persistiendo en considerar que la misma no frenó.

El Ingeniero Terk se explayó sobre el punto de impacto –coincidente con el informe de Policía Científica– y dio razones –existencia de restos vítreos, huellas de frenada de los dos vehículos, posición final del taxi a tres metros porque circulaba a baja velocidad y luego de una maniobra de giro permitida, roturas en los espejos entre otros– y aclaró que todo ello le permitía establecer la velocidad del taxi y el punto de impacto, pero no la velocidad de circulación de la motocicleta, dato éste que tampoco lo tuvieron los policías actuantes (ver registro audiovisual del día 26/11/2019, minutos 00:54:26 en adelante).

Sostuvo que había que hacer dos observaciones importantes en la relación de por qué la motocicleta chocó y los espacios disponibles que tenía. Así, refirió que «[...] cuando ella observa, porque no tengo huellas de frenada de la moto, considero que cuando la motocicleta visualiza -hay excelente visibilidad no

solo de la luminaria pública sino de la estación- puede hacer dos tipos de maniobra: frenar o esquivar. Como no veo frenada, no puedo determinar velocidades, no hubo frenada previa.

En función que ella cruza habilitada por el semáforo la intersección, el automóvil cruza a treinta metros según Científica, en esos 30 o 40 metros la conductora percibe el auto y la maniobra que practica es evasiva hacia la derecha. [...] [O]tra posibilidad que yo veo es que no se tira a la izquierda porque venía un auto, se tira a la mano de giro hacia su derecha, de donde sale de la calzada el taxi, sobre la banquina cementada [...]. [L]a ubicación de los restos vítreos nos da el punto de impacto y luego corrige [...]» (ver registro audiovisual del 26/11/2029, 00:56:00 y ss).

Es más ilustrativo aún para explicar la razón por la que existe una maniobra evasiva inicial hacia la derecha, «[...] cuando el vehículo ingresa acá –se refiere a la zona adyacente– hace una maniobra de esquite a la derecha y no hay huellas de frenada en este sector [...]» (ver registro audiovisual del 26/11/2029, 01:02:35). «[S]i la moto circula a velocidad reglamentaria, a 40 km, es muy dinámico y ve a este vehículo a 40 metros, que es muy probable que así haya sido, inicia una acción evasiva.

Hay un tiempo de percepción de un segundo o segundo y medio medido por bibliografía en el que no hay ninguna frenada [...] En 40 metros a 40 km/h el tiempo en que tarda en juntarse y chocar es de 4 segundos; de éstos un segundo o segundo y medio se lo lleva el tiempo de percepción y reacción; en los otros 3 segundos se puede hacer algo: frenado, girar, desviar [...] por la modalidad del impacto hay un roce que no produce la pérdida de la estabilidad, no se cae a la calzada, barre el lateral del taxi, rompe el espejo, raya las dos puertas y el auto se detiene ahí nomás, a tres metros [...]» (ver registro audiovisual del 26/11/2029, 01:03:07 y ss).

A lo que agregó: «[E]sta maniobra –la evasiva a la derecha– cuando ella ve que el vehículo ingresa tiene la intención de retomar el carril, de volver por eso corrige la dirección, se pone en paralelo y roza y de esta maniobra sale al carril opuesto de donde venía el Ford Taunus, y se produce el arrastre hacia la posición final [...] acá no hay pérdida de control direccional, [...] sí cierta inestabilidad, un zigzagueo pero no se cayó, [...] sigue andando, no hay arrastre, se le aparece a este vehículo adelante circulando [...] la intención de ella era reingresar ella cuando ve el vehículo que sale de la calzada e ingresar ella de nuevo a la calzada pero se encuentra al otro vehículo» (ver registro audiovisual del 26/11/2029, 01:05:24 y ss).

Sobre el final, «[E]lla ingresa a la parte circundante a la carpeta asfáltica a raíz de la maniobra evasiva, no con la intención de circular por allí sino como una maniobra de escape hacia la derecha» (ver registro audiovisual del 26/11/2029, 01:22:17 y ss).

He transcripto las partes fundamentales de la declaración del perito de control Terk en cuanto a la maniobra que efectúa la víctima cuando advierte el vehículo taxi porque entiendo resultan sumamente esclarecedoras.

La defensa refiere **dos ejes centrales** en su línea defensiva.

El primero, el **aporte de la responsabilidad de la víctima** a fin de deslindar la responsabilidad del conductor del taxi.

El segundo, sugerido apenas, un **exceso de velocidad** –en cinco kilómetros por encima de la velocidad reglamentaria– del vehículo Ford Taunus.

Ambas cuestiones fueron tratadas suficientemente al abordar la segunda cuestión de la sentencia y coincido en que la participación del conductor del Ford Taunus es meramente causal y no le genera responsabilidad penal, pues circulaba reglamentariamente y no existe violación al deber de cuidado, ni generó un riesgo jurídicamente desaprobado susceptible de ser sancionado.

Por otra parte la diferencia de velocidad que en más pudo haber incurrido éste –lo hacía a 45 km/h cuando la velocidad reglamentaria debió ser de 40 km/h–, no tuvo, dado el desarrollo del evento dañoso descrito, incidencia en el resultado. Así surge de la testimonial del propio perito de parte.

En cuanto a la víctima, claro está que las maniobras evasivas que ésta desplegó, previo al resultado fatal, no son sino a consecuencia de haberse encontrado en su trayectoria de circulación con un vehículo –el taxi– que generó un riesgo jurídicamente desaprobado y relevante.

Este riesgo explica y reconduce la producción del resultado a González Muñoz pues al girar a la izquierda en su conducción invadió el carril de circulación de la víctima en violación a la normativa vigente que le imponía circular con cuidado y prevención conservando en todo momento el dominio efectivo del vehículo; todo en consideración de los riesgos propios de la circulación y las demás circunstancias particulares del tránsito.

El avance sobre la intersección con luz roja por parte de la víctima, así como que ésta no habría accionado los frenos, no han sido sino un intento de esbozar por parte de la defensa, sin desarrollo alguno, la posibilidad de reconducir la responsabilidad al accionar de la víctima, en base al principio denominado «autopuesta en peligro» que se fundamenta en dos principios jurídicos básicos: la libertad de la persona y la autorresponsabilidad.

Ello, en mérito a que cada uno es libre de organizar su vida pero responde por su decisión porque esa libertad de actuación tiene como contrapartida, la responsabilidad por las consecuencias.

Del análisis de la prueba producida surge que el fallecimiento de la víctima de modo alguno puede ser considerado una autopuesta en peligro, ajena a la conducta del acusado, que no le resultara previsible, en tanto fue la víctima quien cruzó la intersección debidamente habilitada con luz verde del semáforo y quien se encontró en su paso –reglamentario y sin generar un riesgo por encima del permitido– un obstáculo que se interpone en su camino –el rodado taxi del acusado–.

En definitiva, al considerar que la sentencia valoró adecuadamente las pruebas incorporadas y rendidas en el debate y que, por ello, no luce arbitraria en orden al estado de duda que pretende instalar la defensa respecto de la autoría del acusado, considero que los agravios promovidos no pueden prosperar. Por lo expuesto, corresponde contestar de manera negativa la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso de casación promovido y confirmar la sentencia criticada. **ASÍ VOTO.**

Voto Dr. Adaro y Dr. Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. **ASÍ VOTO.**

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento el resultado que se arriba en las cuestiones que anteceden corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad. **ASÍ VOTO.**

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se **RESUELVE:**

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del condenado Mario Anselmo González Muñoz y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 924 y sus fundamentos.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A.PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

10- RIOS FERNANDEZ. 27-05-22

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	-	-	AF	PCE	-	-	A	-	-	UP	-	-	-	474

Web: <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=830>

Lex: Art. 79, 41 Bis, 58 del CP

Vox: Homicidio agravado. Arma de fuego. Arma homicida no hallada. Unificación de pena.

Summa:

El TPC condenó nombrado a la pena de quince años y seis meses de prisión por considerarlo autor penalmente responsable del delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego (arts. 79 y 41 bis del CP), e impuso la pena única de **diecisiete años de prisión**.

La defensa interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 2 CPP).

El Procurador General entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La SCJM rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1661, pronunciada por el TPC N° 2- 2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- «Navarro Moreno».

Precedentes relacionados

a-SCJM

ARMA DE FUEGO. Art. 41 bis del CP

- Franco Rodriguez. 14-09-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=563>
- Cotela Pini. 22-03-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=761>

UNIFICACIÓN. Art. 58 del CP

- Distefano: 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Vega Ríos. 27-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Curia Bruera. 01-07-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210701_FcCuria.pdf
- Giménez. 23-06-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=606>
- Oros Macedo. 23-06-21 : https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210623_FcOroz.pdf
- Ríos Fernández. 27-05-22: : <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=830>
- Godoy Echenique. 14-06-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=853>

SCJM. Dres.: Palermo. Day. Gómez.

Fallo:

CUIJ: 13-06725278-5/1((018602-94991)) FC/ RIOS FERNANDEZ JUAN PABLO P/ HOMICIDIO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO (94991) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105985083*

En Mendoza, a los veintisiete días del mes de mayo del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06725278-5/1 caratulada “F. c/ RÍOS FERNÁNDEZ, JUAN PABLO P/ HOMICIDIO AGRAVADO (...) S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO, segundo DRA. MARÍA TERESA DAY y tercero DR. JULIO R. GÓMEZ.

La defensa de Juan Pablo Ríos Fernández plantea recurso de casación contra la sentencia n° 1.661 pronunciada por el Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial, por cuanto condenó al nombrado a la pena de quince años y seis meses de prisión por considerarlo autor penalmente responsable del delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego (arts. 79 y 41 bis del CP), unificó la condena con la dictada en los autos n° P16.139/20 e impuso la pena única de diecisiete años de prisión. Asimismo, lo declaró reincidente; todo ello en los presentes autos n° P-94.991/16.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La resolución impugnada tuvo por acreditado el hecho atribuido a Ríos Fernández, según el cual «[...] el día dieciséis de septiembre de dos mil dieciséis, a las cinco horas con quince minutos aproximadamente, Brian Márquez se encontraba caminando acompañado por Carlos Jofré Santa Cruz, por el interior del Barrio Jardín Central (Barrio San Martín), en inmediaciones de calle Llaretas y Padre Llorens de la Ciudad de Mendoza, cuando se le acercó corriendo por detrás Juan Pablo Ríos Fernández, exigiéndole que fuera a su casa a venderle unas municiones, que momentos antes Brian le había ofrecido, no haciendo caso de lo solicitado, por lo que continuaron caminando. A unos metros hacia el este de la calle Llaretas, Juan Pablo Ríos se le acercó aproximadamente a una distancia de un metro, sacó de su campera una pistola tipo Bersa calibre 22 y luego de decirle “vos no te llegás a mover” comenzó a dispararle a Brian Márquez, impactándole varios proyectiles en su cuerpo, los que posteriormente le ocasionaron la muerte. Al mismo tiempo, Brian Márquez sacó de su bolsillo un arma de fuego calibre 22 y efectuó disparos en defensa propia impactando en el cuerpo de Juan Pablo Ríos Fernández» (conf. fundamentos de la sentencia, fs. 630 vta.).

Para tener por acreditado ese hecho, el juez de la instancia previa valoró los testimonios de Rosalía Beatriz Márquez, Trinidad Luisa Márquez, Ezequiel David Márquez, Alexis Fernando Ríos, Leandro Alexis Ríos, Mauricio Alcides Santiago Jara, Carlos Jofré Santa Cruz, Enrique Alejandro Zárate, Carlos Javier Salinas, Romina Vanesa Malovini Beningaza y Juan Daniel Giménez Acosta; la declaración de Néstor Fabián González prestada durante la investigación penal preparatoria, las constancias de comunicación telefónica de fs. 1, 42, 55, 60, 64/65 vta., 69, 71, 73, 85, 105, 106, 108, 109, 123, 195 y 272; el acta de

denuncia de fs. 3/4; las actas de procedimiento, inspección ocular y el croquis ilustrativo de fs. 9/11, 15, 18, 44/45 y 57; las actas de ratificación de fs. 12, 14, 19, 46 y 58; las actas de secuestro de fs. 22, 28 y 59; el informe de fs. 36/37; las constancias de fs. 50 y 145; los informes de laboratorio n° 14865/14916, 14841, 14842 y 14896; los informes del Cuerpo Médico Forense de fs. 77/83; los informes de la División Química Legal n° 3261/16, 3275/16, 3338/16 y 3309/16; los informes de Policía Científica de fs. 88, 92, 162 y 164; el informe del Centro Estratégico de Operaciones de fs. 93/99; los informes de la División Balística Forense n° 1313/16, 1320/16 y 1450/16; los informes de la Sección de Identificaciones Balísticas n° 631/16 y 674/16; el informe de la Unidad de Terapia Intensiva del Hospital Lagomaggiore de fs. 131; el informe de la Unidad Investigativa Departamental de Capital de fs. 157; el Informe de Examen Físico del Cuerpo Médico Forense de fs. 201; el informe de necropsia del Cuerpo Médico Forense de fs. 202/205; el informe de examen psíquico de fs. 206; el informe de reconstrucción criminal n° 2948/16; el informe de rastros de fs. 269/270; la constancia de fs. 250; los informes de fs. 321/339, 349/352 y 370/371, el expediente P-132.089 y sus acumulados; y los antecedentes agregados a fs. 246/247, 431/432; 291/294, 417/419 y 168/177.

2.- Recurso de casación

La defensa de Juan Pablo Ríos Fernández funda el recurso de casación planteado en el art. 474, inc. 2 del CPP.

Ello, por considerar que la sentencia condenatoria adolece de **vicios procedimentales, específicamente en torno a la valoración de prueba que realiza** –a la que considera errada, parcial y arbitraria–.

De tal manera, solicita la **nulidad** prevista en el art. 416, inc. 4 del CPP. Tras manifestar su voluntad de informar oralmente el recurso y explicar las razones por las cuales considera que es formalmente procedente, expone los defectos en la valoración de prueba en que se basa el fondo de la impugnación.

En primer lugar, sostiene que si se coteja la ropa que fue secuestrada al acusado al momento de su ingreso al hospital, surge que vestía una camiseta de color naranja rota, una campera de color negro y gris claro rota, una campera deportiva blanca con rayas de colores a los lados y un chaleco color negro. Por su parte, el testigo Carlos Jofré sólo refirió que el atacante vestía ropa oscura.

Así, a criterio de la defensa no es posible identificar de ese modo al acusado, puesto que es lógico esperar que de todas las prendas secuestradas llevara arriba la campera blanca, pues es la única que no estaba rota.

La defensa también rechaza el **razonamiento de la sentencia que coloca como prenda visible del agresor al chaleco negro**.

A su vez, cuestiona que el tribunal considerara que sólo el chaleco tenía partículas compatibles con el disparo de un arma de fuego a poca distancia, pues también la campera presentaba manchas hemáticas, un orificio y partículas que indicaban un disparo.

En base a ello, la defensa sostiene que el indicio de la vestimenta no es unívoco.

En segundo lugar, resalta que no se produjo el secuestro del arma utilizada en el hecho, lo que hubiera permitido cotejar las vainas percutidas, aun cuando desde los inicios de la investigación se había vinculado al acusado con la víctima y se contaba con los domicilios de ambos, que no fueron allanados.

En tercer orden, sostiene que la ropa oscura que vestía el atacado –coincidente en parte con la que vestía Ríos Fernández–, las vainas recolectadas en el lugar del hecho y las extraídas de la víctima –coincidentes con el calibre y marca de las que llevaba Ríos Fernández entre sus ropas–, así como la cercanía temporal y espacial de ambos heridos, son indicios que admiten varias respuestas. No son unívocos, precisos y concordantes, como exige la jurisprudencia.

En cuarto lugar, analiza las declaraciones testimoniales de Carlos Jofré e insinúa la existencia de ciertas contradicciones. Por una parte, este testigo habría sostenido que no escuchó la conversación que la víctima tuvo con el acusado pero, por otra –y contradictoriamente–, pudo recordar el contenido de esa conversación: «[...] le dijo (Brian) que quería vender las balas y el otro le dijo que no estaba interesado». También afirma la defensa que existieron gruesas contradicciones entre el relato de los hechos que este testigo hizo durante la investigación y el que realizó luego, en el debate. En un momento declaró que el agresor había caminado junto con la víctima y él, hasta llegar a una iglesia, donde sacaron armas y se dispararon recíprocamente.

Dijo que creía que su amigo, la víctima, disparó desde el bolsillo, aunque en otro momento que declaró –según la defensa, contradictoriamente– omitió ese disparo desde el bolsillo.

En esa oportunidad, refirió que luego de que la víctima se reunió con un grupo de personas en la vereda –a las que él no se acercó–, se fueron caminando y un sujeto los empezó a perseguir disparándoles, y que allí la víctima directamente cayó al piso.

En otra versión del hecho, este testigo habría dicho que sí se aproximó a las personas que estaban en la vereda, que incluso le convidaron cerveza, y luego la víctima le ofreció cartuchos de calibre .22 a \$ 150 a uno de los sujetos, quien luego lo mataría. La defensa destaca que, aún cuando una de las versiones fuera cierta y el agresor los hubiera perseguido una cuadra disparándoles, no se encontraron vainas que respalden esa versión.

Tampoco es plausible, afirma, que el acusado pudiera correr una distancia considerable, en tanto presentaba una herida de bala en el pecho. Agrega que otra parte de la declaración de Jofré, donde habría referido que le contó lo sucedido a **«Erik Javier» y a Ezequiel David Márquez**, tampoco se ve corroborada por estos sujetos. Así, destaca que «Erik Javier» le dijo que vio al acusado agarrándose el pecho, pero Ezequiel Márquez expresó que iba solo y que no vio nada cuando, a criterio de la defensa, debió verlo.

También refiere que no se pudo corroborar que la víctima disparase desde el bolsillo, porque no se encontraron agujeros en las prendas que se secuestraron.

Otra contradicción radicaría en que declaró que la víctima ofreció las balas, pero luego dijo que las tenía él.

También dijo que el agresor era robusto, pero antes había declarado que era delgado. Además, sostiene que no se realizó una rueda de reconocimiento de personas, a pesar de estas diferencias en la descripción y de que el testigo dijo que podría reconocer al agresor.

Agrega que este testigo, en una de las versiones, declaró que cuando se acercó con la víctima a las personas que estaban en la vereda hablaron con el agresor, que les dijo que no tenía dinero para comprar las balas, pero que vivía frente a la «Plaza Picapiedras», les ofreció ir hasta allí y le dijo a la víctima que conocía a su padre.

La defensa afirma que el acusado sólo conocía de vista al padre, del barrio; que no está acreditado que viva frente a esa plaza y que, en definitiva, no tenía relación alguna con la víctima. Tampoco se realizó un reconocimiento en rueda de personas, a pesar de que Jofré dijo que podría reconocer al agresor. Rechaza la defensa que el transcurso del tiempo pueda explicar las graves contradicciones del relato de Jofré.

En quinto orden, la defensa analiza el testimonio de Rosalía Beatriz Márquez, quien declaró de forma coincidente con Carlos Jofré y, entre otros puntos, sostuvo que Ríos Fernández en una oportunidad, con furia, le dijo que él había matado a su hijo y que se lo estaban comiendo los gusanos.

La defensa ataca la credibilidad de ese testimonio que, a su criterio, luce como una afirmación ganancial para incriminar a quien ella cree –por el relato que recibió de Jofré– que mató a su hijo, pero que no es creíble que alguien diga semejante cosa.

Un sexto agravio se enfoca en cuestionar si Ríos Fernández conocía o no al padre de la víctima. Así, la defensa evalúa la declaración de Ezequiel Márquez y Carlos Javier Salinas al respecto, y concluye que no hay razones para que, si Ríos Fernández conocía sólo de vista del barrio al padre de la víctima, le diría a ésta que lo conocía desde chico.

En séptimo lugar, la defensa afirma que las partículas compatibles con el uso de un arma de fuego encontradas en las mangas de la campera del acusado no constituyen un indicio unívoco de que Ríos Fernández fuera el autor de los disparos, pues ello puede obedecer a diversas situaciones.

Aunque es claro que estuvo involucrado en un tiroteo y recibió un disparo, no hay razones para pensar que fue ese evento. Se trata de un barrio conflictivo donde hay tiroteos todas las noches y heridos todos los días.

Además, aunque las ocho vainas encontradas eran de la misma marca y calibre que las diez que se encontraron en la ropa del acusado, eso no es razón para sindicarlo como autor, puesto que no hay muchas marcas de balas que se comercialicen en el «mercado negro». Tampoco hay pruebas, afirma, que coloquen a Ríos Fernández como la persona que se enfrentó con Brian Márquez.

En razón de todo lo expuesto, concluye que la sentencia es arbitraria, infundada, contraria a la sana crítica racional y, por tanto, nula. Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de contestar la vista conferida, el Procurador General considera que el recurso de casación procede formalmente, aunque debe ser rechazado en el fondo.

Advierte que la defensa analiza algunos indicios y pruebas de manera aislada, con resalto de las contradicciones existentes entre las declaraciones prestadas durante la investigación y el debate, para poner en duda la autoría del acusado. Sin embargo, considera que el tribunal de la instancia previa realizó una valoración de la prueba integral y minuciosa.

En relación con el testigo presencial Carlos Jofré expresa que si bien presentó inconsistencias menores en su relato, desde el comienzo reconoció al acusado como el autor de los disparos y pudo explicar la mecánica del hecho y sus motivos.

Su relato se apoya en otros indicios, como el informe que determinó la distancia a la que fueron realizados los disparos, la descripción de la vestimenta y la cantidad de disparos realizados. Las contradicciones a las que alude la defensa aparecen como secundarias y sin entidad. De tal manera, entiende que la sentencia cuestionada debe ser confirmada en esta instancia.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso en tratamiento adelantado que en base a las razones que en lo sucesivo expondré, corresponde rechazar la impugnación y confirmar la sentencia condenatoria del tribunal de la instancia anterior.

Tal como surge de la reseña previamente efectuada, los agravios defensivos están orientados a cuestionar la valoración probatoria realizada por el juez de sentencia, sobre la base de considerar que se asentó sobre inferencias erróneas y antojadizas para considerar acreditada la versión de los hechos de la parte acusadora.

A partir de ello, la defensa tacha de arbitraria la resolución y, consecuentemente, violatoria de las reglas procedimentales aplicables. Sin embargo, el análisis de cada uno de los argumentos propuesto por la defensa demuestra que la sentencia ha meritado de manera adecuada el plexo probatorio.

Veamos.

En primer lugar, y en relación con el agravio orientado a señalar que el acusado no vestía ropas oscuras – como sostuvo el testigo Carlos Jofré–, sino una campera blanca, advierto que la defensa no logra sostener su crítica en buenas razones, y que frente a ello la sentencia ha explicado suficientemente los motivos que avalan que el acusado vestía, por encima de sus ropas, el chaleco negro secuestrado.

El único argumento que la defensa aporta para sostener que Ríos Fernández **vestía la campera blanca** por sobre las demás prendas secuestradas es que sólo esta prenda no estaba rota.

Claramente esta no es una buena razón para concluir que el acusado vistiera de ese modo, puesto que existen otras razones que sostienen la conclusión del juez de sentencia según la cual el acusado vestía un chaleco oscuro por sobre las demás ropas.

De hecho, la propia defensa reconoce la debilidad de este argumento. En efecto, frente al planteo de la defensa debe señalarse que la sentencia explicó que «[...] si bien entre las prendas se encuentra una campera color blanco, considero que Ríos Fernández llevaba como vestimenta visible –en último lugar– el chaleco color negro.

Efectivamente el informe del Laboratorio Nota Interna 14842 del Cuerpo Médico Forense y Criminalístico de fs. 80/81, describió las distintas prendas que se le secuestraron a Ríos Fernández. Entre ellas se destaca un chaleco color negro, cortado, con manchas hemáticas, el que presentaba un orificio en la zona superior izquierda».

Así, agregó que «[e]s razonable suponer que esta era la prenda que pudo ser visualizada por Jofré, que describió al agresor con ropa oscura. Ello no es caprichoso, ya que no sólo presentó esta prenda el orificio reseñado, sino además se detectaron partículas características con el disparo de un arma de fuego, desde una distancia no superior a dos metros (véase fs. 80 vta.), vestigios que no se detectaron en el resto de las prendas, de lo que se puede colegir, que era ésta y no otra prenda la colocada en el último lugar, es decir, aquella que era posible de ser visualizada». A ello agregó «[...] que la campera en colores gris y negro tiene capucha (véase fs. 80), y que la misma es de color negro, coincidiendo con la descripción de Jofré» –fundamentos, fs. 644 vta./645–.

En relación con esta sólida argumentación, la defensa se limita a sostener que la campera blanca también tenía manchas hemáticas, un orificio y partículas características de disparo. Sin embargo, que tuviera manchas de sangre no arroja información sobre el orden en que fue vestida, y lo mismo ocurre con el orificio.

En cuanto a las partículas compatibles con un disparo, debe tenerse en cuenta que según el informe del Cuerpo Médico Forense y Criminalístico que tuvo en cuenta la sentencia, tales partículas fueron halladas en los puños de la campera y en el orificio del chaleco –v. fs. 80 vta.–. Se trata de «[...] elementos metálicos que forman parte del fulminante, del proyectil y de la vaina, fundidos en un solo cuerpo y que por su tamaño y morfología sólo pueden provenir del disparo de un arma de fuego [...]» –v. fs. 80 vta.–.

Es decir, las partículas encontradas en el chaleco encuentran explicación racional en el disparo recibido por Ríos Fernández, mientras que las halladas en la campera, por estar ubicadas en las mangas, con los disparos efectuados por éste. En conclusión, el agravio no resulta idóneo para demostrar arbitrariedad de la sentencia.

En segundo lugar, en cuanto a la falta de secuestro del arma empleada para el ataque, debe decirse que la ausencia de este objeto entre los secuestros no implica que la teoría del caso de la acusación deba ser desestimada.

En otras palabras, **que no se encontrara el arma homicida** no supone que no pueda acreditarse la autoría del acusado a través de otros medios probatorios –que, de hecho y como se verá, es lo que ocurrió en este caso–.

De lo contrario, habría que explicar por qué quedarían impunes aquellos casos en los que los autores han podido eliminar u ocultar de manera eficiente el arma homicida (véase «Navarro Moreno»).

En punto a la parte de esta crítica que cuestiona que no se realizaran allanamientos en busca del arma, a pesar de conocer el domicilio del acusado, debe tenerse en cuenta que, si existen otros elementos de prueba que pueden generar la convicción de que el hecho sucedió de determinado modo –como ocurre en este caso–, no necesariamente se debe indagar en busca de otros elementos, como podría ser el arma homicida. Lo dicho queda claro al vincularlo con los agravios reseñados en tercer y séptimo lugar del apartado 2 de este voto –sobre el recurso de casación de la defensa– referidos al valor probatorio de ciertos indicios.

La defensa afirma que aunque el acusado vistiera ropas oscuras –como las que se asignaron al atacante–, se recolectaran vainas en el lugar del hecho coincidentes con las municiones que se encontraron en su posesión, que se lo hiriera de bala en cercanías temporales y espaciales con el ataque sufrido por la víctima; y, finalmente, que se encontraran partículas compatibles con el uso de un arma de fuego en sus mangas; lo cierto es que no son circunstancias que puedan actuar como indicios de que Ríos Fernández estuvo involucrado en el hecho.

Sostiene así la defensa que éstos no serían indicios unívocos pues se trata de circunstancias que pueden admitir explicaciones diversas, como ser que el barrio en cuestión es conflictivo y frecuentemente hay tiroteos. A partir de ello, sostiene que no puede tenerse por acreditada la intervención del acusado en el hecho.

La crítica no resiste el menor análisis. No sólo porque la sentencia condenatoria ha explicado detalladamente los motivos por los cuales estos indicios están acreditados, son plurales, concomitantes al hecho que se pretende probar, están interrelacionados y se refuerzan entre sí (véase a tales efectos, fundamentos, fs. 642 vta./649); sino también porque el propio relato que efectúa la defensa en su recurso contribuye a afianzar la idea de que se trata de indicios unívocos.

Es decir, la defensa enumera por lo menos cinco indicios que encuentran una explicación racional muy plausible en la intervención de Ríos Fernández en el hecho, pero luego afirma que pueden admitir diversas explicaciones que no estarían vinculadas al hecho.

En relación con ello, no aporta más datos de esas pretendidas diversas explicaciones que aquella vinculada con que el barrio donde ocurrió el hecho es «conflictivo» y ocurren tiroteos todas las noches, dato que en nada permite descartar la autoría de Ríos Fernández en el hecho, conforme a los elementos antes individualizados.

El cuarto agravio de la defensa se enfoca en la declaración de Carlos Jofré.

Las críticas reseñadas, sin embargo, no logran dar cuenta de la minuciosa valoración que el juez de la instancia previa realizó de este testimonio.

En efecto, de los fundamentos de la sentencia surge que «[...] [l]as circunstancias del hecho se acreditan suficientemente con el testimonio dirimente prestado por Carlos Jofré Santa Cruz.

Este testigo presencial mencionó las circunstancias temporo-espaciales de ocurrencia del suceso, la mecánica del evento, el móvil del mismo, dando una versión de cómo se sucedieron los hechos, todo relatado en primera persona.

De él se desprende una breve interacción entre víctima y victimario, el lugar de ocurrencia –interior del Barrio Jardín Central (Barrio San Martín)– y el horario aproximado del mismo. En cuanto móvil, de su relato se desprende que habría sido motivado en una actividad ilegal –compra venta de cartuchos para armas de fuego– que quedó frustrada [...]» (fundamentos, fs. 636).

Luego afirmó, en relación con este testimonio, que «[...] [e]ste testigo es un punto central en la acusación fiscal. Más allá de ciertas inconsistencias, que pueden tener su explicación, en lo medular su testimonio alcanza para desentrañar lo que ocurrió aquella madrugada».

A ello lo consideró central «[...] porque no hay otro elemento de prueba que nos marque –como lo hizo este testigo– la mecánica del hecho. Para decirlo de otro modo, el testimonio de Jofré junto al resto del material que analizaré demuestra razonablemente las interacciones, el presunto móvil y el desenlace.

Pero lo más importante a mi modo de ver, es que ninguna de las otras probanzas contradice el análisis de la situación narrada por este testigo presencial».

En cuanto a las inconsistencias de este testigo, que consideró menores, refirió que «[tenían] su razonable explicación en el horario de ocurrencia del hecho, en donde a esa hora todavía nos encontramos con una oscuridad a pleno.

Por otra parte, el testigo mencionó que habían estado consumiendo sustancias prohibidas –dijo que estaban drogados– y haber estado bebiendo, situación también ratificada con el informe del C.M.F. en el estudio practicado al cuerpo de la víctima (véase fs. 204/205).

A todo ello debo sumar la rapidez en la que se desencadenó la secuencia y los casi cinco años que han pasado desde su primera declaración, lo que implica que el testigo no recuerda con exactitud ciertas cosas.

Sería impensado y daría a dudar sobre la veracidad de su testimonio, que en las condiciones mencionadas pudiera reproducir todos y cada uno de los puntos preguntados a la perfección». Aclarado ello, el juez destacó que «[...] con este panorama trazado debo señalar que en lo medular, el testigo pudo mencionar acabadamente las circunstancias de tiempo, lugar y modo.

En este sentido, mencionó que aquel día era la madrugada y se encontraba junto a la víctima caminando a dos o tres cuadras de su casa, cuando se acercaron a un grupito de gente que estaban tomando y su amigo –la víctima– les ofreció unas balas que querían vender.

No quedó suficientemente claro si las balas, eran del declarante o del occiso. Manifestó además que Márquez llevaba un arma de fuego que le exhibió a un sujeto –de ese grupo– que se interesó por el negocio, pero que quería que lo acompañaran hasta los alrededores de la “Plaza Picapedras”.

Agregó que su amigo Brian le mostró “el fierro” luego de que este sujeto le manifestara cierto conocimiento de su padre, Carlos Salinas.

Sin embargo, la “transacción” no ocurrió y Jofré y Márquez se marcharon. Instantes después esta persona los alcanzó corriendo, llevaba las manos en los bolsillos y a la altura de la Iglesia de calle Llorens les iba hablando de que estaba interesado en las balas, hasta que se hizo hacia atrás y extrajo un arma de fuego y les dijo que se quedaran quietos, siendo que la víctima llevaba el arma en uno de sus bolsillos.

Luego relató que “mi amigo amagó a disparar y empezaron los tiros” siendo unos nueve o diez, manifestando Jofré que se quedó “helado”. Agregó además que “creo que a la otra persona le alcanza a dar uno”. Los disparos –según el testigo– ocurrieron a una distancia de un metro y medio,

aproximadamente». Luego agregó, «[...] [o]currido este desenlace, Jofré logra salir corriendo, mientras el agresor se acercó a su amigo que estaba tirado en el suelo, en busca “del fierro”, mientras que el otro “chabón” se agarraba el pecho. Si bien dijo no recordar quién disparó primero, si agregó que fue el otro sujeto quien primero extrajo el arma y los apuntó.

Agregó además que creería que Brian también disparó y que “fue todo muy rápido”. Si bien dijo desconocer quién era este agresor, mencionó que era una persona alta, con capucha y ropa oscura [...]» –fundamentos, fs. 641/641 vta.–.

Ahora bien, a estas consideraciones del testimonio de Carlos Jofré realizadas en la sentencia, la defensa opone una serie de críticas:

- 1) que el testigo en un momento declaró que no escuchó la conversación entre la víctima y el grupo de personas, y luego sí;
- 2) que por una parte dijo que el agresor los alcanzó corriendo, pero por otra que caminaba junto con ellos;
- 3) que refirió que la víctima habría disparado desde el bolsillo, pero previamente también que el agresor los alcanzó y la víctima directamente cayó al suelo;
- 4) que no se encontraron vainas que respaldara la versión según la cual el agresor los persiguió una cuadra disparándoles;
- 5) que no es plausible que Ríos Fernández hubiera corrido si presentaba una herida de arma en el tórax;
- 6) que las personas a las que les habría contado el hecho no corroboraron su versión;
- 7) que no se corroboró el eventual disparo desde el bolsillo;
- 8) que el testigo se contradijo sobre si el agresor era robusto o delgado;
- 9) que no existía una relación entre el acusado y el padre de la víctima, como declaró el testigo; y
- 10) que pudo hacerse un reconocimiento en rueda de personas para que el testigo indicara si el atacante era Ríos Fernández, o no, pero no se hizo.

Advierto que la estrategia defensiva consiste en aislar partes del testimonio en cuestión para asignarle un sentido contradictorio con otras declaraciones prestadas previamente durante la investigación, aunque no logra su cometido.

En efecto, en la audiencia de debate Carlos Jofré explicó detalladamente cómo se habían desarrollado los hechos la noche en que la víctima fue ultimada, sin que se le hiciera notar contradicción alguna.

En este sentido, sostuvo que la noche del hecho él, en compañía de Brian Márquez, circulaba por el barrio cuando observaron a un grupo de personas sentadas en la vereda bebiendo, y se aproximaron.

Márquez les ofreció vender unas balas que Jofré tenía, pero ninguno de ellos se mostró interesado. Luego Márquez les mostró un arma que llevaba consigo, y uno de los sujetos se interesó y les ofreció ir a otro lugar del barrio para realizar la transacción.

Ese sujeto, que sería Ríos Fernández, también mencionó que conocía al padre de Márquez. Jofré y Márquez no se mostraron de acuerdo con la idea de trasladarse y se retiraron. Cuando caminaban en las inmediaciones de una iglesia, el sujeto se acercó, cargó un arma y les dijo que se quedaran quietos.

Comenzaron a dispararse, no recuerda quién disparó primero porque se encontraba bajo efectos de estupefacientes, y Márquez cayó al piso. El otro individuo tomó el arma de Márquez y comenzó a dispararle a él, que se fue corriendo. Creyó ver que el agresor, cuando se iba del lugar, se agarraba el pecho como si hubiera sido herido por Márquez.

Luego, cuando se enteró de que esa misma noche había ingresado al hospital una persona herida de bala en el pecho, la vinculó con la persona que los había atacado –ver registros audiovisuales del 29 de junio de 2021, min. 01:36 a 46:00–.

Las pretendidas contradicciones que señala la defensa no constituyen otra cosa que matices sobre datos periféricos al hecho central que atestiguó Jofré. En este sentido, en el debate fue claro en señalar qué intercambio verbal tuvieron él y Márquez con las personas que estaban sobre la vereda; también explico de qué modo y en qué lugar habían sido alcanzados por el agresor, y señaló que no podía estar seguro sobre si Márquez había disparado o no desde el bolsillo, ni si había sido el primero en disparar, porque había consumido estupefacientes.

Durante el debate la defensa no solicitó explicaciones al testigo sobre ninguno de los extremos que ahora, en su recurso de casación, advierte como contradicciones.

La única pregunta que introdujo la defensa en ese sentido estaba orientada a aclarar una potencial contradicción sobre el hecho de que el agresor hubiera o no «cargado» el arma cuando llegó al lugar donde estaban ellos, pregunta que fue aclarada a instancias de la defensa, la fiscalía y el tribunal –ver registros audiovisuales del 29 de junio de 2021, min. 42:00 a 45:39–.

En este sentido, Jofré aclaró que cuando dijo que el agresor «cargó» el arma no quería decir que se le había «introducido un cargador», sino que preparó el percutor tirando de la parte superior de la pistola hacia atrás.

Es decir, quedó claro que no aludía a la acción de introducir municiones en el arma, sino a la de amartillar el percutor para dejarlo listo para el disparo. La defensa, ante esta explicación, manifestó expresamente que la contradicción que pretendía aclarar había sido despejada.

Luego al testigo se le comunicó que podía retirarse, sin que la defensa lo interrogase sobre otros puntos que menciona como contradicciones, como ser el lugar donde se encontraron las vainas, la posibilidad de que hubieran sido perseguidos por una persona herida, las personas a las que éste había relatado el suceso, las características físicas del agresor –esto es, si era robusto o delgado– o la relación entre el acusado y el padre de la víctima. Una crítica en esta instancia de esa naturaleza no resulta idónea para generar un estado de duda, como pretende la defensa, máxime cuando el tribunal de la instancia anterior justificó adecuadamente las razones por las cuales atribuyó credibilidad al testimonio de Jofré –véase, a tales efectos, la cita transcripta previamente–.

Surge claro, además, que la declaración de Jofré no fue valorada aisladamente por el tribunal, sino unida al resto del material probatorio e indiciario, que generó el estado de convicción respecto a la autoría de Ríos Fernández.

Resta señalar, en relación con el reconocimiento en rueda de personas que la defensa demanda, que esta medida pudo ser solicitada por la defensa si así lo creyó necesario durante la investigación, lo que no surge de la compulsión de las actuaciones P94.991/16.

En tales condiciones, la medida no aparece como un acto omitido en la investigación, sino como una medida que no fue considerada necesaria –y que no es excluyente–.

El quinto agravio defensivo reseñado versa sobre el testimonio de Rosalía Beatriz Márquez, madre de la víctima, quien entre otras cosas dijo que el acusado le había reconocido que había matado a su hijo, e incluso se jactaba de ello. La defensa se limita a afirmar que esto es poco verosímil.

Tal crítica no puede ser acogida, puesto que no se trata de un elemento de convicción central o decisivo para la argumentación de la sentencia.

En otras palabras, **excluido hipotéticamente este tramo de la declaración, la sentencia condenatoria no varía.**

Además, la crítica se basa en una **mera especulación de la defensa sin sustento lógico** alguno: no es improbable que los hechos hayan ocurrido del modo en que declaró el testigo.

Lo mismo ocurre con el sexto agravio reseñado, vinculado con el hecho de que Ríos Fernández conociera o no al padre de la víctima.

Este dato no ha sido relevante para la condena, de manera tal que se trata de **una crítica vana y superficial**, que no afecta a la sentencia como acto jurídico.

En definitiva, el tribunal de juicio analizó adecuadamente la totalidad de los elementos de prueba incorporados a la causa, a instancias del Ministerio Público Fiscal como la defensa de Juan Pablo Ríos Fernández, valorándolos con una visión de conjunto y relacionándolos entre sí, inclusive la versión de los hechos desarrollada por el acusado, sin que se verifiquen en esta tarea los vicios denunciados por la impugnante.

En virtud de ello y tal como se adelantó, considero que los agravios deducidos por la defensa resultan ser tan sólo un **modo divergente de analizar el material probatorio** que de ningún modo conduce a la nulidad del pronunciamiento cuestionado como pretende.

Por lo expuesto, corresponde desestimar los agravios aquí analizados y dar respuesta negativa a la primera cuestión propuesta, desde que la sentencia no adolece de los vicios alegados por la defensa. ASÍ VOTO.

Voto Dra. Day y Dr. Gómez. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los Dres. MARÍA TERESA DAY y JULIO R. GÓMEZ adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. MARÍA TERESA DAY y JULIO R. GÓMEZ adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los Dres. MARÍA TERESA DAY y JULIO R. GÓMEZ adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto en autos por la defensa de Juan Pablo Ríos Fernández.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese DR. OMAR A. PALERMO Ministro DRA. MARÍA TERESA DAY Ministro DR. JULIO R. GOMEZ Ministro

11- VILDOZA SORIA. 15-06-22. (JJ)

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	-	M	AF	PCE	-	-	A P1°	-	CR	-	-	-	N	474 458

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=856>

Lex: Art. 80 inc. 7 y 166 inc. 2, 2° párrafo del CP. 165 CP. Art. 7 de la ley 4.969. Art. 458, primer párrafo del CPP. Art. 38 inc. “b”, 41 inc. c y d de la ley n° 9106.

Vox: Homicidio agravado. Criminis causa. Concurso real. Robo agravado. Uso de arma. Homicidio en ocasión de robo. Juicio por Jurados. Juicio de cesura. Nulidad. Efecto extensivo del recurso. Función revisora. Plus de legitimidad que rodea al veredicto del jurado popular. Audiencia de Voir dire. Autoría. Participación primaria. **Plenario.**

Summa:

El TPC condenó a:

a-Agüero Toledo a la pena de **veintitrés años de prisión**, e inhabilitación absoluta por igual término de la condena, con costas y accesorias legales, como autor penalmente responsable del delito de homicidio en ocasión de robo (art. 165 del Código Penal),

b-los coimputados Vildoza Soria y Villanueva Figueroa a la pena de **veintidós años de prisión**, e inhabilitación absoluta por igual término de la condena, con costas y accesorias legales, como partícipes primarios del delito de homicidio en ocasión de robo (art. 165 del Código Penal)

Las defensas interponen recursos de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP). Los cuestionamientos centrales son la valoración de la prueba y el monto de la pena.

El Procurador General entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La SCJM rechazó el recurso de casación de Agüero y Villanuevo, haciendo lugar parcialmente al recurso de Vildoza. Anuló la sentencia cuestionada **sólo respecto de la determinación judicial de la pena de los tres acusados** (art. 458, primer párrafo del Código Procesal Penal). En tal sentido, y de acuerdo a lo previsto en el art. art. 38 inc. “b” de la ley n° 9106), remitiendo las actuaciones al TPC (arts. 458 y 486 del CPP).

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1724, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CI.

Precedentes citados

a-SCJM

- Petean Pocoví. 07-02-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=276>
- Tizza. 08-01-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=449>
- Acuña. 07-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=710>

b-CSJN

- «Canales». 02-05-19: <https://inecip.org/wp-content/uploads/000084206.pdf>
- La sentencia resulta una unidad lógica en la que en la que su parte dispositiva es la conclusión necesaria de las premisas fácticas y normativas efectuadas en sus fundamentos (ver, al respecto, CSJN, Fallos 118:243; 113:64; 111:339 y 28:129). Enunciación que se ha visto reafirmada por la aseveración de que la sentencia constituye un todo indivisible (Fallos: 330:4040; 330:1366; 328:412; 315:2291).

b-CIDH

- «VRP VPC vs Nicaragua» 08-03-18:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_350_esp.pdf

Precedentes relacionados

a-SCJM

- Carranzani Ochoa. 26-03-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=21>
- Oro Sergio. 26-03-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=23>
- Minati Krier. 08-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=172>
- Arzuza. 24-06-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=540>
- Vazquez Correa. 20-09-21. <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/fallos89581.pdf>
- Zuñiga. 29-03-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=803>
- Farias Toledo y ots. 19-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=805>
- Di Cesare. 28-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=814>

Parágrafos destacados.

De tal manera, ese **particular respecto que merece la decisión del jurado popular** determina que la tarea de revisión encomendada a esta instancia no consiste en un control de la deliberación del jurado popular –la cual es secreta, conf. art. 33 de la ley 9.106–, sino en una evaluación de la plausibilidad de la teoría del caso que el jurado popular consideró acreditada o que dio lugar a su veredicto de culpabilidad.

Ese control debe revisar específicamente si «[...] la sentencia condenatoria o la que impone medidas de seguridad se derive[a] de un veredicto de culpabilidad del Jurado que **sea arbitrario o se aparte manifiestamente de la prueba** producida en el debate» (conf. art. 41, inc. d, ley 9.106).

Doctrina citada.

Schiavo, Nicolás, “El juicio por jurados. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2016, pág. 649.

SCJM. Dres.: Garay, Adaro, Gómez, Palermo, Valerio, Llorente. Dra. Day (Disidencia).

Fallo

CUIJ: 13-06735353-0/1((018601-152452)) F C/ VILDOZA SORIA DIEGO NORBERTO, VILLANUEVA FIGUEROA LUCAS SEBASTIAN, AGUERO TOLEDO FRANCISCO JAVIER P/ HOMICIDIO CRIMINIS CAUSA EN CONCURSO REAL CON ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO (152452) (152452/17) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105993701*

En Mendoza, a los quince días del mes de junio del año dos mil veintidós, reunida la Suprema Corte de Justicia en pleno tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06735353-0/1 caratulada "F. C/ VILDOZA SORIA, DIEGO NORBERTO; VILLANUEVA FIGUEROA, LUCAS SEBASTIÁN Y AGÜERO TOLEDO, FRANCISCO JAVIER P/ HOMICIDIO CRIMINIS CAUSAE EN CONCURSO REAL CON ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO S/ CASACIÓN".

La defensa de los acusados, cada uno por su parte, plantean recursos de casación contra la sentencia n° 1.724 pronunciada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial luego de la realización del juicio por jurados populares previsto por la ley 9.106, por la cual se condena a Francisco Javier Agüero Toledo a la pena de veintitrés años de prisión, e inhabilitación absoluta por igual término de la condena, con costas y accesorias legales, como autor penalmente responsable del delito de homicidio en ocasión de robo (art. 165 del Código Penal), y a los coimputados Diego Norberto Vildoza Soria y a Lucas Sebastián Villanueva Figueroa a la pena de veintidós años de prisión, e inhabilitación absoluta por igual término de la condena, con costas y accesorias legales, como partícipes primarios del delito de homicidio en ocasión de robo (art. 165 del Código Penal) que se les atribuye en la causa n° P-152.452/17.

A fs. 14/16vta. el entonces Presidente de la Sala Segunda de este Tribunal, Dr. José V. Valerio, convocó a la Suprema Corte de Justicia en pleno a efectos de resolver los recursos mencionados, en uso de las facultades previstas por el **art. 7 de la ley 4.969**.

De acuerdo a lo determinado en la audiencia de deliberación, la decisión adoptada por la Suprema Corte de Justicia en pleno, integrada por los señores ministros Dres. Dalmiro Garay Cueli, María Teresa Day, Mario D. Adaro, Julio R. Gómez, Omar A. Palermo, José V. Valerio y Pedro J. Llorente, fue por mayoría de votos.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Son procedentes los recursos interpuestos?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, LOS DRES. DALMIRO GARAY CUELI, PEDRO J. LLORENTE Y JOSÉ V. VALERIO, DIJERON:

1.- Sentencia recurrida

La decisión impugnada condenó a Diego Norberto Vildoza Soria, Lucas Sebastián Villanueva Figueroa y a Francisco Javier Agüero Toledo a raíz de que **el jurado popular** constituido en autos, conforme a las previsiones de la **ley 9.106**, los encontró culpables del hecho que se les atribuyó.

Según el alegato de apertura del Ministerio Público Fiscal, el hecho que se acusó fue el siguiente: «[e]l día 4 de noviembre de 2017, siendo las 12:56 horas, Francisco Javier Agüero Toledo, uno de los acusados, apodado "toro", mantuvo comunicación telefónica con otro de los acusados, Diego Vildoza, y le consultó si había hablado con el tercer acusado, Lucas Villanueva, ya que cerca de la casa de este último había efectivo. Posteriormente a esa comunicación, a las 13:17 hs. de ese mismo día, Lucas Villanueva mantiene

una comunicación con Diego Vildoza, y le informa que había tomado conocimiento que su vecino, Juan Carlos Moya, había cobrado una suma importante de dinero producto de un trabajo de carpintería que le había realizado a Rodrigo Chalamán, que era un cliente que era dueño del Corralón Gomensoro, acordando en ese momento Villanueva, Vildoza y Agüero en ir a sustraer no sólo el dinero que se había enterado que había cobrado, sino también la Ford [modelo] Kuga perteneciente a Juan Carlos Moya. A fin de dar cumplimiento a ese acuerdo, horas después, ese mismo día, el 4 de noviembre de 2017, a las 16:30 horas, Lucas Villanueva, Diego Vildoza, Francisco Javier Agüero Toledo y Miguel Ángel Donoso Quinteros, se hicieron presentes en las inmediaciones de calle Victoria y Gutemberg de Villa Nueva, Guaymallén, en un vehículo Ford [modelo] Fiesta Kinetic [de color] blanco que estaba conducido por Vildoza. De ese vehículo descendieron Donoso y Agüero, se dirigieron al domicilio de Juan Carlos Moya, sito en calle Gutemberg 995. Una vez en el domicilio, los atiende Gonzalo Moya, que es el hijo del carpintero, y estas personas le manifiestan que venían a buscar un presupuesto por unos muebles. Gonzalo les dijo que iba a consultar a su papá, que se encontraba durmiendo, y en ese momento, Agüero y Donoso sacaron armas de fuego, apuntaron a Gonzalo, lo ingresaron al domicilio, y lo dirigieron a la habitación en la que se encontraba descansando Juan Carlos junto a su mujer Alicia. Una vez en el interior de la habitación, [exigieron] el dinero que sabían que había cobrado, resistiéndose Juan Carlos al pedido, por lo que Agüero efectuó dos disparos que terminaron con la muerte de Juan Carlos Moya. Posteriormente, estas personas se dieron a la fuga en el Ford [modelo] Fiesta Kinetic [de color] blanco donde estaban esperándolos Villanueva y Vildoza» (v. aud. del día 02/08/2021 de las 13:35 hs., a mins. 00:43:50 a 00:46:30). Las partes estipularon tener por probado: «1) Existencia del dato del cobro de dinero por parte de la víctima, 2) Que los tres acusados, conforme el examen psíquico practicado, son personas con capacidad mental para comprender la criminalidad del acto, dirigir sus acciones y en consecuencia, no resultan inimputables» La sentencia n° 1724 y sus fundamentos dan cuenta de las instrucciones iniciales impartidas al jurado, de las instrucciones finales y especiales que se proporcionaron una vez clausurado el debate, del veredicto unánime de culpabilidad alcanzado respecto de los acusados de mención, así como también, de la individualización de pena efectuada por el juez técnico a su respecto.

En las instrucciones especiales, se expresó el hecho acusado del siguiente modo: «[e]l día sábado 4 de noviembre del 2017, aproximadamente a las 16:30 horas, dos personas ingresaron por la fuerza y munidos con armas de fuego al domicilio del Sr. Juan Carlos Moya. [D]entro del mismo, luego de un forcejeo[,] le efectuaron dos disparos de arma de fuego que causaron su muerte[,] dándose a la fuga donde eran esperados por otros individuos a bordo de un Ford Fiesta Kinetic blanco en que se dieron todos a la fuga. Ese vehículo esta[ba] ubicado sobre calle Victoria» (conforme instrucción especial n° 20, “Ley Aplicable al Caso”. “Hechos”).

En tanto resulta relevante para la resolución de los recursos interpuestos, corresponde reseñar que la sentencia impugnada determinó en concreto el monto de la condena aplicada a los acusados, en los términos del **art. 38 inc. b de la ley 9.106**.

Al abordar la tercera cuestión, el juez técnico entendió que correspondía imponer a Francisco Javier Agüero Toledo la pena de **veintitrés años de prisión**, y a Diego Norberto Vildoza Soria y Lucas Sebastián Villanueva Figueroa la sanción de **veintidós años de prisión**.

2.- Los recursos de casación interpuestos

En lo sucesivo se reseñarán separadamente los recursos de casación interpuestos por cada una de las defensas de los acusados, de acuerdo con el orden cronológico en que dichas impugnaciones fueron presentadas y admitidas formalmente por el tribunal de origen.

a. Recurso de casación planteado por la defensa de Diego Norberto Vildoza Soria

La defensa particular del acusado Vildoza Soria interpone recurso extraordinario de casación contra la sentencia antes mencionada, fundando su impugnación en ambos incisos del art. 474 del CPP, es decir, por considerar que existen vicios sustanciales y procedimentales que la descalifican como acto jurisdiccional válido.

En particular, refieren que existen vicios de fundamentación en la determinación judicial de la pena aplicada a su representado, derivados de: (i) irregularidades en la interpretación del veredicto popular y errónea distinción en las formas de participación criminal; y, (ii) arbitraria y omisiva valoración de las pautas legales de mensuración previstas en los arts. 40 y 41 del CP. i.

En relación al primer punto de la crítica, los recurrentes traen a colación los hechos alegados por las partes acusadoras junto con aquellos que integraron las instrucciones dadas al jurado por el juez técnico, y la discusión sobre el monto de la pena que tuvo lugar durante la audiencia de cesura entre el representante del Ministerio Público Fiscal, la querrela particular y la defensa.

Con ello, los defensores remarcan que en el marco de esa audiencia, la acusación –pública y privada– consideró erróneamente que todos los acusados fueron coautores del delito que se les atribuyó, cuando en realidad el veredicto popular consideró que Vildoza tuvo una participación primaria en el hecho.

Manifiestan que ese error se trasladó a los fundamentos de la sentencia cuando el juez técnico, al momento de determinar el monto de pena finalmente aplicado al acusado referido, se apartó arbitrariamente de aquello que resolvió el jurado popular, imponiéndole pena como coautor del ilícito investigado. Vicio que, a su criterio, ha generado gravísimas consecuencias para su asistido dado que la culpabilidad es sensiblemente menor, al igual que el monto de la pena al momento de su individualización. Entienden que se trataría de una grave falencia del juez, que ha incidido directamente en su valoración de la conducta de Vildoza Soria al momento de determinar la pena aplicable, demostrándose con ello que sus fundamentos al respecto no se ajuntan a los hechos ni al derecho.

Al analizar la causa de esa equivocación, expresan que ella pudo obedecer a que el juez arribó a su convencimiento luego que ambas acusaciones –pública y privada– evacuaran la vista conferida durante la audiencia de cesura, y confundieran el verdadero alcance del veredicto popular en relación con la calificación legal de la conducta de su representado. Labor en la que, además, la judicatura omitió considerar los argumentos ofrecidos en esa misma oportunidad por la defensa técnica de Vildoza Soria. Desde allí, interpretan que ese desvío arbitrario de lo resuelto por el jurado popular determinó que el juez técnico encontrara lógica la solicitud de ambas partes acusadoras, para que se aplicara el mismo monto de pena respecto de todos los responsables del hecho –veintitrés años por parte del Ministerio Público y veinticinco años en el caso de la querrela–, sin distinguir de acuerdo a la participación efectiva en el hecho de cada uno de ellos.

Deslinde que, incluso, también debía realizarse aún cuando todos fueran coautores. En razón de lo expuesto, entienden que este vicio sustancial en la sentencia la torna nula. ii. Por otra parte, expresan que el juez también incurrió en vicios de procedimiento al momento de individualizar la pena, derivados de no haber distinguido en esa labor las distintas formas que asumió la participación en los hechos de los acusados en general, y de Vildoza Soria en particular.

Además de ponderar arbitraria y parcialmente las pautas legales contenidas en los arts. 40 y 41 del Código Penal. En cuanto a lo primero, plantean que el juez técnico no ha contemplado cuál fue la efectiva participación que tomó cada uno de los sujetos en el hecho juzgado al momento de individualizar la pena,

y que ello ha impactado perjudicialmente en la individualización de la reacción penal contra su asistido procesal.

Al respecto, mencionan que tanto las pruebas que fueron ventiladas en el debate, incluidas las declaraciones de la familia de la víctima, acreditan que Vildoza Soria no ingresó al domicilio y que, por lo tanto, no poseía el dominio del hecho. Aclaran que si bien esa circunstancia no obsta a que el jurado popular encontrase culpable al acusado –en calidad de partícipe primario– del homicidio investigado –lo que no cuestionan en esta instancia–, ello importa un aspecto que debe ser considerado al momento de efectuar el reproche penal.

Porque no es lo mismo realizar un aporte a un hecho que ejecutar la acción típica del delito que se trate. Desde allí estiman que todas las valoraciones realizadas por el juez acerca de aquello que sucedió en el interior del domicilio de la víctima, no pueden ser aplicadas al acusado como agravantes de penalidad, porque no debe responder por el exceso del autor, esto es, del coimputado Agüero Toledo.

Explican que existe amplio consenso en que, más allá que **el art. 45 del Código Penal** establezca la misma pena para el autor y el partícipe, el ilícito del autor es más grave al de aquel. Pues, de lo contrario, no tendría ningún sentido la diferenciación de las formas de participación en un hecho, si esta no fuera una característica relevante para mensurar la pena, más aún cuando la propia ley realiza con precisión esa distinción.

De esta manera, concluyen en que si el juzgador hubiera distinguido cuál fue el grado de intervención de Vildoza Soria en el hecho –participación primaria– y su efectivo aporte al mismo –esperar a los coautores del homicidio en ocasión de robo a unas cuadras del domicilio de la víctima–, nunca la pena podría exceder del primer tercio de la escala penal prevista para el delito en cuestión, esto es, entre los diez y los quince años de prisión. En cuanto a lo segundo, plantean críticas de tres tipos.

Por un lado, sostienen que el juez técnico ha vulnerado la prohibición de doble valoración. Por otro, que no se han considerado debidamente la existencia de circunstancias atenuantes de pena. Finalmente, que la sentencia aplica un derecho penal de autor y no de acto.

En ese orden, cuestionan que se haya valorado como agravante la muerte de la víctima, porque esa circunstancia se encuentra comprendida dentro del tipo penal, y ha sido tomada en cuenta por el legislador al determinar en abstracto la escala penal respectiva. Pues es el resultado muerte en un robo lo que precisamente configura la figura agravada del art. 165 del Código Penal. Luego de ello, cuestionan que el razonamiento del juez técnico, al momento de individualizar la pena, no incluye la ponderación de ciertos factores que revisten la calidad de atenuantes.

Entre ellos, la ausencia de antecedentes computables respecto de Vildoza Soria, así como también, y la inexistencia comprobada mediante el examen psíquico practicado, de indicadores de peligrosidad. En base a ello, solicitan se case la sentencia atacada en lo que respecta exclusivamente a la imposición de la pena, quedando indemne el veredicto unánime del jurado popular. En consecuencia, se ordene el reenvío de las presentes actuaciones al tribunal a quo a fin de que, con otra composición, realice una nueva audiencia de cesura y dicte una nueva sentencia de imposición de pena.

Finalmente, la defensa efectúa reserva del caso federal.

b. Recurso de casación planteado por la defensa de Lucas Sebastián Villanueva Figueroa

La defensa particular de Villanueva Figueroa impugna la sentencia con base en las previsiones **del art. 474 incs. 1 y 2 del CPP. Invoca los arts. 41 inc d de la ley 9.106 y 474 incs. 1 y 2 del CPP.**

Solicita la revisión integral de los hechos, del derecho aplicado y de la prueba producida en el debate a fin que este tribunal de revisión case la sentencia cuestionada y absuelva a su defendido o,

subsidiariamente, se lo condene por el delito de partícipe secundario en el delito de robo agravado por el uso de arma de fuego.

En primer lugar, el letrado considera que el **veredicto de culpabilidad es arbitrario por dos razones.**

Por un lado, porque el jurado popular **no da razones mínimas protocolizadas** de la forma que arribó al decisorio cuestionado.

Por otro, desde que se aparta manifiestamente de la prueba producida en el debate, encontrando culpable al acusado por un hecho en el que no tuvo participación. Para sostener este último punto de agravio –que es el único que desarrolla en su escrito–, la defensa afirma que el veredicto condenatorio sólo se sustenta en conjeturas realizadas por el representante del Ministerio Público Fiscal, que no se sustentan en los elementos probatorios reunidos en autos, y producidos durante la audiencia de debate. Elementos que descartan la presencia de dato alguno que vincule a su representado con el hecho objeto del proceso, y, por tanto, su propia teoría del caso.

Señala que **las escuchas telefónicas consideradas por el Ministerio Público Fiscal** para dar base a la acusación en contra de Villanueva Figueroa, carecen de significación jurídica. Dice que su contenido ha sido perversamente interpretado por el acusador público para enrostrarle participación en el hecho a su representado, atribuyéndole el «aporte del dato».

Pues se trata de una **conversación sobre un supuesto acto preparatorio que no tiene relevancia penal.**

Expresa que tanto el hijo de la víctima –Gonzalo Moya–, como quien fuera en vida su esposa, aún cuando conocían a Villanueva Figueroa, ya que era su vecino, afirmaron que no fue la persona que le dio muerte a Juan Carlos Moya.

Agrega que el testimonio de Viviana Arriga –testigo ofrecida por el Ministerio Público Fiscal– coincide con los otros testigos cuando descarta la presencia de Villanueva Figueroa en el lugar del hecho y, por ende, su «intervención en la fuga» de los responsables del crimen. Relata que la testigo dijo que vio un automóvil Ford Fiesta Kinetic blanco estacionado en el medio de la calle, orientado hacia calle Irigoyen, al que un hombre se sube ingresando a través de la puerta delantera derecha, y que luego sale rápido, trasladando en fuga al supuesto autor del hecho.

Pero que, además, también afirmó que en ese vehículo se encontraba una sola persona, que era quien conducía, la cual no era Lucas Villanueva. Sobre este aspecto, la defensa alega que si bien el automóvil utilizado para la fuga tenía los vidrios polarizados, ello no representa un impedimento para que alguien pueda visualizar la existencia de bultos en el interior del rodado.

Dice que los informes técnicos sobre las **celdas de geoposicionamiento** del teléfono celular de Villanueva Figueroa, que lo ubican en la zona de los hechos, se comprende desde que dicho sujeto es vecino de la víctima.

Por último, niega que haya existido un supuesto plan criminal entre los acusados, como lo afirmó el representante del Ministerio Público Fiscal, sino que todo se trató de una improvisación. La falta de convergencia intencional de parte de Villanueva Figueroa respecto del hecho del proceso elimina la existencia del aspecto subjetivo –dolo– de la figura penal en cuestión, que ha sido inconstitucionalmente presumido por el órgano acusador. En base a ello, estima que la ausencia de respaldo probatorio convierte al veredicto de culpabilidad del jurado popular en arbitrario, al contradecir **los arts. 18, 31 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.**

En segundo lugar, y a modo de planteo subsidiario, considera que el monto de la pena aplicada, conforme los parámetros de los arts. 40 y 41 del Código Penal, constituye un acto carente de sustento constitucional, habida cuenta de su ostensible falta de razonabilidad y proporcionalidad respecto de Villanueva Figueroa.

Afirma que su asistido carece de antecedentes penales, y reitera que no tuvo una participación primaria en el hecho del proceso.

En todo caso, pretendió cooperar en la tentativa del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo, ya que se demostró que no estuvo en el lugar al momento del crimen. Por lo cual, no dominó, ni pudo prever en absoluto, la mecánica de los acontecimientos. Señala en este tramo del recurso, que no se indagó a la Dra. Bustamante, autora de la necropsia obrante a fs. 317/319. La defensa considera que se trata de una omisión relevante porque, según ese informe, los disparos de arma de fuego fueron a menos de setenta centímetros de distancia del occiso. Por ende, debió indagarse la distancia exacta de tales disparos.

Agrega que el forcejeo aludido por los testigos presenciales del hecho pone en evidencia que pudo existir culpa objetiva de la víctima en el resultado dañoso, si se llega a determinar científicamente que el curso de los disparos fue consecuencia de la pelea con uno de los acusados. A

dvierte, de este modo, que se trata de una omisión particularmente relevante y que podría configurar una situación de nulidad constitucional, que puede plantearse en cualquier estado y grado del proceso. Concluye solicitando que, en su caso, este Tribunal case la sentencia y condene al Villanueva Figueroa a la pena de cinco años de prisión, y accesorias legales, como partícipe secundario en el delito de robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo.

Finalmente, la defensa efectúa reserva del caso federal.

c. Recurso de casación planteado por la defensa de Francisco Javier Agüero Toledo

Por último, el recurso promovido por la defensa particular del imputado Agüero Toledo se basa en ambos incisos del art. 474 del CPP., es decir, por considerar que la decisión en crisis adolece tanto de vicios in **iudicando como in procedendo**.

En esa línea, construye su impugnación con base en una estrategia argumentativa que se erige con base en dos agravios. En primer lugar, aduce que el jurado popular se apartó de las instrucciones dadas por el juez técnico porque, de haberlas respetado y fielmente seguido, sería imposible que la coherencia de las pruebas esgrimidas condujera a un veredicto de culpabilidad respecto de su representado. Por diversos motivos, pone en duda que las mismas hayan sido entendidas por sus integrantes, a saber:

(a) por la duración temporal de las mismas –dos horas y media aproximadamente–; (

b) por la complejidad técnica de la explicación y la cantidad de vocabulario que un no profesional del derecho escasamente comprende; y, por último,

(c) por la complejidad que supone para sus miembros tener que recordar, verificar e incluir cada una de las pruebas que se desarrollaron durante el debate.

Desde allí interpreta que el jurado no comprendió, entre otros aspectos, cuáles eran los extremos que debía considerar para emitir un veredicto de culpabilidad, qué es la duda razonable y quién tiene la carga de la prueba.

En segundo lugar, aduce que el veredicto de culpabilidad resulta arbitrario, porque no se ajusta a las probanzas rendidas en la causa, las que acreditan ampliamente la teoría del caso de la defensa del acusado. Luego de repasar el contenido de sus alegatos de apertura del debate, la defensa refiere que la única prueba que sitúa a Agüero Toledo como autor del hecho, es una huella encontrada en el cargador de municiones de 9 mm hallado en el interior del arma con la que se dio muerte a la víctima. Sin embargo, señala que esa huella fue hallada junto a, mínimamente, cuatro huellas más, que no fueron cotejadas.

Además, refiere fue el propio acusado quien dio una explicación sobre su existencia un año antes del debate e, incluso, aportó datos de quiénes pudieron también tocar esos cargadores, de dónde prevenían

y a quién fueron entregados. Explicación que tiene un correlato fundado, y que demuestra la existencia de una duda razonable sobre la autoría.

Seguidamente, analiza las declaraciones testimoniales recogidas durante el debate. Manifiesta que el hijo de la víctima –Gonzalo Moya–, testigo presencial del hecho, quien forcejeó cuerpo a cuerpo con el autor del disparo que le provocó la muerte a su padre, describe a ese sujeto aportando características físicas que no son compatibles con las que posee Agüero Toledo.

En el mismo sentido, expresa que la viuda de Carlos Moya, también testigo presencial del hecho, si bien describe al autor como una persona joven, remarcó que su principal atención durante el desarrollo del hecho fue observar al sujeto que lo tenía apuntado a su hijo, dando características coincidentes con las del Sr. Donoso, actualmente prófugo. Información que, al respecto, coincide con la aportada por los demás testigos que la fiscalía señala para sustentar la acusación, incluido el Subcomisario Yáñez, aunque ninguno de ellos da una sola similitud con Agüero Toledo.

Destaca que los hijos de quien fuera el primer imputado en esta causa –Pedro Mercado– declararon en juicio, y confirmaron que «de oídas» llega el apodo «Torito» a este hecho, que lo conocen de vista, del ámbito del deporte, que es una persona muy bajita, muy morocha de cincuenta años.

Además, uno de aquéllos integró la rueda de reconocimiento en la que Gonzalo Moya lo señaló como autor del hecho, aunque en juicio dijo que él no tenía «treinta, cuarenta años como quien dicen que disparó», lo que no se corresponde a la franja etaria de Agüero Toledo.

Afirma que el personal de división de escuchas telefónicas declaró no tener certeza material de que el sujeto que hablaba en aquella escucha fuera Agüero Toledo, como también lo afirmó el representante del Ministerio Público Fiscal, sino que esa conclusión fue una suposición.

Menciona que la defensa aportó a la causa diversos testimonios que acreditan su hipótesis desinriminatoria.

Por un lado, se incorporó por lectura la declaración de Alejandro Ameni – testigo fallecido al momento del juicio–, quien fuera la persona que trasladó a Agüero Toledo a trabajar a Blanco Encalada horas antes del hecho. Por otro, el testimonio del señor Alfredo Funes, quien le abonó ese día de trabajo al inculso en las inmediaciones de Blanco Encalada. Finalmente, menciona el relato de Claudio Tello.

Especifica que las testimoniales de Yanson, Prado, Meyer, Mercado, Cepeda y Martínez, si bien acreditan diversas aristas del hecho investigado, aportando datos como profesionales de la investigación o como terceros, sólo concluyen en que fueron dos personas los autores del crimen: una con las características de Donoso Quinteros, y otra –sobre el autor de los disparos– con características de edad, altura, contextura y ciertos detalles estéticos naturales y/o agregados opuestos a los de Agüero Toledo.

Los vecinos del lugar que vieron a los autores, antes y después del hecho, describieron a los dos autores y señalaron rasgos fisonómicos distintos a los de Agüero Toledo. Ese ámbito de duda que estima la defensa existe sobre la autoría de su representado en el delito por el cual resultó finalmente condenado, encuentra en la declaración de Sánchez, alias «Loro», otro elemento que desacredita la versión que oportunamente brindara Mercado, mientras se encontraba acusado por este delito.

Esto porque, a diferencia de lo que considera la acusación pública, el testigo negó conocer a Agüero Toledo y haber intervenido en la supuesta venta del arma homicida. Agrega, que los informes técnicos tampoco aportan datos que sitúen a su asistido en el lugar del hecho o en el vehículo secuestrado, a diferencia de los otros acusados, que poseían ADN que los sitúa en el automotor que trasladó a los responsables del evento criminoso.

Considera impropio que el representante del Ministerio Público Fiscal alegara en forma reiterada que la huella de Agüero Toledo fue encontrada en el arma homicida pues, en realidad, se halló en el interior del cargador. Interpreta que esa maniobra del órgano acusador hizo prejuzgar a los miembros del jurado popular, confundiéndolo mediante un alegato repetitivo de una falacia probatoria.

Motivo que vicia su veredicto.

Por las razones expuestas, considera que en el caso se ha verificado una flagrante violación del derecho de defensa en juicio y del debido proceso. Para el caso en que el recurso no sea acogido, efectúa reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de contestar la vista de ley conferida, el señor Procurador General considera que los recursos planteados son procedentes desde el punto de vista formal, aunque deben **ser rechazados en el fondo**.

En cuanto al recurso de casación articulado por la defensa del Vildoza Soria, refiere que la lectura de los fundamentos dados por el juez técnico al abordar la tercera cuestión de la sentencia – determinación de la pena– sella la suerte adversa del argumento defensivo, por cuanto el error en la mención que hizo el magistrado sobre el tipo de participación criminal que le atribuyó el veredicto de culpabilidad a cada uno de los acusados en el análisis de la segunda cuestión, ha obedecido a un error material, que no incidió en la determinación de la pena.

Pues en esa labor, al referirse nuevamente al veredicto de culpabilidad, el juez profesional distinguió adecuadamente las diversas conductas delictivas ejecutadas por cada uno de los responsables, siendo ese aspecto material el que determinó la aplicación de penalidades diversas para ello. Por otra parte, descarta la pretendida arbitrariedad en la determinación de la pena, y la omisión de valoración de las pautas legales contenidas en los **arts. 40 y 41 del Código Penal**.

Respecto del recurso promovido por las defensas de Villanueva Figueroa y Agüero Toledo, afirma que ambos cuestionan la valoración de la prueba efectuada por el jurado popular.

Refiere que son improcedentes los agravios que califican de **arbitrario el veredicto, por falta de fundamentación y por ser producto de una deliberación secreta no controlable**, en tanto la aplicación del método de la íntima convicción en la valoración de la prueba no supone abandonar la lógica la psicología y la experiencia común, y que el medio deliberativo se enriquece con la variedad de razonamientos, intercambios y conciliación a la que llegó el jurado.

Identifica en ello la razón por la cual el control casatorio no se ejerce sobre los razonamientos de los miembros del jurado, porque se trata de doce personas en las que reposa la soberanía del pueblo que, en forma unánime, han decidido sobre opciones e instrucciones dadas por el juez profesional.

Deja sentado que en autos se ha dado acabado cumplimiento al procedimiento dispuesto **por la ley 9.106** que regula el juicio por jurados populares en la provincia de Mendoza, en cumplimiento del **art. 24 de la Constitución Nacional**.

En particular, en cuanto tiene que ver con las disposiciones contenidas en el Capítulo IV, lo que se refleja en las instrucciones dadas al jurado en forma verbal y escrita, las que fueron consentidas por las partes en su oportunidad.

Afirma que el veredicto de culpabilidad alcanzado por el jurado popular emerge del plexo probatorio rendido durante el juicio, el que fuera analizado en deliberación secreta por sus integrantes, de acuerdo a las precisas instrucciones impartidas en las que se detalló, entre otros, que la decisión debe basarse en toda la prueba presentada en esa instancia, y ser unánime. Por ello, al considerar que la decisión del

jurado luce lógica y consecuente con las pruebas rendidas, estima que no debe hacerse lugar a los recursos interpuestos.

4.- Audiencia de informe oral

En la Sala N° 15 del Polo Judicial Penal del Poder Judicial de Mendoza, se llevó a cabo la audiencia in voce realizada a instancia de las defensas de los coimputados Diego Norberto Vildoza Soria y Lucas Sebastián Villanueva Figueroa.

Reunido el tribunal en pleno, se le cedió la palabra a las partes en el siguiente orden: primero, al Dr. Pablo Cazabán por la defensa de Vildoza Soria, segundo, al Dr. Cristian Puga por la defensa de Villanueva Figueroa, tercero, el Dr. Fernando Guzzo por el Ministerio Público Fiscal, y, por último, a la Dra. Jimena Villanueva en su calidad de representante legal de la parte querellante (que no pidió informar oralmente), exponiendo cada una de ellas sus respectivos argumentos, los que han sido digitalmente registrados en el soporte de audio y video correspondiente.

5.- La solución del caso

Voto Dr. Garay, Dr. Llorente y Dr. Valerio.

Puesto este Tribunal a resolver la cuestión en tratamiento se considera correspondiente rechazar los recursos de casación planteados por las defensas técnicas de los acusados Villanueva Figueroa y Agüero Toledo, y admitir la impugnación interpuesto por los defensores del acusado Vildoza Soria.

En su caso, y por tratarse de un delito cometido por varios imputados, y dado que los agravios admitidos en esta etapa extraordinaria de revisión no se basan en motivos exclusivamente personales de este último acusado, debe anularse la sentencia recurrida únicamente en cuanto tiene que ver con la **determinación judicial de la pena** respecto de los tres coimputados (art. 458 del CPP).

Ello por los motivos que serán desarrollados a continuación.

El repaso de las impugnaciones planteadas por las defensas técnicas de los acusados permite observar que sus cuestionamientos se proyectan sobre dos aspectos centrales de la resolución objetada.

Por un lado, sobre la **valoración de la prueba** realizada por el jurado popular constituido en autos. Por otro lado, respecto del desarrollo argumental que ofrece el juez técnico, al momento de individualizar los distintos **montos de penalidad** que les fueron aplicados a cada uno de los responsables por sus respectivas participaciones en el hecho principal juzgado.

En efecto, los defensores de los coimputados Villanueva Figueroa y Agüero Toledo consideran que el veredicto de culpabilidad es arbitrario porque, entre otros argumentos, los elementos probatorios producidos durante el debate y aquellos que fueron incorporados debidamente a la causa, no permitirían acreditar con certeza la intervención de sus asistidos en el hecho.

Mientras que la defensa del coimputado Vildoza Soria refiere que la sentencia adolece de un déficit de fundamentación en orden a la individualización judicial de la sanción penal aplicada a sus representados –agravio que es compartido con la defensa de Villanueva Figueroa–.

Ambas defensas critican la labor de determinación judicial de la pena efectuada por el juez, a quien le atribuyen los siguientes vicios:

- a) apartamiento al contenido del veredicto del jurado;
 - b) omisión de consideración sobre los distintos grados de participación criminal en el hecho investigado;
- y
- c) ausencia de valoración de circunstancias atenuantes de penalidad.

En lo sucesivo, se abordará la totalidad de los agravios defensivos siguiendo un esquema lógico y expositivo que, respetuoso de la individualidad, permita un abordaje que los integre analíticamente en cuanto resulte lógicamente posible.

Ello a fin de explicar razonadamente los motivos por los cuales este Tribunal considera –como se anticipó– que si bien la sentencia condenatoria no se deriva de un veredicto de culpabilidad que pueda ser teñido de arbitrario o, en su caso, que revele un manifiesto apartamiento de la prueba, estima que la determinación e individualización de la pena realizada por el juez técnico –como bien lo presenta y desarrolla principalmente la defensa de Vildoza Soria–, presenta un déficit de fundamentación que, únicamente en este punto, convierte la sentencia en parcialmente nula.

a) Consideraciones en relación con la valoración de prueba realizada por el jurado popular.

En primer lugar, brevemente corresponde delimitar la **función revisora de esta instancia**.

Tal como ha sostenido este Tribunal en anteriores oportunidades, la revisión de la valoración probatoria realizada por el jurado popular –que, a diferencia de los tribunales de jueces profesionales, no exterioriza su mérito de la prueba– no consiste en una «superposición» del criterio del tribunal de casación con el del jurado popular, sino en una **evaluación acerca de la razonabilidad de la hipótesis que el jurado consideró acreditada**, en relación con las pruebas que fueron producidas durante el juicio (conf. «Petean Pcoví», «Tizza» y «Acuña», en el mismo sentido, CSJN «Canales» y Corte IDH «VRP VPC vs Nicaragua»). Dado el **plus de legitimidad que rodea al veredicto del jurado popular**, la única ocasión en que los jueces y juezas profesionales de esta instancia podemos examinar el resultado de la valoración probatoria realizada por el jurado popular, es cuando ésta acoge la teoría del caso de la acusación o cuando, aún sin acogerla completamente, su veredicto es de culpabilidad (art. 41, primera parte, de la ley 9.106).

Veredicto de no culpabilidad. Absolución. No admite recurso excepto soborno.

Pues, cuando se trata de un **veredicto de no culpabilidad**, la solución al respecto surge del texto expreso de la ley. Aquí, el legislador provincial ha establecido, en forma excluyente, que «Si el veredicto es de no culpable, será obligatorio para el Juez y hará cosa juzgada material, concluyendo definitiva e irrevocablemente el procedimiento y la persecución penal en contra del acusado.

Contra el veredicto de no culpabilidad y la sentencia absolutoria correspondiente **no se admite recurso alguno, salvo** que el acusador **demuestre fehacientemente** que el veredicto de no culpabilidad fue **producto de soborno**.

Jurado estancado. Absolución. No admite recurso excepto soborno. Art. 38 Ley 9106.

Tampoco se admitirá recurso alguno contra la sentencia absolutoria dictada por el Juez ante **un Jurado estancado**, salvo que fuera producto de soborno» (conf. art. 38, inc. d de la ley 9.106).

Revisión extraordinaria de veredictos condenatorios. Regla de deferencia.

En segundo lugar, específicamente en lo que se refiere al alcance y la amplitud de la labor de revisión extraordinaria de los veredictos condenatorios emitidos por un jurado popular, conviene mencionar aquí que ese control casatorio debe ejercerse con una **gran deferencia** por el rol de determinación de los hechos que efectúa el jurado.

Decisión que **merece su irrestricto respeto**, desde que ella es consecuencia directa del ejercicio pleno de la **soberanía que el pueblo** se ha reservado constitucionalmente, y cuya efectivización se realiza en un marco legalmente definido, esto es, en un juicio único y público, con control adversarial de las partes en la selección (deselección) en la **audiencia de voir dire**, como al ingreso de la prueba, con intermediación y ejercicio efectivo de la técnica del examen y contraexamen de los testigos y de litigación de las instrucción

finales, y lo que significa la poderosa deliberación secreta de los doce miembros y veredicto unánime (**conf. «Tizza» y «Acuña»**).

De tal manera, ese particular respecto que merece la decisión del jurado popular determina que la tarea de revisión encomendada a esta instancia no consiste en un control de la deliberación del jurado popular –la cual es secreta, **conf. art. 33 de la ley 9.106**–, sino en una evaluación de la plausibilidad de la teoría del caso que el jurado popular consideró acreditada o que dio lugar a su veredicto de culpabilidad.

Ese control debe revisar específicamente si «[...] la sentencia condenatoria o la que impone medidas de seguridad se derive[a] de un veredicto de culpabilidad del Jurado que sea arbitrario o se aparte manifiestamente de la prueba producida en el debate» (**conf. art. 41, inc. d, ley 9.106**).

Dicho en otras palabras, nos toca corroborar que exista alguna interpretación razonable de la prueba que permita sostener el veredicto del jurado popular y, en ese caso, confirmar la decisión condenatoria arribada cuando resulte posible según las instrucciones impartidas y la prueba producida e incorporada al debate.

Dicho esto, teniendo en cuenta que, en primer orden, las críticas defensivas enumeradas y sintetizadas en el acápite pertinente –defensores de los coacusados Villanueva Figueroa y Agüero Toledo–, ponen en tela de juicio la razonabilidad de la valoración probatoria realizada por el jurado para sustentar que el veredicto condenatorio emitido, y la sentencia dictada en su consecuencia por el tribunal son arbitrarios, a continuación se expondrán los motivos por los que considera que todas las objeciones planteadas en este punto, deben ser rechazadas.

Tarea para lo cual, no obstante que el núcleo de la crítica casatoria es el mismo –lo que justifica su tratamiento conjunto en este segmento de la presente resolución–, lo cierto es que se estima conveniente examinar por separado las premisas que sustentan sus respectivos razonamientos, dispensando un tratamiento que se ajuste a las particulares posiciones y pretensiones de las partes. (i) La defensa de Lucas Sebastián Villanueva Figueroa requiere una revisión integral de los hechos, del derecho y de la prueba producida en el debate, a fin de que este Tribunal case la sentencia cuestionada y lo absuelva de delito que se le atribuye o, en su defecto, se lo condene como partícipe secundario del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego.

En ese orden, elabora su razonamiento crítico a partir de una premisa principal, basada en la afirmación de la ausencia de elementos de prueba que acrediten la participación de su representado en el hecho del proceso, ello en base a tres alegaciones distintas: primero, que no es posible atribuirle participación criminal primaria a Villanueva Figueroa a partir del contenido de las escuchas telefónicas consideradas por el representante del Ministerio Público Fiscal, porque reflejan un diálogo referido a un supuesto acto preparatorio que, por tanto, no tiene relevancia desde la óptica penal; segundo, que tampoco la prueba testimonial ni informativa obrante en autos acredita su participación en la fuga de los responsables; y, tercero, que la inexistencia de plan criminal para perpetrar el hecho impide comprobar que haya existido una convergencia intencional entre los acusados que vincule subjetivamente al acusado de mención en el homicidio investigado, concluyendo que, en su caso, sólo habría querido cooperar en un robo tentado –ver, en extenso, la reseña del recurso efectuada en el punto 2.b de este voto–.

Al respecto, corresponde señalar que ninguno de los argumentos señalados por la defensa resulta suficiente para controvertir el veredicto emitido en autos. Ello en tanto el jurado popular constituido en autos ha tenido por acreditada la teoría del caso de la Fiscalía y ha declarado culpable al recurrente, sin que se advierta en esa labor arbitrariedad o apartamiento manifiesto de la prueba.

Ello, impide verificar la insuficiencia probatoria invocada por la defensa. Veamos.

Este Tribunal no comparte el argumento de la defensa, referido a la alegada intrascendencia de la conversación telefónica mantenida entre Lucas Villanueva y Diego Vildoza.

Se observa que el sentido cargoso que le asignó el representante del Ministerio Público Fiscal a ese elemento probatorio, en aras de acreditar ciertos extremos fácticos de su teoría del caso, se justifica si se analiza el tenor de esa comunicación dentro del contexto fáctico que rodeó –previa y posteriormente– el hecho delictivo juzgado, de acuerdo con la reconstrucción que razonablemente pudo realizar el jurado popular, en función de la prueba incorporada a la causa, y la sustanciada durante el debate.

En este aspecto, conviene destacar la declaración de Jesús Darío Cepeda Galdame durante el debate, quien intervino durante la investigación de los hechos como Subcomisario Principal de la División Escuchas Telefónicas y Antisecuestros de la Dirección de Investigaciones. Luego de exponer detalladamente los mecanismos y procedimientos que se despliegan cuando se ordena judicialmente una intervención telefónica, el testigo explicó que en el curso de una investigación particular en la que se ordena una intervención de líneas telefónicas, puede suceder que el operador tome conocimiento a través de ellas, de la existencia de información relevante relacionada con otros hechos delictivos, independientes del que se está investigando.

Aclaró que, en ese caso, lo que se hace es extraerse copias de los respectivos audios y grabaciones, y remitírseles a la Unidad Fiscal que corresponda intervenir (v. aud. del 03/08/2021 de las 10:34 horas, mins. 00:07:51/00:09:16). Indicó que esa situación fue clave en la investigación que tuvo lugar en los presentes obrados, porque precisamente en la fecha en que se produjo el homicidio de Juan Carlos Moya, personal de la Unidad Fiscal de Sustracción de Automotores se encontraba abocado a la investigación de maniobras delictivas (autos n° P-16153/17).

Precisamente en el marco de esos obrados, se había ordenado «una serie de tres intervenciones vinculadas a Lucas Villanueva, a otra persona más y a Vildoza», a fin de obtener información vinculada por «anormalidades en la comercialización de vehículos, sea porque se tratara de vehículos con adulteración de documentación, o alguna adulteración en cuanto a la integración del automotor en sí, puede ser chasis adulterado, motor adulterado, o que los mismos eran producto de alguna sustracción y después comercializados» (v. min. 00:10:39/00:11:23).

Posteriormente señaló que el marco de aquella investigación en curso se detectó conversaciones entre los hoy acusados, que por su tenor y por las circunstancias de tiempo y lugar en que se produjeron, se vinculaban precisamente con el homicidio de la víctima en las presentes actuaciones.

Al referirse a ellas, mencionó que «se produjeron en una línea particular, que era la que utilizaba Vildoza en ese momento, dos comunicaciones puntualmente, que dejaban entrever [...] que estaban diagramando la posible comisión de un hecho delictivo en donde decían que había efectivo en el lugar» (v. min. 00:11:49/00:12:20).

Describió también el contenido de la primera comunicación telefónica. Dijo que se trató de una conversación mantenida entre Vildoza Soria con «una persona identificada como “Toro” en donde éste le consultaba si se había podido comunicar con Lucas (Villanueva), porque había un dato para “hacer efectivo”». Aclaró el sentido de las expresiones utilizada, y señaló que cuando se utiliza el término “efectivo”, lo es para referirse a «[...] dinero, [es decir] para la obtención de dinero en efectivo [...]», conclusión que apoyó en el uso normal que de esa palabra se hace «dentro del mundo del hampa delictivo» y en la calidad de los sujetos investigados, quienes serían personas con antecedentes penales por hechos delictivos (v. min. 00:11:52/00:12:55).

Respecto de la segunda comunicación mencionada, indicó que aquí «Vildoza habla finalmente con Lucas [Villanueva] [...] tienen un dialogo no tan extenso, pero sí de un par de minutos, donde [aquel] le deja primero entrever una situación de una comercialización de unos vehículos. Y después sí ya entran propiamente [en referencia al presente hecho], porque le habría preguntado Vildoza en ese momento [a Lucas Villanueva] qué era lo que tenía para informarle y, ahí sí ya entran [en la conversación], de que había alguien próximo a su domicilio [...].

Alguien que había adquirido algo de “cincuenta Lucas”, que “había alardeado”, asique estaba como para ir y buscarla». Refiere que en el desarrollo de la conversación entre ambos interlocutores, «Vildoza, producto de este conocimiento, dice “quedate tranquilo”. Aclaró que «mencionaban también una camioneta Kuga» y que decían «quedate tranquilo que ya la vamos a ir a buscar y vamos a andar en Kuga y después vamos a tener plata”, alardeaban sobre esa situación», lo que fue interpretado como «la posible concreción de ir a [cometer] un hecho respecto de ese monto de dinero» (v. mins. 00:13:08/00:14:18). Indicó que ambas conversaciones se produjeron en fecha 04/11/2017, y que si bien no recordaba con precisión los horarios, éstas ocurrieron en horas próximas al mediodía (00:14:23/00:14:30). Luego de estas declaraciones, el fiscal interviniente le solicitó al juez técnico autorización para que el contenido de esas conversaciones telefónicas aludidas por el testigo fueran reproducidas en la sala de debate, siendo ello permitido por el magistrado (v. min. 00:14:30/00:00:19:39).

En este sentido, y dado que se trata de uno de los elementos de prueba que valoró la acusación –pública y privada– para sostener sus respectivas teorías del caso, surge pertinente transcribir aquí los pasajes más relevantes de aquellos diálogos. Obsérvese que los mismos fueron ofrecidos por el Ministerio Público Fiscal y la querrela como prueba instrumental, e integraron el contenido de los acuerdos probatorios celebrados entre las partes intervinientes (identificada como «D-3 Audios y desgravados de las llamadas realizadas el día [04/11/2017]»), según da cuenta de la audiencia preliminar realizada en fecha 01/03/2021. Oportunidad en la cual el juez interviniente rechazó las oposiciones presentadas por las defensas de los tres acusados, quienes se oponían a la reproducción de esas conversaciones telefónicas en debate (ver copia digitalizada obrante en el sistema LeD).

Según se desprende de las copias de los autos N° P-16153/17, originaria de la Unidad Fiscal de Sustracción de Automotores, en la primera comunicación a la que hizo mención el testigo Cepeda, uno de los sospechosos era Diego Vildoza, y cuyo teléfono se encontraba intervenido por decisión judicial –abonado n° 261-156447785–, recibió un llamado telefónico de parte de un sujeto masculino «N.N (a) Toro» –el que se correspondería a Agüero Toledo– desde el abonado n° 261- 152159934–, el mismo día del hecho – 04/11/2017–, a las 12:58:22 hs.

En esa conversación, luego de un breve diálogo trivial entre ambos respecto de un sujeto al que identificaban bajo el nombre “Lucas”, el emisor de la conversación - “N.N (a) “Toro” –Agüero Toledo–, le pregunta al receptor –Diego Vildoza–: «¿Hablaste con él, hablaste con él, con el Lucas?», a lo que este último responde que «no». Vildoza le consulta acerca de «¿qué es lo que hay?», a lo cual «Toro» le dice «efectivo hay». Vildoza agrega «joya, y ¿ahí cerca de él?», a lo que el otro interlocutor le responde «sí». La conversación culmina cuando Vildoza le dice a «Toro» «bueno, decile (por Lucas) que venga, pues culiado así vamos y lo buscamos», acordando que «Toro» le llamaría inmediatamente a Lucas para que éste lo llame a Vildoza, y ambos se dirigieran al domicilio de este Vildoza (ver fs. 532 y vta.).

Por su parte, en la misma fecha, pero en el horario que va desde las 13:17:17 a las 13:19:57 horas, se produjo la segunda conversación telefónica antes aludida. En este caso, se trata de la llamada realizada por Lucas Villanueva –abonado n° 261-152159934– a Diego Vildoza – abonado n° 261-156447785–.

Precisamente en esa comunicación, tal como lo aseguró el testigo Cepeda, se observa un diálogo que puede ser escindido, a los fines de su interpretación, en dos partes.

Un primer tramo, cuando hablan de supuestas operaciones comerciales con automotores –se habla de «una chata», «un 147» y «un Neón»–. Mientras que en el segundo, ciertamente relevante en los presentes autos, donde Diego Vildoza –ya al saber por Agüero que tenía algo más– le pregunta concretamente a Lucas Villanueva «¿y lo otro qué lo que es?», momento en el que este último le dice «te acordás el que yo te comenté el del giramento, [...] de la Kuga [...] yo ahora fue a hacer soldar unas sillas él [...] de mi casa, bueno entre medio de la casa de él y la mía [...] y estaba con otros viejos así, también de filo él, uno de los dueños de acá de la casa de repuestos Martín...y fanfarroneando el viejo este dice, “recién le voy a cobrar al Salamán”, Salamán es el que, el que tiene los corralones [...] que le estaba haciendo una casa [...] dice “recién me paga” [...] como cincuenta palos eran así, todos verdolaga [...] ¿me entendes lo que te digo?». A lo que Vildoza responde entre risas «no te hagas problema, ya vamos para allá [...] no te hagas problema, sí, no te hagas drama [...]». Villanueva contesta «dale, a las tres los espero». Mientras que Vildoza le dice «pero ponete el bolsín (o bochín) más grande que tengas [...] están hasta la pija [...] vamos a tener plata y auto ya vas a ver....ya están hasta la pija todos, el chaman ese culiado, ya están hasta la pija todos negro, vamos a andar en Kuga vamos andar [...] nos vemos enseguida» (ver fs. 534/536).

Conforme se desprende de lo transcripto, la triangulación y el análisis integrado de los dichos de los tres acusados en las dos conversaciones reseñadas precedentemente, tornan ciertamente plausible la decisión del jurado popular, al escuchar tanto la declaración del testigo Cepeda, como los audios de las conversaciones mantenidas por los acusados, momentos previos al hecho principal, pudieran considerar que ambas pruebas avalaban la teoría del caso de la acusación.

Pues, es ciertamente posible interpretar que, en este caso, Lucas Sebastián Villanueva Figueroa fue el sujeto que aportó la información referida al cobro de dinero por parte de Juan Carlos Moya.

Ello se explica precisamente a partir de los dichos del testigo Cepeda cuando señaló que, en la primera conversación, Agüero Toledo le adelantó a Diego Vildoza que Lucas Villanueva le había comentado que un vecino suyo –posteriormente la víctima– tenía en su poder una suma importante de dinero y un vehículo –Ford Kuga–. Información ratificada por el propio Villanueva cuando, en la segunda comunicación, le confirmó el dato, aportándole detalles precisos sobre la procedencia de la información. De tal manera, de la información proveniente de ambas fuentes surge que Lucas Villanueva, además de aportar la información aludida, intervino activamente en la organización y ejecución del plan delictivo dirigido a desposeer violentamente a Juan Carlos Moya de sus pertenencias.

Plan que justamente ejecutaron a través de comportamientos ilícitos que se cumplieron a escasas horas posteriores a la última conversación entre Villanueva y Vildoza.

Obsérvese al respecto que mientras la última comunicación concluyó a las 13:19:57 horas del día 04/11/2017, las conductas delictivas que ocasionaron el fallecimiento de la víctima se consumaron alrededor de las 16:30 horas aproximadamente de ese mismo día.

Por lo tanto, las alegaciones de la defensa en este punto no encuentran asidero suficiente en las probanzas rendidas en la causa. Así, no es posible considerar que aquella sólo se trató de una mera «conversación irrelevante» como lo plantea el recurrente, cuando ha quedado demostrado que esos diálogos, especialmente aquel en el que intervino Villanueva Figueroa, y que fueron reconocidos por el mismo (v. audiencia 04/08/21 de las 10:53), unívocamente reflejan que éste fue el responsable de suministrar la información que determinó esencialmente el comportamiento delictivo de los acusados.

Además, resulta claro de la prueba que existió un plan criminal ideado, deliberado y ejecutado por los responsables –según los términos utilizados por los inculos en sus conversaciones–, evidenciándose un claro reparto de tareas y roles, del que Villanueva Figueroa no estuvo al margen: suministrar la información sobre el botín, asistir al domicilio de la víctima junto con los restantes responsables, e intervenir en el proceso de fuga del lugar.

Esto último surge de manera contundente de la segunda conversación telefónica examinada, cuando Villanueva Figueroa, luego de comunicarle el plan delictivo a Vildoza Soria, le dijo «los espero a las tres», a lo que éste le respondió «enseguida nos vemos».

Es decir, ambos acordaron reunirse momentos antes que se cometiera el robo.

Si tomamos en consideración que Vildoza Soria vivía en el departamento de Godoy Cruz, y que Villanueva Figueroa tenía su domicilio precisamente en Guaymallén, dado que era vecino de la víctima, es ajustado a la lógica interpretar que aquel lo pasó a buscar a éste precisamente en un vehículo cuya tenencia le fue comprobada a Vildoza.

Con lo cual puede afirmarse que Villanueva Figueroa no cumplió meramente con un acto preparatorio del delito juzgado, sino que participó en la ejecución del hecho punible, mediante aportes esenciales al mismo.

Instrucciones especiales. Participación.

No puede soslayarse al respecto que las **instrucciones especiales** impartidas a los miembros del jurado contenían indicaciones expresas, precisas y claras sobre las distintas formas de participación criminal; consideraciones conceptuales genéricas que, además, fueron proyectadas y vinculadas por el juez técnico en relación con las distintas figuras penales en cuestión.

Por un lado, el jurado recibió la instrucción acerca de **que «la participación es una contribución no ejecutiva a un hecho delictivo ajeno.** Tiene carácter accesorio en relación al hecho delictivo principal, e importa la dependencia del hecho del partícipe respecto del hecho del autor. [...] [P]uede ser primaria o necesaria cuando el partícipe presta al o los autores un auxilio o cooperación sin la cual el delito no podría haberse cometido».

Asimismo, que «el criterio para determinar el tipo de participación está en **el valor del aporte o contribución** y se funda en la eficiencia del auxilio o cooperación en relación al delito cometido», por lo cual, será **partícipe primario** quien «[...] hace un aporte indispensable para la consumación del hecho».

Por otro lado, y ya en relación directa con el delito de homicidio en ocasión de robo – figura penal seleccionada por el jurado popular para encuadrar típicamente las conductas delictivas juzgadas–, se instruyó que debían analizar «primero la intención de Diego Vildoza, Francisco Agüero y Lucas Villanueva de participar en un robo con arma de fuego y después determinar si en el curso de ese intento de robo, los imputados o alguno de ellos causó una muerte», para luego, si consideraban «como resultado del análisis cuidadoso de toda la prueba presentada y admitida y de conformidad con las instrucciones que les he impartido, que la fiscalía les probó más allá de duda razonable que Diego Vildoza, Francisco Agüero y Lucas Villanueva cometieron este delito menor incluido de homicidio en ocasión de robo, [debían] declarar culpables de este delito, **debiendo distinguir si es en calidad de autor, partícipe primario o partícipe secundario**».

De tal modo, si el jurado popular encontró a Villanueva Figueroa culpable como partícipe primario del delito de homicidio en ocasión de robo, ello significa que luego de haber analizado la totalidad de la prueba, consideraron unánimemente que el acusado colaboró en el hecho del autor a través de aportes, sin los cuales no habría podido cometerse.

Tales extremos, surgen con evidencia tras el análisis de la conducta desarrollada por el acusado de mención en el plan común, lo que impide considerar que la conclusión de los jurados en este punto presente vicios de arbitrariedad o apartamiento manifiesto de la prueba.

En cuanto al agravio referido a la inexistencia de prueba que acredite Villanueva Figueroa se encontraba en el interior del automóvil utilizado por los responsables para darse a la fuga, cabe señalar que este agravio tampoco puede recibir acogida favorable en esta instancia. En efecto, no se verifica la insuficiencia probatoria invocada por la defensa sobre este aspecto de la imputación, pues las pruebas a las que hace mención para respaldar la teoría de que su representado no intervino en la huída de quienes ingresaron al domicilio de la víctima y provocaron su fallecimiento, no permiten desincriminarlo.

Es decir, ninguna de las pruebas enumeradas contradice la versión acusadora que lo coloca cumpliendo ese rol dentro de esa etapa del evento criminoso. La defensa se ampara para demostrar la fuerza de su crítica en el testimonio de Viviana del Valle Arriaga.

Sin embargo, si bien es verdad que la deponente manifestó en su declaración que sólo había visto a dos sujetos, individualizando tanto al conductor del rodado como a uno de los sujetos que ingresó al mismo, no es menos cierto que ante los miembros del jurado también ofreció otros detalles particularmente relevantes sobre este tramo de los hechos, que permiten sortear la queja recursiva.

Conviene aquí destacar cuatro de ellos: primero, dijo que el vehículo en cuestión no estaba estacionado, sino que estaba «esperando», que se detuvo «cejado» en dirección a calle Irigoyen; segundo, mencionó que el rodado tenía sus vidrios polarizados; tercero, aseguró que el sujeto que observó ingresar al vehículo lo hizo por el lado del acompañante al conductor, es decir, a través de la puerta delantera derecha, y que la apertura de la misma la hicieron desde dentro del rodado, mientras le gritaban «dale, dale, subite»; cuarto; precisó que ella se encontraba ubicada, junto con su hermano, en el mismo sector desde donde se produjo el ingreso al rodado; y, quinto, que no prestó más atención sobre la existencia de otros ocupantes (v. audiencia del 02/08/2021 de las 16:40 hs., min. 00:01:54/00:24:17).

Ahora bien, a partir de ello resulta razonable inferir que en el interior del vehículo en cuestión se encontraban más de una persona, es decir, algún sujeto además del que conducía el mismo. Recordemos que, de acuerdo a la teoría del caso del Ministerio Público Fiscal –reconocida en el veredicto de culpabilidad– Vildoza Soria y Villanueva Figueroa aparecen en el escenario de los hechos a bordo del automotor utilizado por los responsables para perpetrar el hecho, el que era conducido por el primero de los nombrados.

Con lo cual, si la testigo sólo observó en el interior del vehículo a una única persona, concretamente a quien manejaba el rodado, ello nos es óbice para descartar la presencia de otros ocupantes.

Las circunstancias que rodearon la percepción sensorial de la testigo se aprecian como razonablemente válidas como para conformar verdaderos impedimentos de contar con una visión plena y completa de este aspecto.

Pues tanto la posición en que se encontraba ubicado el vehículo sobre la calzada de la calle –en marcha, mal estacionado, orientado en forma cruzada al cordón de la calle–, sumado al lugar desde donde la testigo observó esa secuencia fáctica –del lado delantero derecho–, y el accesorio del rodado –presentaba todos sus cristales polarizados–, tornan plausible considerar que a bordo del automotor hubo haber más individuos además del conductor, que no fueron observados desde el exterior.

Por otro lado, el recurrente señala que los informes técnicos ofrecidos como prueba por el Ministerio Público Fiscal referidos a la ubicación de las celdas de geoposicionamiento que captaron las llamadas entre los responsables, no vinculan a Villanueva Figueroa con el hecho.

Aquí la defensa hace mención expresa a **tres elementos**:

a) el informe remitido por la compañía Telefónica de Argentina, que acredita la titularidad de Vildoza sobre la línea 2616447785 y las llamadas realizadas el día 4 de noviembre de 2017, mediante el cual se establece que aquél realizó a las 15:34 hs. una llamada al teléfono 2613013551 de Flavia Villanueva –hermana del acusado– captada por una antena –MMZISGA– ubicada en calle Florencio Sánchez 336 de Guaymallén –fs. 1344/1349–;

b) el informe de la Dirección de Investigaciones a cargo del Subcomisario Cepeda que amplía el análisis de las llamadas realizadas por Vildoza y establece el perfil de Flavia Villanueva –fs. 1350/1352–; y,

c) las copias de las actuaciones de los autos N° P-126724/16 desde donde se desprende que Flavia Villanueva aporta como su teléfono 2613013551 –fs. 1353– (prueba instrumental ofrecida por MPF, Cap. “D”, Ap. “6”, “7” y “8” respectivamente). Sin embargo, cabe decir que la defensa no explica por qué el contenido de esos elementos deslindaría de responsabilidad a Villanueva Figueroa.

Por el contrario, se advierte en esta instancia, que aquellos instrumentos aportan información que permite ubicar al sujeto dentro de un radio espacial cercano al lugar de los hechos.

Esto, sumado al contenido de las conversaciones interceptadas entre los acusados, aspecto que ya fuera analizado precedentemente, se erigen como elementos que, válida y razonablemente, tienen sentido de cargo y avalan la decisión del jurado.

Finalmente, el análisis hasta aquí efectuado permite descartar con contundencia el argumento de la defensa cuando alega que no existió un plan criminal, y que Villanueva Figueroa –en su caso– sólo quiso participar –de manera no esencial– en el robo tentado.

Ello por cuanto, con las evidencias utilizadas en el juicio es posible arribar al veredicto condenatorio al que llegó el jurado

De manera inversa a las pretensiones defensivas, la prueba analizada por el Ministerio Público Fiscal y el querellante particular, permite considerar, tal como hizo el jurado, que el acusado cooperó de manera decisiva en todo el proceso delictivo que concluyó con la muerte de Juan Carlos Moya.

Así, aquél intervino cooperando intencionalmente en toda la secuencia delictiva, esto es, en la tentada sustracción violenta a la víctima de bienes muebles de su propiedad, como también, en la muerte de la víctima provocada por el disparo de armas de fuego que portaban los sujetos que ingresaron a su domicilio con aquel fin, los que arribaron al lugar de los hechos –y huyeron del mismo– a bordo del automotor en cuyo interior se hallaba Villanueva Figueroa. (ii) La impugnación de defensa de Francisco Javier Agüero Toledo pretende demostrar la existencia de vicios sustanciales y formales en la sentencia atacada.

Afirma que el jurado se apartó de las instrucciones y de la prueba producida en el debate, que el veredicto de culpabilidad resulta nulo porque el jurado fue contaminado, lo que convierte la sentencia en un acto nulo, por afectar el derecho de defensa en juicio y el debido proceso –ver en extenso la reseña del recurso efectuada en el punto 2.c de este voto–.

En primer lugar, se considera que las críticas relativas a las instrucciones impartidas al jurado no pueden ser acogidas por esta instancia, desde que no conforman ningún motivo concreto de agravio casatorio.

Para arribar a esta conclusión, resulta decisivo destacar que los argumentos expresados en este punto por la defensa técnica del acusado no se dirigen a cuestionar el contenido de ellas, sino cuál ha sido –en definitiva– la comprensión que de ellas tuvieron los miembros del jurado popular.

Ello, sin dudas, escapa por completo a la revisión de esta instancia. Sin perjuicio de lo señalado, cabe referir que si la defensa suponía que las instrucciones eran extensas o complejamente técnicas y, por tanto, incomprensibles para los miembros del jurado, así debió plantearlo y discutirlo en la etapa

correspondiente. Nada de ello se observa a través de la compulsión del registro audiovisual del debate, particularmente de las audiencias de litigación de las instrucciones entre el juez y las partes (v. audiencias del 04/08/2021, y del 05/08/2021 de las 08:36 hs.), donde se comprueba que más allá de algunas intervenciones de las defensas sobre aspectos particulares de las figuras delictivas en cuestión, y que luego dieran lugar a modificaciones de su contenido, la defensa no cuestiona nada de aquello que hoy menciona, es decir, ni de la extensión del contenido de las instrucciones, ni de la complejidad técnica de la explicación, el vocabulario empleado, etc.

Al respecto, debe destacarse que el art. 41 inc. c de la ley 9.106 prevé que las instrucciones constituyen un especial motivo de casación cuando se hubieran cuestionado «oportunamente». Ello guarda relación con una mención y regulación previa en el art. 32 de la misma ley, cuando establece –en relación con las instrucciones para la deliberación y el veredicto– que «[...] sin perjuicio de la video registración, las partes deberán especificar sus disidencias u oposiciones para el caso de interposición de recursos contra el fallo [...]».

Por otro lado, si lo que pretende ahora la defensa es cuestionar el valor del veredicto condenatorio del jurado, a partir de poner en tela de juicio la capacidad intelectual de sus integrantes, en base a una supuesta y prejuiciosa falta de aptitud técnica para comprender las explicaciones jurídicas contenidas en las instrucciones, debe advertirse que una posición tal, resulta contraria a la posición asumida por la Sala Segunda en diversos precedentes, en los que se ha ratificado la validez constitucional del enjuiciamiento por jurados populares (ver al respecto, y entre otros, «**Petean Pocoví**»).

Pues de ningún modo puede sostenerse que la cualidad de ciudadanos legos de los miembros del jurado, quienes desconocen el Derecho, constituya una circunstancia que represente un menoscabo de las garantías fundamentales de los actores del proceso.

Debe también destacarse que el mismo art. 32 actúa aquí como un reaseguro legal sobre esta cuestión, en tanto exige al juez que «[...] una vez clausurado el debate, debe explicar al Jurado las normas que rigen la deliberación y debe informar sobre su deber de pronunciar un veredicto, en sesión secreta y continua y sobre las disposiciones legales aplicables al caso, expresando su significado y alcance en forma clara [...]» (el destacado es propio).

Por último, se observa que el juez técnico ha cumplido en este sentido con su rol de garante del juicio, adoptando un lenguaje absolutamente claro y sencillo para transmitirles a los miembros del jurado popular cada una de las instrucciones sobre aspectos probatorios y jurídicos relevantes al caso.

Esto es, sobre los extremos fácticos que debían ser considerados para poder emitir un veredicto de culpabilidad, sobre los márgenes de la duda razonable –y sus consecuencias sobre el sentido de su decisión– y, finalmente, en cuanto a quién le correspondía acreditar los extremos de la imputación delictiva –ver al respecto, “Instrucciones Preliminares” n° 1, n° 2, n°5 y n° 6; “Instrucciones Finales”, cap. “Principios Constitucionales”, acáp. “IV. Debido Proceso Legal”, “V. Presunción de Inocencia”, “VII. Carga de la Prueba”, “VIII. Duda Razonable”, “XI. Definición de lo que no es Prueba”, “XII. Valoración de la Prueba”; y, por último, “Instrucciones Especiales”)–.

En particular, respecto a la instrucción general –o “preliminar”– sobre «duda razonable», la revisión de las constancias de autos da cuenta de una clara explicación de la noción en cuestión, que se ve reforzada por las indicaciones sobre otras cuestiones probatorias (instrucciones preliminares, instrucción n° 5, acáp “D”).

Debe tenerse presente que las instrucciones iniciales son generales y pretenden poner al tanto al jurado de los principios que rigen el enjuiciamiento penal –sin que se advierta falencia alguna en el caso–, y que

aquella noción fue reiterada y profundizada en las instrucciones finales. Lo mismo sucede en cuanto a las instrucciones referidas al rol probatorio de cada una de las partes litigantes, donde se refirió que «en ningún momento es deber del acusado probar su inocencia; esto es su no participación en el hecho o cualquier otra circunstancia que lo libere de responsabilidad penal» (**instrucciones preliminares, instrucción n° 5, acáp “E”**).

De tal modo, este primer argumento de la defensa no puede tener acogida favorable, por lo que corresponde su rechazo como crítica idónea contra la sentencia impugnada. En segundo orden, y en punto a los cuestionamientos sobre la valoración probatoria llevada adelante por el jurado popular, debe señalarse que el agravio formulado por la defensa también aparece insuficiente para controvertir el veredicto emitido en autos. Partiendo de la base de considerar que el veredicto solamente puede ser impugnado en punto a la valoración probatoria, cuando sea arbitrario o se aparte manifiestamente de la prueba producida en el debate –**art. 41 inc. d) de la ley 9.106**–, **debe decirse que ninguno de los dos vicios o irregularidades se comprueban en el presente caso.**

Tampoco que, en contra del sentido del veredicto alcanzado, se observe que los elementos de prueba a los que hace alusión la defensa en su escrito avalen la versión desincriminatoria que conformó su teoría del caso. La explicación de los hechos que la defensa pretende corroborar, niega la participación de Agüero Toledo en los mismos.

Para ello, presenta un razonamiento que gira en orden a **cinco premisas**:

- a) la huella dactilar de Agüero Toledo hallada en el cargador del arma homicida no acredita con certeza que él fue el autor de los disparos que provocaron el resultado mortal, porque existían otras huellas que no fueron cotejadas;
- b) las referencias que hicieron los testigos del hecho sobre los aspectos físicos del autor del ilícito, no se corresponden con las que presenta su representado;
- c) la prueba científica tampoco lo sitúa en el interior del vehículo de fuga;
- d) la existencia de prueba testimonial que ubica al acusado fuera del escenario de los hechos; y, finalmente,
- e) el prejuizamiento de los miembros del jurado popular, provocado por la conducta del Ministerio Público Fiscal al repetir constantemente que la huella fue hallada en el arma y no en el cargador, lo cual importaría una «falacia probatoria».

Ahora bien, en el orden expresado por la defensa, se advierte que ninguno de los argumentos enumerados para respaldar la tesis defensiva permite desincriminar a Agüero Toledo del hecho investigado. Veamos.

En punto a la existencia de material genético en el arma utilizada para perpetrar el delito investigado, y las tareas científicas realizadas al respecto, debe hacerse una aclaración preliminar.

Conforme el relato de los hechos realizado por el hijo de la víctima durante el debate, y ratificado por quien fuera en vida la esposa de aquél, luego de los disparos que hirieron a Juan Carlos Moya, su hijo –Gonzalo Gabriel Moya– mantuvo un forcejeo con el autor de los disparos, logró quitarle el arma, para posteriormente iniciar una breve persecución a pie de los responsables, a quienes les profirió varios disparos, hasta que los perdió de vista. Finalmente, dejó el arma en el comedor del domicilio (v. aud. del día 02/08/21 de las 16:02 hs., a partir del min. 00:30:46).

Ese **arma de fuego fue secuestrada** por personal policial que intervino en el procedimiento y posteriormente sometida a diversos exámenes.

Esta es la razón por la cual, para responder el agravio defensivo, se estima suficiente la remisión al resultado de las tareas realizadas sobre dicho instrumento por personal del Laboratorio de Genética

Forense de la División Química Legal, volcado en el informe Serie QL N° 7430/17, de fs. 1410/1413, que fuera admitido e incorporado al debate como prueba instrumental –ver audiencia preliminar identificada con anterioridad–. Según se desprende del informe aludido, allí se deja constancia que «[e]n la evidencia “QL 4730/17 ind. 7C - Cargador Municipal” se ha observado un perfil genético mezcla de al menos tres individuos. Dicho perfil genético es compatible con el perfil genético de **[MDZ1326-01744 (AGÜERO TOLEDO, Javier Francisco)]** presente en forma mayoritaria y de otros dos individuos».

Es decir, esta prueba objetiva ratifica la presencia de material genético de uno de los acusados en un lugar preciso: el cargador. No obstante que la defensa no pone en duda que la existencia de esa huella, es absolutamente posible que los miembros del jurado hayan evaluado y asignado peso probatorio cargoso a ese elemento probatorio. Pues, evidentemente, se trata de una prueba relevante para acreditar que Agüero Toledo manipuló el arma de fuego utilizada para dar muerte a Juan Carlos Moya.

Ahora bien, durante el desarrollo del debate, la defensa del acusado pretendió desacreditar el peso convictivo de esa prueba haciendo hincapié en dos circunstancias: por un lado, en que se detectaron en el arma otras huellas que no fueron identificadas; por otro lado, y si bien reconoce que el acusado estuvo en contacto con el arma, ello habría ocurrido en circunstancias que nada tienen que ver con el hecho investigado.

Sobre lo primero cabe señalar que no es incompatible con la plataforma fáctica que conformó la teoría del caso de la acusación, avalada mediante el veredicto de culpabilidad del jurado popular, la circunstancia según la cual el informe técnico aludido da cuenta de las labores científicas que se practicaron sobre el arma de fuego secuestrada del lugar del hecho permitieron comprobar la presencia de un perfil genético compatible con otros dos sujetos, además de Agüero Toledo (v. 1410/1413).

Para contestar lo segundo, debemos remitirnos al alegato de apertura de la defensora. En esa oportunidad, la letrada les manifestó a los miembros del jurado que iba a demostrar durante el debate que la causa que determinó la presencia de material genético de su pupilo en el cargador del arma homicida no se vincula con el homicidio investigado, sino con un hecho que ocurrió días previos al mismo, y que vincula a Agüero Toledo con su sobrino –Ricardo Riquelme– a quien supuestamente le pertenecía tanto el arma en cuestión como el cargador. Dijo que dos días antes del homicidio, su asistido le quitó esos elementos a su sobrino, quien los recobró el día inmediato anterior al suceso mortal (v. aud. del día 02/08/21 de las 13:57 hs., a partir de 00:13:15 a 00:15:14). Argumento ausente de los alegatos de clausura (v. aud. del día 05/08/21 de las 10:22 hs., a partir de 00:00:21 a 00:19:47).

Sin embargo, se observa que esa versión explicativa, es la misma que ofreció sobre el punto el propio acusado durante su declaración indagatoria en la etapa de la investigación penal preparatoria. Nótese que el acta en la que fueron incluidos los términos de su exposición fue incorporada al debate, y su contenido fue leído por la secretaria de la Unidad Fiscal interviniente – Laura Nieto– (v. aud. del día 04/08/21 de las 10:16, a partir de 00:02:06).

Ahora, si bien Agüero Toledo no expuso aquella hipótesis defensiva en forma personal y directa durante el juicio, no resulta una versión que deba ser atendida. En efecto, las alegaciones defensivas de apertura no cuentan con ningún respaldo probatorio en autos.

Ninguno de los elementos de prueba producidos durante el debate le asigna cierta verosimilitud a esa hipótesis alternativa sobre el uso del arma.

Por el contrario, como será analizado en los puntos sucesivos, además de la existencia de huella dactilar en el cargador del arma homicida, se advierte que los restantes elementos de prueba avalan la teoría del caso de la acusación.

En segundo orden, en el recurso de la defensa se alude a supuestas diferencias entre las características físicas brindadas por los testigos sobre el autor de los disparos mortales, con aquellas que presenta su representado.

El agravio no puede ser acogido en esta instancia, desde que las premisas de las que parte la defensa no se condicen con lo ocurrido durante el debate, ante la presencia de los miembros del jurado popular. Así, inversamente a lo que alude la defensa, se observa que las diferencias apuntadas sobre la caracterización física que efectuaron los principales testigos de la causa, no son tales.

Por un lado, Gonzalo Moya, declaró en debate sobre este tópico de modo conteste y coincidente con su versión en los albores de la investigación penal preparatoria (ver acta de denuncia), mencionando rasgos distintivos del autor cuya compatibilidad con la persona del acusado pudo ser verificada por el jurado. Al respecto, dijo que quien le había disparado a su padre era un hombre de «cuarenta años» de edad, de «tez morocha», y que medía aproximadamente lo mismo que él, esto es, «1,83 metros», de (v. aud. del día 02/08/21 de las 15:36 hs., min. 00:33:07 y de 00:40:57 a 00:42:10).

Mientras que la otra testigo directa del hecho, Alicia Cristina Vera, indicó ante las partes en la sala de debate, que su principal foco de atención mientras sucedía el acometimiento delictivo estuvo en observar al sujeto que le apuntaba con un arma de fuego a su hijo –Gonzalo Moya–, quien estaba «de frente» a su posición, y al que le suplicaba para que cesara en ese comportamiento. Pero también mencionó que había visto «de costado» al otro sujeto, es decir, a quien apuntaba el arma de fuego hacia su marido, y coincidió al respecto con su hijo en que el autor de los disparos era más bajo que su marido, que medía 1,83mts., morocho y «más joven» que el otro sujeto (v. aud. del día 02/08/21 de las 15:36 hs., a partir de 00:05:03, en especial, min. 00:05:50 y mins. 00:12:50 a 00:13:20).

A partir de lo analizado, pierde sentido las conclusiones interpretativas que realiza de esos testimonios la recurrente. La misma conclusión se impone respecto del análisis parcial e interesado que realiza la defensa respecto del testimonio de los hijos de Pedro Mercado, quien fuera señalado en los primeros momentos de la investigación como responsable del homicidio y luego desvinculado.

Ello, en tanto pretende derivar de sus dichos la imposibilidad de que Agüero Toledo interviniera en los hechos del modo en que lo consideró la acusación, con la sola referencia realizada por algunos testigos sobre las capacidades deportivas del acusado.

Pues no se observa cuál sería la relevancia en orden a la solución del caso que presenta esa información, desde que bajo ningún aspecto puede considerarse como un aspecto desincriminatorio considerar que las habilidades deportivas de un sujeto impidan, en términos absolutos –como lo plantea el recurrente–, que el agente pueda asumir en los hechos el comportamiento que describió el hijo de la víctima de autos, como puede ser, en su caso, algún tropiezo durante la huída.

En tercer orden, la recurrente considera que las tareas desarrolladas por el personal de la división de escuchas telefónicas no arrojaron certezas sobre la autoría de Agüero Toledo en hecho investigado. Sin embargo, este Tribunal considera que tampoco le asiste razón a la defensa en el argumento propuesto. Obsérvese que, como se señaló anteriormente, el testigo Jesús Darío Cepeda Galdame, Subcomisario Principal de la División Escuchas Telefónicas y Antisecuestros de la Dirección de Investigaciones, expuso durante el debate todo lo relativo a las escuchas telefónica que obran en autos -más allá de lo que se analizó precedentemente-.

De su explicación, interesa aquí destacar cuando dijo que Agüero Toledo –línea n° 2995765334–, el mismo día en que se produjo el homicidio de Juan Carlos Moya, mantuvo dos conversaciones en horarios

cercanos al hecho, que fueron captadas por dos antenas con un radio de injerencia próximo al lugar del crimen. E

n este sentido, detalló que hubo la primera de esas comunicaciones se produjo a las 15:58:18 horas, que se trató de una «llamada entrante», tomada por «la antena VMC005Z». Así, según el radio de injerencia de esa antena, el móvil que recibió la llamada –perteneciente al acusado de mención– se encontraba ubicado a una distancia de «1.07 km de donde se produjo el hecho». Una segunda comunicación, en este caso una llamada saliente que se produjo a las 16:32:52 hs., captada por una antena –que según el detalle de llamadas obrante a fs. 1424, se denominaba técnicamente como “WMC005A”– permitió determinar que el teléfono del cual surgió la llamada, se encontraba ubicado a una distancia de 500 mts. del lugar donde se produjo el homicidio.

A partir de lo referido, y sirviéndose durante el debate de un mapa georeferencial que fue proyectado para la visualización de todas las partes, el testigo manifestó ante los miembros del jurado que «el equipo o usuario de esta línea, que nosotros lo teníamos como Agüero alias “toro”, estaba muy próximo al lugar donde se produjo el hecho cuando ejerce esas comunicaciones» (v. aud. del día 03/08/2021 de las 10:34 horas a partir de 00:26:21 a 00:29:02).

Resulta plausible, entonces, que los miembros del jurado hayan valorado la información suministrada por el testigo, que además resulta respaldada por labores de investigación tecnológica obrante en la causa, en sentido de encontrar en ella elementos para incriminar al acusado.

En cuarto orden, la defensa presenta agravios sobre la valoración de ciertas declaraciones testimoniales que, desde su posición, serían contestes con la versión desincriminatoria. No obstante ello, y de conformidad con lo que hasta aquí ha sido brevemente reseñado, ninguno de los testimonios a los que se le asigna ese valor permiten acreditar la inocencia de Agüero Toledo.

Concretamente en cuanto no se advierte en esta instancia de revisión extraordinaria que en ellos exista información relevante para acreditar verosímilmente que el acusado, el día en que produjo el hecho, se encontraba trabajando en Blanco Encalada.

Por el contrario, la prueba objetiva y subjetiva analizada con anterioridad, demuestra que intervino efectivamente en toda la secuencia fáctica que culminó con el fallecimiento violento de la víctima, pues habló con los demás acusados –según surge del desgrabado de comunicaciones–, lo describieron los testigos presenciales –madre e hijo de la víctima– y sus huellas fueron detectadas en el arma homicida –informe de policía científica–.

En sexto lugar, y en relación con el agravio relativo a la nulidad del veredicto por contaminación del jurado, la defensa afirma que durante el debate el fiscal insistió en decir que la huella de Agüero Toledo había sido hallada en el arma homicida, y no en el cargador municipal, lo que habría podido confundir al jurado.

Sin embargo, ello no se verifica, pues en cada oportunidad en la cual el representante del Ministerio Público Fiscal se refirió al contenido del informe técnico de Policía Científica que da cuenta de la compatibilidad entre el perfil genético hallado y el del acusado, precisó que la muestra había sido obtenida del cargador del arma.

Exposición que, en ningún momento, motivó alguna objeción por parte de la defensa. En conclusión, los planteos de la defensa mediante los cuales se cuestiona el sustento probatorio del veredicto de culpabilidad que recayó sobre Agüero Toledo conforman, en su conjunto, una crítica personal –y reiterada– de los aquellos argumentos utilizados por su asistente legal para respaldar su teoría del caso durante el debate, lo que resultaron descartados –a la postre– por los miembros del jurado popular al

acoger la teoría del caso de la acusación en orden a la determinación de los elementos fácticos que hacen al ilícito reprochado mas allá de toda duda razonable, sin que se advierta arbitrariedad o apartamiento manifiesto de la prueba.

Lo que, a su vez, impide verificar la insuficiencia probatoria invocada por la defensa, en tanto las evidencias probatorias que desfilaron por única vez ante durante el juicio, es lógicamente posible arribar al veredicto condenatorio que emitieron los integrantes del jurado popular. Lo que sella la suerte adversa de los agravios incluidos en su recurso.

iii.- En función de todo lo hasta aquí analizado, este Tribunal –como lo adelantara– estima que deben rechazarse los recursos de casación promovidos por los asistentes técnicos de los acusados Villanueva Figueroa y Agüero Toledo.

b) Consideraciones en relación al planteo referido a la fundamentación de las penalidades impuestas

La defensa de Diego Norberto Vildoza Soria considera que la sentencia impugnada adolece de un déficit de fundamentación sobre la determinación judicial de la pena.

Argumento casatorio que sostiene en dos agravios concretos. Por un lado, el apartamiento del juez técnico del veredicto de culpabilidad emitido por los miembros del jurado popular. Por el otro, el déficit de motivación sobre los montos de pena aplicados.

Tal como fuera adelantado en los primeros párrafos del presente acápite, se considera que le asiste razón a la defensa técnica del acusado en los argumentos que propone, desde que se comprueba que la decisión adoptada por el juez técnico al momento de cuantificar la extensión de la reacción penal frente a las conductas delictivas cometidas por los acusados, presenta una fundamentación aparente.

La temática bajo análisis impone la necesidad de estructurar este aspecto de la decisión con el desarrollo breve de algunas consideraciones preliminares, en orden a la función de revisión que le corresponde a este cuerpo sobre la tarea de graduación de la pena desarrollada por el magistrado cuando se trata de juicios por jurados populares. Hecho ello, se ingresará en el tratamiento de los argumentos esgrimidos por la defensa técnica del acusado.

En primer lugar, de acuerdo con el sistema legal establecido por nuestra provincia mediante la ley 9.106, se establece una tajante división entre lo que deben resolver los jurados y aquello que le corresponde, de manera exclusiva, al juez técnico que interviene durante el juicio penal.

Así, cuando el juicio se define por jurados, les corresponde a sus integrantes decidir la suerte de la acusación durante el debate oral y público. Es el jurado quien, en este aspecto, determina la culpabilidad o la no culpabilidad de las personas acusadas a partir de la prueba que el juez técnico autoriza se produzca en el debate público. Respecto este aspecto el jurado es absolutamente soberano.

De tal manera, el jurado decide sobre los hechos, pero también respecto del derecho aplicable a los hechos considerados acreditados, tarea que desarrolla sobre la base de las instrucciones del juez. Ello, en tanto el jurado no conoce por sí el derecho, debido a su carácter lego y popular, sino que lo conoce y lo recibe precisamente a través de las instrucciones brindadas por el magistrado al respecto. En esta labor, el jurado resuelve sobre todo aquello que se vincula con la «respuesta legal» frente al hecho que conformó el objeto del proceso, ya sea en relación al juicio de subsunción, el grado de participación, la naturaleza del concurso, la consumación o tentativa, la concurrencia de una causal de justificación o de inculpabilidad.

Pues por tratarse estas cuestiones de encuadres que, en definitiva, dependen de la verificación de una circunstancia de hecho acreditada por la evidencia presentada en el debate, precisan por ello de una previa manifestación del jurado sobre su concurrencia. Una vez que los miembros del jurado han emitido

su veredicto, reflejando con él la voluntad popular sobre tales aspectos fácticos y jurídicos, será el juez técnico quien recepte esa voluntad a través de una resolución jurisdiccional concreta y determinada: la sentencia.

De acuerdo al contenido del veredicto popular, puede suceder que el jurado declare al acusado no culpable. Supuesto receptado legalmente y que le impone al juez técnico el deber de dictar sentencia absolutoria, que «hará cosa juzgada material, concluyendo definitiva e irrevocablemente el procedimiento y la persecución penal en contra del acusado» (**art. 38, inc. c, de la ley 9.106**).

Si en cambio el jurado declara al acusado culpable por el delito principal o por uno menor incluido, la ley manda a que sea el juez profesional quien debe imponer la pena al acusado dentro de la escala penal del delito indicado en el veredicto popular.

Aquí se abre la posibilidad a dos escenarios diversos.

Primero, que el veredicto de culpabilidad lo sea por delito previsto en el art. 80 del Código Penal, lo que determina que el juez técnico deba imponer pena de manera inmediata (art. 38 inc. a).

Segundo, que el veredicto haya encontrado culpable al acusado por un delito que no se encuentre incluido dentro de la nómina de comportamientos ilícitos contenida en la mencionada norma penal (art. 38 inc. b). En este último caso, la imposición de pena no se realiza en forma inmediata.

Por el contrario, se prevé una audiencia pública de cesura del debate, que deberá realizarse dentro del plazo máximo de cinco (5) días, en la cual las partes podrán ofrecer nuevas pruebas a los fines exclusivos de fijar pena, que serán admitidas o rechazadas por el juez técnico.

Precisamente, la finalidad de esa audiencia es la promover un ámbito netamente contradictorio a través del cual cada una de las partes en litigio esgrimen sus respectivas pretensiones en cuanto a la determinación del monto de la sanción penal, en el que se discuten agravantes, eximentes y atenuantes de penalidad.

En ese ámbito, los litigantes asumen un rol fundamental, pues la actividad procesal que se desarrolle depende de su intervención.

Es por ello que la ley les acuerda la facultad de ofrecer nuevos elementos probatorios orientados exclusivamente a la determinación de la pena cuya aplicación le solicitan al juez técnico, de acuerdo con sus respectivas pretensiones.

Además, la legislación prevé que esa audiencia favorezca un verdadero contradictorio oral en punto a establecer la extensión de la sanción penal que resulta aplicable al caso, en el que las partes –desde una posición de igualdad procesal–, pueden cuestionar el valor de la prueba en la que el resto de los contendientes asientan sus respectivos pedidos de penalidad efectuado.

Finalmente, el juez profesional evaluará cada uno de los extremos que se estiman relevantes, de acuerdo con las particulares circunstancias del caso, y de la persona acusada y, a partir de la prueba producida al respecto, determinará e impondrá pena. No pueden soslayarse los beneficios que representa el ámbito de discusión que se genera en la audiencia de cesura, respecto de éste aspecto tan sensible para todas las partes en juicio, especialmente para quienes se encuentran sometidos a proceso.

Entre ellos, basta con mencionar aquí que el contradictorio ofrece ciertos límites al ejercicio de las facultades jurisdiccionales para graduar las sanciones penales pues, no sólo deberán hacerlo dentro de los límites ofrecidos para ello por las leyes respectivas y, dentro de ellos, el que surja de las respectivas peticiones realizadas por los órganos de la acusación –pública y/o privada–.

De tal manera, es posible afirmar que la audiencia de cesura, asegura un mayor grado de estabilidad y previsibilidad a las genéricas circunstancias atenuantes y agravantes que nuestra legislación prescribe en

los arts. 40 y 41 del CP, pues no solo impone una previa consideración de alguno de esos elementos para aumentar o disminuir el castigo, sino que también lo dota de una suficiente base probatoria para tenerlo por configurado, a la vez que destaca el impacto que el mismo tiene en la consideración de la pena **(Schiavo, Nicolás, “El juicio por jurados. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2016, pág. 649).**

Debe aclararse que el ejercicio de esa prerrogativa propia, exclusiva y excluyente, más allá de las particularidades que asume el procedimiento penal, cuando nos encontramos ante un juicio por jurados populares –audiencia de cesura– no es aquí distinto al que le corresponde cumplir cuando se trata del procedimiento judicial común, desarrollado íntegramente ante un juez profesional.

Pues para ambos casos, rige el deber legal de fundar adecuadamente el monto de penalidad aplicado al sujeto que resultó condenado (arts. 155, 411, inc. 2 y 416, inc. 4 del CPP).

De acuerdo con ello, y teniendo en cuenta ese deber legal de fundamentación, no cabe duda que su contenido y extensión no varía según resulte el tipo de procedimiento utilizado en el enjuiciamiento penal que precedió el dictado del fallo censurado.

Es decir, se trate de un juicio desarrollado ante un jurado popular o únicamente ante un juez o tribunal técnico –en lo que aquí importa– el cumplimiento adecuado y válido de ese deber, impone la necesidad de cumplir con la exteriorización clara, precisa, coherente y completa del razonamiento que sustentó y justificó la concreta imposición de un determinado monto de pena.

Con lo cual, tratándose de penas divisibles en razón del tiempo o de cantidad, es la ley la que fija los marcos punitivos respecto de cada figura delictiva en particular, lo que permite una oscilación en el plano de la determinación judicial.

A lo cual debe adicionarse, luego de identificado el caso legal específico sobre el cual se debe decidir, la ponderación de las pautas de mensura de la sanción penal que nos indica el art. 41 del CP, por expreso mandato legal (art. 40 del CP).

Por lo tanto, será función de este Tribunal, en función de revisión de una sentencia pronunciada como consecuencia de un veredicto de culpabilidad emitido por un jurado popular, en la que se impone una sanción penal divisible en razón del tiempo, examinar no sólo si se ha cumplido acabadamente con el procedimiento legal en los términos aludidos, sino, en especial, que luego de la audiencia de cesura, y producida que sea –en su caso– la prueba aportada por las partes, los fundamentos del sentenciante para graduar el monto de la sanción penal, permitan sostener el fallo como acto jurisdiccional válido en lo vinculado a la mensuración de la pena.

En el caso analizado, se advierte que el planteo de los recurrentes ataca la fundamentación de la determinación de la pena sobre la base de dos premisas.

La primera, el apartamiento arbitrario del juez técnico del veredicto de culpabilidad emitido por el jurado popular.

La segunda, la omisión de valoración de cuestiones con aptitud para modificar el resultado del juicio en el aspecto vinculado a la pena finalmente aplicada a su asistido.

En primer lugar, debe decirse que si bien se verifica un error en el desarrollo argumentativo de la «segunda cuestión» –«veredicto del jurado»–, derivado de la falta de distinción sobre el grado de participación de los tres acusados del modo en que lo hizo el jurado popular, asignándoles a ellos coautoría en el hecho, lo cierto es que se trata de un error material en la transcripción del mismo que debe ser corregido conforme lo permite el art. 487 del Código Procesal Penal.

Ello por cuanto se trata de un error de derecho en la fundamentación de la sentencia aquí impugnada, que no ha influido de ningún modo en su parte resolutive, y que pierde todo tipo de virtualidad ni bien se advierten los fundamentos contenidos en el análisis de la tercera cuestión, referida a la «determinación de la pena». En efecto, aquel desacierto, queda superado cuando el juez técnico, al referirse nuevamente al contenido del veredicto de culpabilidad en el análisis de la «tercera cuestión», allí sí hace el distingo entre los roles asumidos por los acusados, de acuerdo al modo en que lo juzgó el jurado popular – conforme la acusación fiscal–.

En este aspecto, sostuvo que «[d]e acuerdo a la descripción de ellos, si bien Diego Norberto VILDOZA SORIA y Lucas Sebastián VILLANUEVA FIGUEROA, ejecutaron las mismas acciones y contribuyeron de igual modo al resultado típico, no así el imputado Francisco Javier AGÜERO TOLEDO, quien realizó la acción de disparar a Juan Carlos Moya provocándole la muerte, mientras que los otros dos imputados [...] colaboraron quedándose en el auto para procurar la fuga previo haberlo llevado al lugar del hecho para cometer el robo» (ver pág. 23 de los fundamentos).

Es por ello que, en este punto crítico, se comparte la opinión del Procurador General cuando niega que aquel error del juez, al mencionar que el jurado popular había entendido que Vildoza Soria y Villanueva Figuera eran coautores y no partícipes primarios en la ejecución del hecho, haya tenido la incidencia negativa que se le endilga defensivamente sobre los motivos que lo determinaron a imponer penas.

Se observa en este sentido, que desarrollar concretamente este último punto de los fundamentos del fallo, sus argumentos demuestran que sí ha tenido en cuenta, aún someramente, el distinto grado de intervención efectiva que tuvieron aquellos acusados –Vildoza Soria y Villanueva Figuera– con relación a la situación de Agüero Toledo.

Razonamiento que se materializó en la imposición de diversos montos de penalidad, desde que, apartándose de las solicitudes efectuadas al respecto por el representante del Ministerio Público Fiscal y de la querrela particular, condenó a Vildoza Soria y Villanueva Figuera a la pena de veintidós años prisión, mientras que Agüero Toledo lo fue a veintitrés años de la misma especie de penalidad.

No obstante lo dicho, cabe dejar sentado que no ha existido de parte de los representantes de la acusación –pública y privada– ninguna consideración errónea vinculada sobre el grado de participación atribuida a los acusados mediante el veredicto popular.

Surge oportuno efectuar esta mención desde que, en su afán de demostrar la verosimilitud de su argumento crítico, la defensa desliza que aquella «grave falencia» del juez, sería el resultado de una primera consideración, también errónea, realizada por los acusadores al formular sus alegatos durante la audiencia de cesura.

Dicho en otros términos, según la tesis defensiva, habría ocurrido una concatenación de interpretaciones y valoraciones confusas sobre el contenido del veredicto popular en cuanto a la calificación legal de las conductas de los acusados, que determinaron el razonamiento del juez técnico.

El repaso del soporte audiovisual en que quedó registrado el desarrollo de la respectiva audiencia de cesura, torna inadmisibles las consideraciones defensivas en este aspecto.

Allí se observa que el representante de la acusación pública, en el inicio de sus alegatos, fue claro y preciso al identificar el contenido del veredicto, asumiendo que el jurado popular había encontrado culpables a los acusados respecto del mismo hecho delictivo –homicidio en ocasión de robo–, pero con grado de intervención diversa –Agüero Toledo autor, Vildoza Soria y Villanueva Figueroa, partícipes–; decisión popular que no le impedía solicitar la aplicación del mismo monto de pena –veintitrés años de prisión-. Porque más allá de que se aplica para los tres acusados la misma escala penal en abstracto, no encontró

razones para hacer una distinción sobre la culpabilidad por el hecho, de acuerdo al «rol que cada uno cumplió dentro del hecho», que le permitan resulta de aplicación para los tres acusados (v. aud. 05/08/21 de las 17:24 hs., min. 00:13:19/00:17:30).

Alegaciones que fueron compartidas por la representante de la querrela particular, aunque esta parte solicitara una penalidad cuantitativamente superior –veinticinco años de prisión–, exponiendo los motivos para ello (00:17:40/00:18:46).

En segundo lugar, negada la procedencia sustancial de aquel primer planteo defensivo, debe señalarse que en la sentencia se advierte un vicio vinculado exclusivamente con la fundamentación de la mensuración de la pena.

Ello por cuanto, según se entiende, la actividad de determinación de la pena llevada a cabo por el juez técnico respecto de los tres sujetos acusados, presenta una argumentación que luce demasiado abstracta y omisiva. En efecto, se queja la defensa que el juez profesional evaluó de manera arbitraria y parcial las pautas que establecen los arts. 40 y 41 del Código Penal para graduar el monto de la sanción penal aplicada al acusado Vildoza Soria.

Luego de reiterar que el magistrado no contempló la diversa materialidad de los aportes al hecho principal de parte de su representado que –desde su perspectiva– lo hubiera conducido a cuantificar el monto punitivo dentro del primer tercio de la escala penal en abstracto –argumento ya contestado y rechazado en los párrafos precedentes–, señalando además que el razonamiento del juez no incluyó la ponderación de factores que atenuantes de penalidad.

En este sentido, se debe destacar que al fundamentar cuál debía ser el monto de la sanción penal para cada uno de los acusados, además del accionar particular e individual en el hecho, el juez técnico consideró «fundamental» que «[l]os tres imputados se dedicaban [...] a vender autos “flojos de papeles”, estafando gente en su buena fe con autos mellizos, prendados y algunos directamente faltos de papeles. Es decir que [formaban parte de] una organización delictiva dedicada a estafar a las personas de bien. En su accionar no encuentro ningún tipo de atenuante teniendo en cuenta el desarrollo de los hechos investigados, éstos demuestran frialdad y falta de empatía, toda vez que ingresan al domicilio encañonando a Gonzalo Gabriel Moya quien padece una fuerte debilidad mental, fácilmente apreciable al momento de su declaración, a quien golpean y tiran al piso.

Asimismo sin mediar acción defensiva alguna por parte de Juan Carlos Moya, le disparan en su dormitorio delante de su esposa e hijo ocasionándole su muerte. Así las cosas, es que no encuentro nada [...] que pueda ser valorados en favor de los hoy condenados y solo agravantes» (ver fundamentos fs. 23 de los fundamentos).

De la lectura anterior, entendemos que las razones invocadas por el juez para justificar las distintas penalidades aplicadas no permiten tener por cumplido el deber de fundamentación legal antes descripto. Lo primero a destacar es que, en el marco del contradictorio de la audiencia de cesura de la pena, la defensa del acusado Vildoza Soria brindó una serie de argumentos mediante los cuales confrontó las alegaciones de las acusaciones pública y privada, y fundó su pretensión de que la pena que le sea determinada y finalmente aplicada a su representado, se encuentre lo más cercana posible al mínimo legal (min. 00:20:30/00:30:56).

En el contexto de la causa, y los argumentos de las partes, las razones brindadas por el juez técnico, con esfuerzo, pueden vincularse de alguna manera con las pautas legales de mensuración contenidas en el art. 41 del Código Penal.

Aquí se incluyen sus breves remisiones sobre ciertos aspectos modales de hecho, tales como el ingreso a un domicilio particular con armas de fuego, el amedrentamiento armado sobre uno de sus moradores – hijo de la víctima–, quien padecía una debilidad mental, y la mecánica circunstancial que rodeó la ejecución de los disparos que resultaron mortales. En este plano, se advierte un déficit de fundamentación derivado de la omisión del juez de explicar concretamente cuál es la consideración concreta y decisiva que esos factores han tenido en su determinación de la pena.

Dicho en otros términos, y no obstante lo observable que puede resultar evaluar formas de vida de los responsables para mensurar la pena –como cuando el juez valora que ellos integraban una «organización delictiva dedicada a estafar a las personas de bien», cuando ello no ha sido materia de enjuiciamiento en los presentes obrados–, lo cierto es que no precisó de qué modo cada una de aquellas razones vinculadas a la mecánica de los hechos, justificaban en el caso, la imposición de penalidades cercanas al máximo legal respecto de los tres acusados.

Esa insuficiencia de motivación encuentra un tramo de los fundamentos del fallo que la hacen aún más evidente y decisiva. Se trata de la ausencia absoluta de explicación sobre la referida inexistencia de circunstancias atenuantes de penalidad.

Cuestión central en orden a motivar correctamente la magnitud de la pena a imponer. En efecto, el juez profesional no ha explicado adecuadamente el incremento de la sanción, dado que la escala penal aplicable al caso parte de un mínimo legal de diez años de prisión hasta un máximo de veinticinco años de la misma penalidad (art. 165 del CP).

Tampoco ha fundado los motivos que lo determinaron a comprobar la ausencia absoluta de cualquier tipo de circunstancia, sea esta de tipo objetiva o subjetiva, con capacidad de atenuar la reacción penal. Lo decidido no implica limitar la facultad del juez de grado para analizar y decidir sobre aquellos aspectos que les han sido sometidos a su conocimiento, ni mucho menos definir qué valor ha de asignarse a cada una de las pautas legales de mensuración.

El juez técnico debió, cuanto menos, exponer las razones que lo condujeron a considerar que ninguno de los criterios de mensuración previstos no taxativamente en la ley penal de fondo, permitía ser apreciado como atenuante de pena en función de las circunstancias particulares del caso.

Aun cuando le asista razón en su decisión, ese razonamiento no puede permanecer en su fuero interno, sino que debe plasmarse y exteriorizarse de manera tal de permitir no sólo su conocimiento, sino la labor de revisión de esta instancia.

De este modo, se considera que las sanciones impuestas a los acusados se encuentran inmotivadas en relación con los extremos mencionados, los cuales, de ser incorporados a la actividad de individualización de la pena, podrían repercutir en el quantum de la misma, en tanto fundamento de la medida del castigo merecido.

Como corolario de ello, este Tribunal estima imperioso y fundamental aclarar que lo hasta aquí expuesto no importa emitir ningún tipo de juicio u opinión de sus integrantes acerca de cuál debe ser la pena que corresponde imponer a los acusados. Tampoco dejar de tener en cuenta la gravedad de los hechos que han sido objeto del presente proceso. Por lo que no debe interpretarse la solución que aquí se adopta como una mirada crítica, sea positiva o negativa, sobre los montos determinados y aplicados por el juez técnico, sino sólo el modo defectuoso con el que dicho magistrado ha ejercido su labor en este punto de la sentencia atacada.

c) Conclusión.

Por tales motivos, oído el señor Procurador General, este Tribunal considera que, por un lado, corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada en relación con los recursos interpuestos por las defensas de los acusados Lucas Sebastián Villanueva Figueroa y Francisco Javier Agüero. Por otro lado, que las razones expuestas precedentemente determinan acoger en esta instancia el recuso de casación promovido por la defensa del acusado Diego Norberto Vildoza Soria.

En consecuencia, y como se adelantó al comienzo del presente acápite, la solución que aquí se propicia debe extender sus efectos con relación a los demás coacusados –Villanueva Figueroa y Agüero Toledo–. Ello desde que las particulares circunstancias modales que asumió el hecho objeto del presente proceso –multiplicidad de intervinientes–, sumado a que los motivos de censura que resultaron admitidos en esta instancia, no se basan en cuestiones exclusivamente personales de Vildoza Soria, ni tampoco tienen ese carácter las razones dadas por este Tribunal para anular el decisorio impugnado – con el alcance señalado–

Lo afirmado encuentra razón en lo dispuesto en el art. 458 del Código Procesal Penal que, en lo pertinente, establece que «Cuando el delito que se juzgue apareciere cometido por varios coimputados, el recurso interpuesto en favor de uno de ellos favorecerá también a los demás, a menos que se base en motivos exclusivamente personales. En casos de acumulación de causas por delitos diversos, el recurso deducido por un imputado favorecerá a todos, siempre que se base en la inobservancia de normas procesales que les afecte y no en motivos exclusivamente personales [...]». ASÍ VOTAMOS.

Voto Dr. Palermo. Coincide. Sobre la revisión del veredicto, remite al precedente Petean Pocovi.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, POR SU VOTO, DIJO: Coincido con el resultado al que se llega en el voto preopinante, en el sentido que deben rechazarse los recursos de casación interpuestos por las defensas de los acusados Villanueva Figueroa y Agüero Toledo y admitirse el recurso de casación formulado por la defensa de Diego Norberto Vildoza Soria cuya procedencia deberá extenderse a los demás acusados, con el alcance señalado en el voto precedente (art. 458 del CPP).

Sin perjuicio de ello, si bien comparto la solución del voto mayoritario en cuanto a la plausibilidad de la prueba que fundamenta el veredicto condenatorio, respecto de las consideraciones sobre el alcance de la revisión del veredicto condenatorio en el juicio por jurado popular, me remito en lo pertinente a lo referido en el **precedente «Petean Pocoví»**. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Gómez. Adhiere. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JULIO R. GÓMEZ, POR SU VOTO, DIJO: Puesto a resolver los recursos de casación interpuestos por las defensas de los acusados de autos, debo decir que comparto el resultado al que se llega en el voto preopinante.

Más allá de ello, considero importante realizar algunas consideraciones en relación con el enjuiciamiento por jurados y el derecho al recurso de las personas acusadas.

Particularmente, con la posibilidad de compatibilizar el derecho a una revisión integral de la sentencia condenatoria, reconocida por la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con el dictado de un veredicto condenatorio emitido por un jurado popular de acuerdo con la ley 9.106.

En primer lugar, tal como sostuve en el precedente «Acuña» considero fundamental destacar la importancia de la implementación del juicio por jurados en el ámbito de nuestra Provincia en razón de que «[...] es una alternativa que permite conjugar la 'precisión' propia del saber técnico con la 'apreciación'

propia del saber popular, congregando la garantía inherente al debido proceso y la percepción de la realidad propia de una decisión basada en el sentido común».

De tal manera, la institución expresa «[...] el derecho a juzgar en cabeza del pueblo, por considerarlo el sujeto jurídico más apto para ponderar la criminalidad de las acciones u omisiones del prójimo», donde el veredicto resulta «[...] una conclusión que se asume luego de transitar un proceso deliberativo forjado por una pluralidad de opiniones que expresan apreciaciones en las que se congregan la multiplicidad de género, edades, oficios, experiencias de vida, etc.» (CSJN, fallo del 2 de mayo de 2019, «**Canales**», del voto de los doctores Lorenzetti y Maqueda, considerandos 17 y 20).

Ahora bien, y como la propia Corte Suprema de Justicia destaca, la decisión acerca de la culpabilidad de la persona acusada por parte del jurado por medio del sistema de valoración de la prueba conocido como «íntima convicción» «[...] no impide una adecuada revisión de lo decidido, toda vez que la verdadera fundamentación no radica en la expresión escrita de razonamientos, sino en la coherencia entre las afirmaciones de las partes, las pruebas y el sentido de la sentencia».

En función de esto «[...] pese a la ausencia de fundamentación escrita, es perfectamente posible cuestionar una resolución de un jurado en base a la incongruencia entre precedentes o premisas (afirmaciones y pruebas) y conclusión (culpabilidad o inocencia)» **(CSJN, fallo del 2 de mayo de 2019, «Canales», del voto de los doctores Lorenzetti y Maqueda, considerando 19)**.

En este orden, y como señalé en el precedente antes individualizado, coincido con los argumentos expresados por el doctor Palermo en el precedente «Petean Pocoví», según los cuales «[...] el juicio por jurados tiene un reconocido origen anglosajón y se encuentra previsto por nuestra Constitución Nacional, que entre sus fuentes reconoce la Constitución de Estados Unidos. Sin embargo, la posterior codificación que caracterizó nuestro sistema jurídico y la tradición organizativa de nuestros tribunales es propia del derecho continental europeo.

A ello debe sumarse que la reforma constitucional de 1994 incorporó un conjunto de tratados internacionales fundamentales, dando lugar a lo que ha sido definido como un «bloque de constitucionalidad».

De manera tal que, en la actualidad, nuestro ordenamiento jurídico está conformado por un conjunto ecléctico de tradiciones jurídicas, que suponen diferentes premisas ideológicas de fondo». Ahora bien, «en lo que hace a la revisión de la sentencia en esta instancia, que el juicio fuera realizado con jurados no ha de cancelar el derecho al doble conforme del que goza el imputado.

Ello por cuanto el juicio por jurados es plausible constitucionalmente con la CADH y el PIDCP únicamente si posibilita la revisión de la valoración de la prueba, el cumplimiento de normas de procedimiento y la aplicación del derecho».

En razón de ello, «[...] los lineamientos establecidos por la CSJN y la CorteIDH –conf. «Herrera Ulloa vs. Costa Rica», «Zegarra Marín vs. Perú», «Norín Catrimán y otros vs. Chile», «Gorigotía vs. Argentina», entre otros- rigen plenamente tanto para el control de vicios in iudicando como in procedendo en casos de decisiones adoptadas con intervención de un jurado popular. El jurado aporta al juicio mayor legitimidad democrática, y ello se logra sin derogación alguna del derecho del acusado a la doble instancia».

Especialmente, en relación con la valoración de la prueba en el ámbito de juicio por jurados, debe señalarse que «[ú]nicamente cuando las proposiciones fácticas y jurídicas que son puestas a disposición del jurado popular para que este proceda a responder a las cuestiones planteadas sean verdaderas, se estará ante un veredicto válido.

A contrario sensu, cuando alguna de ellas sea falsa, este veredicto, absolutorio o condenatorio en lo que al thema decidendum respecta, podrá ser anulado por esta instancia casatoria. En este orden de ideas, la verdad de una premisa fáctica hace referencia a la idoneidad cualitativa y cuantitativa de una prueba para fundamentar un proceso lógico de fundamentación de la existencia de un hecho o de alguno de sus extremos.

Así, si bien no es posible entrar en el proceso de deliberación del jurado popular, sí podemos evaluar que cuente con los elementos teóricos suficientes para no alcanzar una conclusión válida en relación con las cuestiones planteadas en lo que hace a la valoración de la prueba. La idoneidad cualitativa de una prueba hace referencia a la aptitud de un determinado elemento de convicción para sustentar una afirmación de forma lógica y de acuerdo con los principios y garantías constitucionales.

Así, una prueba puede ser válida cuando cumpla con estos requisitos o, a la inversa, inválida si no los respeta. La idoneidad cuantitativa de una prueba, por su parte, presupone su aptitud cualitativa y tiene que ver, en lo esencial, con la gradación de su fuerza para sostener la existencia de un hecho o de alguno de sus extremos. Así, puede haber pruebas válidas con más peso en relación con aquello que se proponen acreditar y pruebas con menos peso, las cuales, aun así, mantienen su validez y, de la mano de otros elementos, pueden coadyuvar a sostener una determinada afirmación» **(Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala Segunda, sentencia del 7 de febrero de 2019, «Petean Pocoví», del voto del doctor Palermo).**

Asimismo, estimo importante insistir aquí en que, como lo señalé en el precedente mencionado, la denominada regla de la deferencia debe conceptualizarse en aras de todos estos principios, sin que pueda en modo alguno entenderse restrictiva de las facultades revisoras de este Alto Tribunal.

Ello así pues debe garantizarse un recurso oportuno, accesible, amplio y eficaz, en los términos delineados tanto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación **(Fallos 328:3399; 331:2077; 332:422; 332:2705; 335:817; entre otros), como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, Caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, Sentencia del 2 de julio de 2004, Serie C, N° 107; Caso “Gorigoitía vs. Argentina”, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 2 de septiembre de 2019; Caso “Mohamed vs. Argentina”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 23 de noviembre de 2012).**

De tal manera, y tal como se advierte de las consideraciones antes expuestas, es posible admitir la compatibilidad existente entre el enjuiciamiento a través de jurados populares y el derecho al recurso de las personas acusadas, siempre con el alcance y en los términos formulados.

En este sentido, entiendo oportunas las apreciaciones formuladas por el doctor Valerio, en el mismo precedente antes referido, en tanto afirman que «[...] el delicado análisis que a mi entender está encomendado al tribunal revisor implica –para satisfacer acabadamente las exigencias de «doble conforme» establecidas por el art. 8.2.h de la CADH y 14.5 del PIDCP– un estudio serio de la plausibilidad de las acusaciones a partir de las pruebas producidas en el debate.

De ninguna manera esto supone superponerse a la labor del jurado ni reeditar instancias previas al juicio, sino evaluar la posible existencia de lagunas entre la acusación, prueba e instrucciones que hayan pasado inadvertidas al jurado. Sólo de este modo, según mi modo de ver, es posible garantizar que el veredicto de culpabilidad del jurado no sea arbitrario ni se aparte manifiestamente de la prueba producida en el debate, **tal como ordena el art. 41 de la ley 9.106 y el debido proceso» (Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala Segunda, sentencia 7 de febrero de 2019, «Petean Pocoví», del voto del doctor Valerio).**

Todas esas pautas las entiendo cumplidas en el caso analizado debido a que toda la prueba de cargo obrante en la causa conduce, de manera plausible, al resultado alcanzado por el veredicto condenatorio del jurado popular. Acerca del examen probatorio arribo a las mismas conclusiones que expone el voto del Ministro que me precede.

Por lo expuesto, entiendo que corresponde, por un lado, responder de manera negativa a la primera cuestión planteada en relación con los recursos interpuestos por las defensas de los acusados Lucas Sebastián Villanueva Figueroa y Francisco Javier Agüero. Por otro lado, debe acogerse el recuso de casación promovido por la defensa del acusado Diego Norberto Vildoza Soria, por la constatación de vicios en la fundamentación de la pena, cuya procedencia deberá extenderse a los demás acusados (art. 458 del Código Procesal Penal). ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Coincide con el voto preopinante.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, POR SU VOTO, DIJO: Puesto a resolver los recursos extraordinarios de casación interpuestos por las defensas técnicas de los acusados, comparto con el voto preopinante la solución a la que arriba en el sentido de su improcedencia sustancial por ausencia de arbitrariedad en el veredicto del jurado, así como también, en cuanto a la procedencia de los agravios casatorios vinculados con el déficit de fundamentación de la pena propuestos por los defensores de Vildoza Soria, y su extensión sobre los demás acusados (art. 458 del Código Procesal Penal).

En cuanto a las consideraciones sobre la importancia de la institución del juicio por jurados y su compatibilidad con el derecho del acusado a la revisión de la sentencia condenatoria, me remito, en lo pertinente, a mi voto en el precedente «Petean Pocoví».

Ello por entender que aquellas consideraciones son de plena de aplicación al presente caso. ASÍ VOTO.

Voto Dra. Day. Disidencia.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, LA DRA. MARÍA TERESA DAY, EN DISIDENCIA, DIJO:

En base a los argumentos que desarrollaré a continuación, **coincido con la solución propuesta en el voto preopinante en relación con el rechazo de los recursos de casación promovidos por la defensa de los acusados Lucas Sebastián Villanueva Figueroa y Francisco Javier Agüero Toledo.**

Sin embargo, **disiento respecto de la procedencia del recurso** de casación formulado por la defensa de Diego Norberto Vildoza Soria.

En efecto, comparto los argumentos desarrollados en el voto preopinante, mediante los cuales se descarta –acertadamente, en mi opinión– la pretendida arbitrariedad del veredicto condenatorio emitido por los miembros del jurado popular, así como de la sentencia dictada en su consecuencia por el tribunal de juicio.

En este aspecto, estimo que todo el material probatorio producido durante el debate oral torna ciertamente plausible que los integrantes del jurado hayan arribado a la solución condenatoria que fuera resistida por las defensas de dos de los tres acusados, en orden a acreditar que Agüero Toledo y Villanueva Figueroa, con un grado diverso de participación criminal –autor y partícipe primario, respectivamente– resultan, junto con Diego Vildoza, responsables del homicidio del ciudadano Juan Carlos Moya. Por lo tanto, estimo innecesario detenerme o hacer mayores precisiones al respecto.

No obstante ello, la disidencia referida en el primer párrafo se circunscribe a la respuesta afirmativa que la mayoría del Tribunal ofrece a uno de los dos agravios casatorios propuestos por la defensa de Vildoza Soria, en cuanto **critica la determinación de la pena** realizada en la sentencia por el tribunal de juicio; decisión que, consecuentemente, resulta el motivo fundante que sustenta la propuesta de anular la sentencia únicamente en cuanto a la determinación judicial de la pena.

Me refiero, en concreto, a queja defensiva que postula la existencia de vicios en los fundamentos sobre la cuantificación de la sanción penal realizado por el juez técnico respecto del acusado de mención, y la proyectada extensión de esa irregularidad sobre la misma labor en cuanto a la determinación de penalidades para el resto de los imputados, de acuerdo con lo prescripto en el **art. 458 del CPP**.

En ese orden, doy razones.

a.- **Debo aclarar que comparto con el voto preopinante cuando, en relación con la censura del juicio para la determinación de las penas aplicables a los acusados**, descarta el agravio defensivo por el cual se alega un apartamiento del juez técnico respecto del contenido del veredicto de culpabilidad emitido por el jurado popular.

Es que, tal como afirma mi colega preopinante, el pretendido error acerca de la **individualización del grado de intervención delictiva** que le cupo a cada uno de los acusados que, advierte la defensa por parte del juez técnico, no ha tenido trascendencia ni correlato alguno en la parte resolutive de la sentencia cuestionada.

Ello, si se tiene en cuenta que la sentencia resulta una unidad lógica en la que en la que su parte dispositiva es la conclusión necesaria de las premisas fácticas y normativas efectuadas en sus fundamentos (ver, al respecto, CSJN, Fallos 118:243; 113:64; 111:339 y 28:129). Enunciación que se ha visto reafirmada por la aseveración de que la sentencia constituye un todo indivisible (Fallos: 330:4040; 330:1366; 328:412; 315:2291).

Si bien el sentenciante citó en sus fundamentos que el jurado popular había encontrado culpables a los tres acusados de autos, en tanto **coautores del delito de homicidio en ocasión de robo (art. 165 del CP)**, siendo que, en rigor de verdad, **el veredicto de culpabilidad estableció una concreta distinción entre los grados de intervención criminal de cada uno de ellos** –Agüero Toledo autor; Vildoza Soria y Villanueva Figueroa partícipes primarios (ver soporte audiovisual de la audiencia realizada en fecha 05/08/21)–, considero que esa inexactitud no presenta ningún tipo de virtualidad en la solución del caso.

Lo referido se sustenta en dos razones.

Primero, porque lo consignado por el juez técnico en la parte dispositiva de la sentencia, resulta la conclusión necesaria y coincidente de aquellas premisas fácticas y normativas contenidas en el veredicto de culpabilidad. Así, según se desprende de autos, el juez técnico resolvió «I.- Imponer a Diego Norberto VILDOZA SORIA ya filiado, la pena de **VEINTIDÓS AÑOS DE PRISIÓN, e INHABILITACIÓN ABSOLUTA POR IGUAL TÉRMINO QUE LA CONDENA, CON COSTAS Y ACCESORIAS LEGALES, por encontrarlo penalmente responsable en calidad de partícipe primario del delito de HOMICIDIO EN OCASIÓN DE ROBO en la presente causa N° P-152452/17 previsto y penado por el Art. 165 y 45 del Código Penal conforme el veredicto de culpabilidad dictado por el Jurado Popular; II.- Imponer a Lucas Sebastián VILLANUEVA FIGUEROA, ya filiado, la pena de VEINTIDÓS AÑOS DE PRISIÓN, e INHABILITACIÓN ABSOLUTA POR IGUAL TÉRMINO QUE LA CONDENA, CON COSTAS Y ACCESORIAS LEGALES, por encontrarlo penalmente responsable en calidad de partícipe primario del delito de HOMICIDIO EN OCASIÓN DE ROBO en la presente causa N° P-152452/17 previsto y penado por el Art. 165 y 45 del Código Penal conforme el veredicto de culpabilidad dictado por el Jurado Popular- (Arts. 12, 29 inc. 3° del C.P; arts. 415, 557, 558 y 560 del C.P.P. Ley 9106).-; III.- Imponer a Francisco Javier **AGÜERO TOLEDO**, ya filiado la pena de **VEINTITRÉS AÑOS DE PRISIÓN, e INHABILITACIÓN ABSOLUTA POR IGUAL TÉRMINO QUE LA CONDENA, CON COSTAS Y ACCESORIAS LEGALES, por encontrarlo penalmente responsable en calidad de autor del delito de HOMICIDIO EN OCASIÓN DE ROBO en la presente causa N° P-152452/17 previsto y penado por el Art. 165 del Código Penal conforme el veredicto de culpabilidad dictado por el Jurado Popular- (Arts.****

12, 29 inc. 3° del C.P; arts. 415, 557, 558 y 560 del C.P.P. Ley 9106).-». Segundo, porque esa coincidencia detectada entre el veredicto de culpabilidad y la parte dispositiva de la sentencia, también se comprueba mediante la lectura de los fundamentos mediante los cuales, el juez técnico, abordó el tratamiento de la determinación de la pena («tercera cuestión»).

Pues en este tramo, también se atiende a **la diferenciación del diverso grado de intervención delictiva que le reconoció el jurado popular a cada uno de los acusados** en el hecho objeto del proceso.

De hecho, esa labor determinó que el juez técnico impusiera penas cuantitativamente diversas a los responsables.

En su caso, les aplicó el mismo monto **de pena a Vildoza Soria y a Villanueva Figueroa por considerar que éstos ejecutaron las mismas acciones y contribuyeron del mismo modo al resultado típico.**

Por su parte, elevó el **monto de la sanción penal respecto de Agüero Toledo**, incremento que el juez técnico justificó en que éste fue quien **realizó la acción de disparar a la víctima** –Juan Carlos Moya–, a quien le provocó con ello la muerte.

Lo brevemente expuesto demuestra que, aquellos que considera la defensa de Vildoza Soria como una desviación arbitraria del juez técnico respecto del veredicto del jurado popular, no ha sido más que un error material de derecho que –como se advierte–, si bien debe ser corregido en esta instancia a los **términos del art. 487 del CPP**, no ha incidido de modo alguno en la parte resolutive del fallo impugnado. De tal manera, la falta de incidencia del error referido sobre la solución del caso impide acoger la pretensión del defensor del acusado Vildoza Soria.

b.- Superado satisfactoriamente el aspecto de la crítica casatoria reseñado, debo mencionar que tampoco le asiste razón al defensor del acusado Vildoza Soria cuando, en el segundo tramo del recurso, se agravia por la fundamentación de la pena aplicada a su representado en tanto «arbitraria» por «aparente» y «omisiva». A mi modo de ver, la motivación de la penalidad –aun cuando escueta– resulta suficiente a los efectos del mantenimiento de la sentencia como acto procesal válido, no adoleciendo de deficiencias que impliquen su anulación.

Ello, conforme la reiterada jurisprudencia de la Sala Segunda de este Tribunal, en el sentido de que tales defectos, para conllevar esa extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros); lo que, como adelanté, en autos no ocurre.

Es que, según entiendo, en el aspecto vinculado con la determinación de la pena no es posible exigir en las presentes actuaciones una fundamentación exhaustiva –téngase presente que el **art. 411, inc. 2 del CPP** prevé como requisito de la sentencia una **exposición concisa de las cuestiones de hecho y de derecho**–, cuando no existió una amplia litigación por las partes en la audiencia de cesura, quienes en el legítimo ejercicio de sus intereses, acordaron renunciar a los plazos y no ofrecer pruebas, conforme surge de la audiencia de informe oral de los recursos interpuestos.

En relación con la cuestión en análisis, observo dos situaciones que no pueden ser soslayadas.

Primero, la defensa **no explica adecuadamente las razones por las cuales considera que, en el caso, la pena aplicada a Vildoza Soria, no refleja adecuadamente el grado de intervención delictiva que tuvo el acusado en el hecho**, de acuerdo al veredicto de culpabilidad alcanzado por los integrantes del jurado popular.

Segundo, los criterios expresados por el juez técnico para mensurar la sanción impuesta resultan suficientes para su debida justificación, de acuerdo con lo dispuesto por **los arts. 40 y 41 CP**.

En efecto, es posible advertir de los fundamentos de la sentencia, el juez técnico realizó un suficiente análisis de las condiciones objetivas y subjetivas establecidas por el art. 41 del CP, de acuerdo con las **circunstancias fácticas** que fueron comprobadas en la causa por el jurado popular –de acuerdo a las respectivas teorías del caso de la acusación pública y privada– a fin de determinar las penas que estimó justo imponer a los acusados.

De tal manera, luego de diferenciar el grado de intervención delictiva de quienes fueron sus encontrados responsables del suceso objeto de estos obrados por parte del jurado popular, así como la actividad que desarrollaban los tres acusados, la mecánica modal que asumieron los hechos y a los medios empleados para ejecutar la **maniobra delictiva –armas de fuego–**, aspectos que son comunicables a todos los acusados, **descartó la existencia de atenuantes de penalidad.**

En relación con esto último, estimo que esa conclusión no significa la omisión de una evaluación ponderativa de ellas, sino que, el análisis de las circunstancias de la causa lo determinó en el sentido señalado.

Específicamente respecto a la cuestión de la consideración de la intervención de los acusados en el ámbito de la determinación de pena, inversamente a lo que propone el recurrente, y conforme fuera analizado en el apartado precedente, la sentencia da cuenta de los diversos aportes que cada uno de los responsables realizó en el hecho, lo que derivó en la mensuración de la pena. En ese orden, conforme se desprende de los fundamentos de la sentencia cuestionada, el juez consideró que «[d]e acuerdo a la descripción de ellos, si bien Diego Norberto VILDOZA SORIA y Lucas Sebastián VILLANUEVA FIGUEROA, ejecutaron las mismas acciones y contribuyeron de igual modo al resultado típico, no así el imputado Francisco Javier AGÜERO TOLEDO, quien realizó la acción de disparar a Juan Carlos Moya provocándole la muerte, mientras que los otros dos imputados Diego Norberto Vildoza Soria y Lucas Sebastián Villanueva Figueroa colaboraron quedándose en el auto para procurar la fuga previo haberlo llevado al lugar del hecho para cometer el robo» (ver fundamentos obrantes en soporte digital, pág. 23).

Ello claramente determina la improcedencia, también este tramo del recurso interpuesto, pues el juez ha reflejado al momento de fijación de la pena la decisión del jurado popular, asignándole –en su caso– penalidades cuantitativamente distintas al autor –veintitrés años de prisión– de los partícipes primarios –veintidós años de prisión–.

De tal manera, considero que estamos frente a una fundamentación que no sólo no es inexistente, sino que tampoco es arbitraria como lo alega la defensa.

En definitiva, considero que la exteriorización del razonamiento judicial en el aspecto cuestionado por la defensa cumple satisfactoriamente con el deber de fundamentación previsto en el art. 155 del CPP, en tanto permite conocer y controlar en esta instancia extraordinaria de revisión, cuáles fueron los particulares motivos que determinaron el sentido de la resolución jurisdiccional que aquí se pone en tela de juicio.

Ello, descarta la presencia de arbitrariedad en esa labor, pues descansa en la selección de criterios elaborados y ponderados a partir del ordenamiento jurídico, y estructurados en un razonamiento que integra en forma correcta el complejo de circunstancias relevantes del caso.

Por todo lo expuesto, considero que debe responderse de la manera negativa la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL TRIBUNAL EN PLENO SOSTUVO: Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado Diego

Norberto Vildoza Soria y, en consecuencia, anular la sentencia n° 1.724, sólo respecto de la determinación judicial de la pena de los tres acusados (art. 458, primer párrafo del Código Procesal Penal).

En tal sentido, y de acuerdo a lo previsto en el art. **art. 38 inc. "b" de la ley n° 9106**, corresponde remitir las presentes actuaciones al Tribunal Penal Colegiado N° 1 de esta Primera Circunscripción Judicial a los fines que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado (arts. 458 y 486 del CPP). ASÍ VOTAMOS.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL TRIBUNAL EN PLENO SOSTUVO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas por su orden y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTAMOS.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar los recursos de casación interpuestos por las defensas técnicas de los acusados Lucas Sebastián Villanueva Figueroa y Francisco Javier Agüero Toledo.
- 2.- Admitir el recurso de casación interpuesto por la defensa de Diego Norberto Vildoza Soria.
- 3.- Anular, en razón de lo dispuesto en el resolutive 2, la sentencia n° 1.724, sólo respecto de la determinación judicial de la pena efectuada respecto de los acusados de autos (puntos I, II y III) y, en consecuencia, remitir las presentes actuaciones al Tribunal Penal Colegiado N° 1 a fin de que la OGAP siga el trámite de ley (art. 38 inc. b de la ley 9.106) conforme al resultado aquí arribado (arts. 458 y 486 del CPP).
- 4.- Imponer las costas por su orden y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 5.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada por las defensas de los acusados.

Regístrese. Notifíquese. DR. DALMIRO F. GARAY CUELI Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JULIO R. GOMEZ Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DRA. MARÍA TERESA DAY Ministro (disidencia)

12- CATALDO ORTIZ. 29-07-22. (JJ)

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	-	M	-	PPP	-	EGT	-	-	CR	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=868>

Lex: Art. 80 inc. 7, 55, 166 inc. 2, 2° párrafo y 42 del CP. Arts. 18 y 75 inc. 22 de la CN, en función del art. 14 del PIDCP, art. 8 inc. 1 de la CADH, art. 25 de la Constitución de Mendoza y art. 1 del CPP. Art. 4 CPP. Art. 49 de la Ley 9106.

Vox: Homicidio agravado. Criminis causa. Concurso real. Robo agravado. Arma de fuego apta para el disparo. Tentativa. Juicio por Jurados. Prisión perpetua. In pauperis. Juez natural. Ámbito temporal. Doble conforme. Derecho de defensa. Calificación legal cuestionada.

Summa:

El TPC condenó al nombrado a la pena de prisión perpetua por encontrarlo penalmente responsable del delito de homicidio criminis causae en concurso real con robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo en grado de tentativa (art. 80 inciso 7, 55, 166 inc. 2 segundo párrafo y 42 del Código Penal El acusado promueve recurso de casación **in pauperis** contra la sentencia condenatoria y su defensa técnica funda en derecho la voluntad recursiva. (Art. 474, incs. 1 y 2 del CPP y el art. 41 inc. d de la ley 9.106. Arts. 18 y 75 inc. 22 de la CN, en función del art. 14 del PIDCP, art. 8 inc. 1 de la CADH, art. 25 de la Constitución de Mendoza y art. 1 del CPP).

El Procurador General entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La SCJM rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1780, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Acuña. 07-12-21. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=710>
- Quispe Espinoza. 02-03-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=524>
- Petean Pocoví. 07-02-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=276>
Quien invoca un vicio sustantivo no puede modificar los hechos
- Ibañez Herón.
- Dominguez Castillo.
- Nuñez Castro.

b-CSJN

- «Canales». 02-05-19: <https://inecip.org/wp-content/uploads/000084206.pdf>

c-CIDH

- Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname.30-01-14:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_276_esp.pdf

- V.R.P., V. P. C. y otros vs Nicaragua:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_350_esp.pdf

Precedentes relacionados

a-SCJM

- Tizza. 08-01-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=449>
- Acuña. 07-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=710>
- Zúñiga. 07-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=803>
- Farías Toledo. 19-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=805>
- Vildoza. 15-06-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=856>
- Hisa. 26-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=880>
- Mendez Castro. 13-10-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=925>
- García Rivera. 01-12-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=961>
- Ponce Rubio. 02-12-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=954>

Doctrina citada

Hans, Valerie P., 2014, ¿Cuál es la diferencia que hace un jurado?, en Hans, Valerie P., Gastil, John, El Juicio por Jurados. Investigaciones sobre la Deliberación, el Veredicto y la Democracia, Buenos Aires, AdHoc, pp. 25-27

SCJM. Dres.: **Adaro.** Palermo. Valerio (Licencia).

Fallo

CUIJ: 13-06773764-9/1((018602-87358)) FC/ CATALDO ORTIZ ROBERTO FRANCISCO P/ HOMICIDIO CRIMINIS CAUSAS (87358) (87358/20) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106029455*

En Mendoza, a los veintinueve días del mes de julio del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-06773764-9 caratulada "F. C/ CATALDO ORTIZ ROBERTO FRANCISCO P/ HOMICIDIO CRIMINIS CAUSAE S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO; segundo, DR. OMAR A. PALERMO y tercero, JOSÉ V. VALERIO.

La defensa de Roberto Francisco Cataldo Ortiz formula recurso de casación contra la sentencia n° 1.780 pronunciada por el Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial, por cuanto condenó a su representado a la pena de prisión perpetua por encontrarlo penalmente responsable del delito de homicidio criminis causae en concurso real con robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo en grado de tentativa (art. 80 inciso 7, 55, 166 inc. 2 segundo párrafo y 42 del Código Penal), en estos autos n° P- 87.358/20.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La decisión impugnada condenó a Roberto Francisco Cataldo Ortiz a la **pena de prisión perpetua** a raíz de que el jurado popular constituido en autos conforme a las previsiones de la ley 9.106 encontró al acusado culpable del hecho que se le atribuyó según la calificación que al mismo asignó el Ministerio Público Fiscal. En este sentido, se le atribuyó a Cataldo Ortiz que «[...] el día 22 de noviembre a las 21.50 hs. en calle Rioja casi Brasil de la ciudad de Mendoza, en la garita de colectivo, cuando Diego Mosca se encontraba esperando el micro para regresar a su domicilio y es allí cuando fue atacado por Roberto Cataldo. Primero a golpes para robarle su billetera y su celular y luego le efectúa, al no poder lograr el cometido de robo, dos disparos dejando a Diego Mosca tirado, herido agonizando y dándose a la fuga. Para horas después fallecer Diego Mosca. [...]» (conforme registros audiovisuales, alegatos de apertura de la audiencia del día 6/9/21 a partir del minuto 12.30 en que formularon la hipótesis acusatoria el Fiscal en jefe y la Fiscal de instrucción que intervino durante la investigación penal preparatoria).

2.- Recurso de casación

El acusado promueve recurso de casación in pauperis contra la sentencia condenatoria y su defensa técnica funda en derecho la voluntad recursiva.

A partir de ello, se impugna la sentencia condenatoria pronunciada en autos de acuerdo con el art. 474, incs. 1 y 2 del CPP y el art. 41 inc. d de la ley 9.106.

La defensa refiere, en primer término, que la sentencia y el debate deben ser declarados nulos por haberse vulnerado el derecho a ser juzgado por **el juez natural** (arts. 18 y 75 inc. 22 de la CN, en función del art. 14 del PIDCP, art. 8 inc. 1 de la CADH, art. 25 de la Constitución de Mendoza y art. 1 del CPP).

En segundo lugar, señala que la resolución cuestionada presenta vicios de **arbitrariedad** y reclama su revisión conforme la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia en el fallo «Casal».

En tercer lugar, afirma que se ha aplicado **erróneamente la ley sustantiva al sostener que su defendido es autor del delito de homicidio criminis causa** en concurso real con robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo en grado de tentativa.

Señala que debe anularse el debate por cuanto considera que la **realización del juicio por jurados** ha violado la garantía constitucional de que ningún habitante de la Nación puede ser juzgado por comisiones especiales, o sacado los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa, en atención a los arts. 18 y 75 inc. 22 de la CN, en función con el art. 14 PIDCP, art. 8.1 de la CADH.

Entiende que la aplicación de la **ley 9.106 es lesiva del derecho de defensa** en tanto el juicio por jurados es perjudicial para el acusado ya que el mismo no va a contar con una decisión motivada, y por ello – posteriormente– en caso de veredicto de culpabilidad se dificulta el ejercicio del derecho a recurrir el fallo –derecho al doble conforme–.

Así, reclama la nulidad del debate y la celebración de un nuevo juicio con los jueces naturales del caso.

Señala que, de considerar al juicio por jurados como un derecho del acusado, debe regularse su integración como una cuestión optativa para aquel o reconocérsele facultad para renunciar.

Expresa que la **falta de motivación resulta un obstáculo grave en orden a la impugnación de la sentencia**, por cuanto resulta difícil rebatir fundamentos que no existen.

Tal falta de motivación resulta a su **criterio inconstitucional** al no poderse conocer los elementos probatorios analizados que llevaron al veredicto de culpabilidad a los cuales analizar y refutar.

De tal manera, refiere que no es posible conocer el iter lógico seguido por el jurado para llegar a una conclusión e, incluso, se le impide a las partes acceder a los apuntes (anónimos) tomados por los distintos miembros del jurado popular, a diferencia de lo que ocurre en un **juicio integrado con jueces técnicos**.

Refiere que, con o sin jurado, la motivación es una garantía constitucional, una garantía de garantías y, por lo tanto, imprescindible por cuando de nada sirve asegurar el derecho a ser oído ante un tribunal imparcial si después no se conocen las razones por las cuales fueron desoídas las argumentaciones de la defensa.

Refiere la necesidad de que la motivación sea exhaustiva, de manera que posibilite el control.

Señala que resulta difícil acceder a la verdad de un hecho histórico y agrega que la tendencia a evitar el control del fundamento de la revocación de la presunción de inocencia opaca el juicio al control racional y que congloba factores que van desde la imposibilidad jurídica a la imposibilidad fáctica. Formula referencia al caso «Taxquet v. Bélgica» del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y se pregunta como revisarían personas que carecen de información las inferencias inductivas que parten de pruebas a las que señala como indirectas, incluida la testimonial de hechos que carecen de existencia actual. Agrega que el pronunciamiento del jurado clásico no permite al imputado verificar si sus alegatos contra la acusación fueron atendidos sustrayendo el conocimiento de parte esencial de las razones de su condena.

Para el supuesto caso en que no se acojan las nulidades solicitadas reclama se revise la calificación jurídica en la que se ha encuadrado el hecho investigado. Refiere que no es posible que esta tarea quede en manos del jurado ya que ninguno de ellos se encuentra capacitado para analizar y decidir sobre esta cuestión. Añade que, en el caso analizado, la teoría del caso manejada por la Fiscalía y por la querrela no explica adecuadamente el rol de Cataldo Ortiz.

Considera que el encuadre correcto de los hechos debió ser el del art. 165 del Código Penal, ya que el homicidio fue un resultado no querido ni preordenado por su asistido y no existió nexo psicológico entre

homicidio y otra figura penal. Sostiene que el jurado se apartó abiertamente de las instrucciones dadas por el juez técnico acerca de: la presunción de inocencia; quien tenía la carga de la prueba; el concepto de duda razonable; los extremos que debían tener por establecidos para dar por cierta la hipótesis de la acusación; y, también, la prueba producida en el debate para llegar a la condena. Finalmente, con relación a la testimonial de Alicia Vilches, la defensa entiende que aquella dio cuenta de una pelea y un forcejeo, lo cual denota que el disparo fue accidental.

Expresa así que la testigo dijo ser experta en armas y habló de que vio un arma calibre .22 mm cuando en realidad el arma que impactó a la víctima es de calibre .9 mm. De ello, infiere que la nombrada no observó el momento del disparo, sino simplemente el forcejeo, lo que quedó corroborado por las cámaras de seguridad existentes en el lugar. Por ello y ante la duda de cómo se produjeron los disparos hay que aplicar el principio in dubio pro reo. Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 25/28 se expide el Procurador General quien considera que el recurso procede formalmente por cuanto constituye un medio típico de impugnación.

No obstante, entiende que no debe hacerse lugar sustancialmente, por lo que debe confirmarse la validez de la sentencia impugnada.

En primer lugar, señala que se ha dado acabado cumplimiento al procedimiento dispuesto en la **ley 9.106 que regula el juicio por jurados populares, en cumplimiento del art. 24 de la Constitución Nacional.**

Refiere, particularmente, el cumplimiento **del art. 33 de la ley en tanto el juez técnico** brindó las **instrucciones al jurado** en forma verbal y escrita y se dejó constancia de que las partes dieron su expresa conformidad con las mismas.

Señala que la conclusión a la que llegó el jurado, a la luz del plexo probatorio no surge como arbitraria, sino precisamente como fruto de la valoración de la prueba rendida en el juicio.

Agrega que los miembros del jurado fueron instruidos en cuanto a la valoración de toda la prueba y específicamente sobre la testimonial.

Respecto a la alegada vulneración al derecho constitucional a ser juzgado por juez natural señala que el hecho juzgado es posterior a la entrada en **vigencia de la ley 9.106** que establece el juicio por jurados populares instaurado en la Constitución Nacional. Destaca al respecto los precedentes de este Tribunal «Acuña» y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación «Canales».

Con relación a la pretensión de que el juicio por jurados sea optativo para el acusado o que se le reconozca la facultad de renunciarla señala el Procurador que el modelo institucional de administración de justicia penal escogido expresa la participación del pueblo en el mismo.

Afirma que la alegada falta de expresión de los motivos que conforman el convencimiento sobre la resolución adoptada no impide la revisión de la sentencia, puesto que la verdadera fundamentación está presente en la coherencia entre las afirmaciones de las partes, las pruebas presentadas en el juicio y el sentido de la sentencia. Afirma así que no se ha conculcado la garantía de juez natural ni la existencia de motivación de las sentencias, por lo que estos agravios deben ser rechazados.

Formula referencia a los fallos citados precedentemente y afirma que el jurado popular dictó su veredicto luego de apreciar el plexo probatorio reunido y puesto a su disposición, contemplando la exposición de las pruebas de cargo y de descargo y en atención a las instrucciones impartidas. Considera también que debe ser rechazado el agravio relativo a la calificación legal.

Destaca que el veredicto encuentra apoyo en el cuadro probatorio producido en el juicio y el resto de los elementos incorporados, conforme las instrucciones impartidas por el juez técnico, previa revisión y aceptación de ellas por las partes.

De tal manera, el veredicto aparece como la decisión unánime dentro de las posibles opciones con las que se contaba, por lo que no existe la pretendida arbitrariedad y nulidad propugnada por la defensa. Señala que el resto de los cuestionamientos no tienen asidero, ya que en las instrucciones se explicaron claramente los principios constitucionales que amparan a la persona acusada, en tanto que una duda razonable no es forzada o imaginaria ni basada en lástima, piedad o prejuicio sino en la razón y el sentido común. Conforme a lo expuesto, aconseja el rechazo del recurso casatorio y la convalidación de la sentencia impugnada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Del análisis del recurso de casación promovido y la sentencia objetada, adelanto opinión en el sentido de que el primero de los nombrados debe ser rechazado, por lo que el veredicto de culpabilidad del jurado popular interviniente y la sentencia del juez técnico del Segundo Tribunal Penal Colegiado deben ser confirmados. Ello así, puesto que no advierto la presencia de los vicios denunciados por la recurrente ni de falencias que motiven la anulación de la resolución, conforme paso a exponer.

De forma preliminar corresponde señalar que, toda vez que el recurso se estructura en torno a tres cuestiones, la solución del caso seguirá tales ejes argumentales. Así, y en primer término (a) se abordará la cuestión vinculada con la violación del juez natural y las pretendidas dificultades de ejercer el derecho al recurso en el sistema de enjuiciamiento por jurados; en segundo lugar (b), se analizarán los cuestionamientos relacionados con la arbitrariedad de la decisión del jurado popular; finalmente (c), se examinarán las alegaciones de la defensa sobre la calificación jurídica de los hechos.

a.- Cuestionamientos de la defensa vinculados con el enjuiciamiento por jurados:

violación del juez natural y dificultades para ejercer el derecho al recurso. En primer lugar, la defensa técnica del acusado solicita que esta Sala declare la nulidad del debate por haber violentado la garantía del juez natural.

Concretamente refiere que «[...] con la realización del juicio por jurados en este caso se ha violado la garantía constitucional de que ningún habitante de la Nación puede ser juzgado por comisiones especiales o sacado de los Jueces designados por la Ley antes del hecho de la causa.

Ello conforme lo dispuesto en los **arts. 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional**, en función con el art. **14 PIDCP, art. 8.1 de la CADH**)».

Al respecto considero que asiste razón en este punto al Procurador General en cuanto a que el hecho aquí investigado ocurrió el día 22 de noviembre de 2020, esto es con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 9.106 (octubre de 2018).

De tal manera, la crítica formulada por la defensa técnica carece de sustento en tanto que la institución del juicio por jurado fue prevista legislativamente con anterioridad al hecho de la causa que aquí se tramita. Por otro lado, no surge de las constancias de los registros audiovisuales de la presente que el acusado, ni su defensa técnica, objetaran que el juicio se llevase a cabo de la manera prevista por la ley 9.106 (ver constancias de la audiencia preliminar y las audiencias de debate llevadas a cabo).

Cabe también recordar que este Tribunal ha tenido ocasión de expedirse en relación con la institución del juicio por jurados y, particularmente, sobre la cuestión vinculada a la nulidad del debate por violación del principio de juez natural.

En efecto, en el **precedente «Quispe Espinoza»** se planteó tal cuestión, aunque relacionada con un hecho ocurrido con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 9.106.

En esa ocasión, y a fin de ser rechazada la crítica, se dijo que «[...] nuestro ordenamiento procesal es claro respecto de que la norma procesal debe aplicarse desde su entrada en vigencia, **aún en los procesos por delitos anteriores**, salvo disposición en contrario (**art. 4 del CPP**).

Tal regla también ha sido prevista por la ley 9.106, que dispone su aplicación para los procesos iniciados con posterioridad a su entrada en vigencia y a todas aquellas causas en trámite que no tuvieran fijada audiencia de debate (art. 49).

Lo dicho hasta aquí resulta suficiente para descartar el motivo de agravio invocado.

Aun así, resulta apropiado señalar que el criterio referido, además de reconocer origen normativo, ha sido reconocido por la jurisprudencia de este Tribunal, por la Corte Federal concretamente en relación al juicio por jurados y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En este sentido, esta Sala ha sostenido que la **operatividad de las normas procesales resulta ser inmediata**, salvo disposición **en contrario (conf. «Di Césare»)**, mientras que la CSJN ha señalado, en el **precedente «Canales»**, que «las leyes modificatorias de la jurisdicción y competencia se aplican de inmediato a **las causas pendientes**, en tanto la facultad de cambiar las leyes procesales es un derecho que pertenece a la soberanía. En ese sentido, no existe derecho adquirido a ser juzgado por un determinado régimen procesal, pues las normas de procedimiento y jurisdicción son de orden público, especialmente cuando estatuyen acerca de la manera de descubrir y perseguir delitos» (conf. Fallos 342:697 y 249:343; 321:1865; que cita «Canales»).

Esta inteligencia responde a que «la cláusula del **artículo 18 de la Constitución Nacional**, que establece que ningún habitante de la Nación puede ser sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa, no impide la inmediata aplicación de nuevas normas de competencia, inclusive a causas pendientes, a menos que ello signifique, en el caso concreto, despojar de efecto a actos procesales válidamente cumplidos, lo que obstaculizaría la pronta terminación de los procesos que exige una buena administración de justicia» (conf. Fallos 327:5496, que cita «Canales»).

A ello, se agregó que «[s]obre la cuestión, también la Corte IDH ha sido clara respecto a que «la aplicación de normas que regulan el procedimiento de manera inmediata, no vulnera el artículo 9 convencional, debido a que se toma como referencia el momento en el que tiene lugar el acto procesal y no aquél de la comisión del ilícito penal, a diferencia de las normas que establecen delitos y penas (sustantivas), en donde el patrón de aplicación es justamente, el momento de la comisión del delito. Es decir, los actos que conforman el procedimiento se agotan de acuerdo a la etapa procesal en que se van originando y se rigen por la norma vigente que los regula.

En virtud de ello, y al ser el proceso una secuencia jurídica en constante movimiento, la aplicación de una norma que regula el procedimiento con posterioridad a la comisión de un supuesto hecho delictivo no contraviene per se, el **principio de legalidad**. [...] En razón de lo anterior, el principio de legalidad, en el sentido que exista una ley previa a la comisión del delito, no se aplica a normas que regulan el procedimiento, a menos que puedan tener un impacto en la tipificación de acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable o en la imposición de una pena

más grave que la existente al momento de la perpetración del ilícito penal» (v. **Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname, sentencia del 30 de enero de 2014, párrs. 69 y 70**)».

Tales consideraciones resultan aplicables al caso traído a examen con mayor razón puesto que, como referí, el hecho aconteció con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley que estableció el jurado popular. Por otro lado, en el precedente «Petean Pocoví» señalé que «[...] el juicio por jurados, con sus características y particularidades, constituye un modelo de enjuiciamiento con serias y trascendentales diferencias respecto del modelo de juez profesional al que estamos acostumbrados, y, sin embargo, igualmente válido desde el punto de vista jurídico-constitucional. La selección de uno u otro modelo depende de acuerdos políticos sobre el diseño del sistema de justicia, y estribará de las cualidades subjetivas y la colocación institucional que se consideren necesarias en quien tiene a su cargo el rol de definir en el proceso criminal.

Al respecto, **Ferrajoli** sostiene que «[l]a elección del modelo de juez, de sus requisitos personales, las modalidades de selección y reclutamiento, su posición constitucional, los criterios de determinación de sus competencias y las formas de control de su actividad- está ligada al modelo de juicio por el que se haya optado y, por ello, a la fuente de legitimación asignada con carácter general a la jurisdicción. Este nexo entre personas y ritos, entre ordenamiento judicial y método procesal, ha estado siempre presente en la doctrina procesalista clásica. [...] La alternativa entre jueces-magistrados y jueces-ciudadanos ha sido siempre la opción más decisiva en materia de ordenamiento judicial» (Ferrajoli, Luigi, 1995, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Madrid, Trotta, p. 575).

A mi entender, la institución del juicio por jurados para la resolución de los delitos previstos por el art. 80 del Código Penal en la provincia de Mendoza obedece a un acuerdo político sustancial que pretende dotar de legitimidad las decisiones jurisdiccionales sobre este grupo de casos particularmente complejos. Ello responde a una necesidad de aproximar la justicia a la comunidad y de democratizar el proceso de toma de decisiones [...]. «Del mismo modo en que la Constitución Nacional prevé la realización de juicios por jurados en casos criminales, también dispone una serie de derechos y garantías vinculados al proceso penal e incorpora instrumentos internacionales de derechos humanos que estipulan una particular manera de llevar adelante el enjuiciamiento de ciudadanos en nuestro país. Esto significa que el juicio debe ser el resultado de un debido proceso, que ha sido definido sintéticamente por la Corte Federal como la exigencia de «observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia» (conf. «González, Miguel Ángel», Fallos 342:1501 y sus citas, entre otros).

La caracterización detallada del debido proceso excede el propósito de este voto, pero a modo enunciativo debe tenerse presente que implica al menos el respeto del principio de legalidad, de la prohibición de doble juzgamiento, del derecho a ser oído, a acceder a un recurso efectivo, a ser juzgado por un tribunal competente, imparcial e independiente y dentro de un plazo razonable, a que se presuma la inocencia del acusado, a no ser obligado a declarar contra sí mismo y permitiendo el derecho de defensa, el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva.

De este modo, el debido proceso importa el establecimiento de límites concretos y claros a la facultad de determinar el modo en que se llevan adelante los procesos criminales que suponen la administración pública de penas. En lo que aquí respecta, el juicio por jurados populares parece poner en juego dos derechos del acusado: el derecho a un fallo razonado y el derecho a la revisión de la sentencia condenatoria [sin perjuicio de ello] a mi entender, el modelo previsto por la ley 9.106 no conculca ninguno de estos derechos».

En otro orden, la defensa refiere que «la aplicación de la ley 9106 al caso es lesiva del derecho de defensa en tanto el juicio por jurados es perjudicial para el imputado toda vez que el mismo no va a contar con una decisión motivada, lo que posteriormente, en caso de un veredicto de culpabilidad, se va a dificultar el ejercicio del derecho constitucional a recurrir el mismo (Derecho al doble conforme)». Asociado a esta idea afirma que «[...] la falta de motivación es un obstáculo grave en orden a la impugnación de la sentencia. Ello por cuanto es difícil rebatir fundamentos que no existen. Esta falta de motivación es, a nuestro entender, inconstitucional, ya que no podemos conocer cuáles son los elementos probatorios analizados que llevaron al veredicto de culpabilidad a los cuales analizar y refutar. Es decir que no podemos conocer el “iter lógico” seguido por el jurado para llegar a la conclusión que llegó. Está claro que el encartado no se puede defender adecuadamente contra algo inverificable como el veredicto [...]». El agravio expuesto en este sentido tampoco puede prosperar pues, como referí en el **precedente «Petean Pocoví»** ya citado, «[...] sobre el modo en que satisface los requisitos convencionales de motivación la sentencia que se funda en parte en un veredicto del jurado popular, la Corte Interamericana se ha expedido recientemente en el **caso «V.R.P., V.P.C. vs. Nicaragua»** citado en el voto que lidera este acuerdo. Me interesa destacar que ese Tribunal, además, ha declarado que «el deber de motivar no exige una respuesta detallada a todo argumento de las partes, sino que puede variar según la naturaleza de la decisión, y que corresponde analizar en cada caso si dicha garantía ha sido satisfecha» (conf. CortelDH, caso Tristán Donoso vs. Panamá, Excepción Preliminar. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 27 de enero de 2009, párr. 154).

De forma tal que la sentencia que prevé la ley 9.106 debe considerarse debidamente motivada -en abstracto y en cuanto a su diseño institucional- por cuanto se compone de las instrucciones iniciales, las instrucciones finales, el veredicto del jurado y la resolución de imposición de pena. En este sentido, considero que el secreto de las deliberaciones del jurado no implica déficit alguno de motivación en tanto el modelo de enjuiciamiento adoptado supone una forma de fundamentación procedimental de la decisión, compatible con las garantías antes aludidas.

Esta estructura procesal tampoco supone un menoscabo a la garantía de doble conforme. Así lo sostuvieron la CSJN y la CortelDH en los fallos «**Canales»** y «**V.R.P., V.P.C. vs. Nicaragua»** mencionados antes y analizados en detalle en el voto preopinante».

A ello agregué que «[...] el material revisable en segunda instancia no se limita al veredicto del jurado, sino que abarca todos los actos procesales que dan lugar al juicio, así como los que se desarrollan durante las audiencias con el jurado y los posteriores. Esto permite a la defensa controlar y exigir el control de cada uno de los actos procesales que resultan relevantes para la deliberación del jurado popular.

Finalmente, también el sentido del veredicto puede ser evaluado en su razonabilidad y apego a la prueba, tal como lo dispone el **art. 14 de la ley. 9.106.**

Dicho en términos claros, no es el veredicto lo único que se revisa en esta instancia, sino toda la sentencia y el procedimiento previo que ésta lleva ínsito.

Esto permite contestar, por otra parte, la crítica que podría plantearse al jurado popular desde el punto de vista de la falta de profesionalización de sus miembros.

La decisión del jurado, expresada en su veredicto, se encuentra enmarcada por la intervención durante todo el proceso de un juez profesional que controla la actuación de las partes, el ingreso de prueba al procedimiento y el cumplimiento de los requisitos del debido proceso, «balizando» el camino del jurado (**CSJN, «Canales»**).

Además, «[...] la decisión del jurado se ve enriquecida con la fuerte ventaja que supone para la valoración de los hechos la falta de conocimientos especiales y experiencias que tienen los ciudadanos legos [pues si bien] los jueces profesionales tienen la ventaja de la experiencia legal, [...] los jurados legos traen una diversidad de perspectivas y un fuerte arraigo a las normas comunitarias a la tarea de determinar los hechos del caso (Hans, Valerie P., 2014, *¿Cuál es la diferencia que hace un jurado?*, en Hans, Valerie P., Gastil, John, *El Juicio por Jurados. Investigaciones sobre la Deliberación, el Veredicto y la Democracia*, Buenos Aires, AdHoc, pp. 25-27)».

De tal manera, estas consideraciones también resultan aplicables a la presente, puesto que, a mi modo de ver, la ley 9.106, en cuanto instaura en nuestra Provincia un sistema de enjuiciamiento por jurados en materia penal, no conculca garantías alguna relacionada con el debido proceso, particularmente la del juez natural y la posibilidad de la persona acusada de recurrir la sentencia condenatoria.

b.- Sobre la alegada arbitrariedad del veredicto

La recurrente formula agravios en torno a la fundamentación de la sentencia, señala «la aplicación de la ley 9106 al caso es lesiva del **derecho de defensa** en tanto el juicio por jurados es perjudicial para el imputado toda vez que el mismo no va a contar con una decisión motivada, lo que posteriormente, en caso de un veredicto de culpabilidad, se va a dificultar el ejercicio del derecho constitucional a recurrir el mismo (**Derecho al doble conforme**)».

Asociado a esta idea afirma que «[...] la **falta de motivación** es un obstáculo grave en orden a la impugnación de la sentencia. Ello por cuanto es difícil rebatir fundamentos que no existen. Esta falta de motivación es, a nuestro entender, inconstitucional, ya que no podemos conocer cuáles son los elementos probatorios analizados que llevaron al veredicto de culpabilidad a los cuales analizar y refutar. Es decir que no podemos conocer el “iter lógico” seguido por el jurado para llegar a la conclusión que llegó. Está claro que el encartado no se puede defender adecuadamente contra algo inverificable como el veredicto [...]».

La crítica así formulada encuentra respuesta, en parte, en los argumentos vertidos en el punto anterior, en tanto expliqué –citando los precedentes mencionados– los temas relativos a la validez constitucional del jurado popular; el derecho a un fallo razonado y a la revisión de la sentencia condenatoria; la motivación de la sentencia dictada en esta modalidad; la garantía del doble conforme; las cuestiones revisables en esta instancia que no se limitan al veredicto popular sino que involucran todos los actos procesales que dieron lugar al juicio y llevados a cabo durante las audiencias; como también que el sentido del veredicto puede ser analizado en su razonabilidad y apego a la prueba. La defensa formula una concreta alusión al argumento central del planteo que motiva el pedido de revisión por parte de este Tribunal.

Señala que en la teoría del caso de la Fiscalía y la parte querellante particular no explican adecuadamente el rol desempeñado por Cataldo Ortiz. Expresa que la conducta de su asistido encuadra en el art. 165 del CP, ya que el resultado no fue querido ni preordenado por su defendido. A ello agrega que «el jurado se apartó abiertamente de las instrucciones dadas por el señor Juez del Tribunal acerca de la presunción de inocencia, de quien tenía la carga de la prueba del concepto de duda razonable, de los extremos que debían tener por establecidos para dar por cierta la hipótesis de la acusación y también se apartó palmariamente de la prueba producida en el debate para arribar a un veredicto condenatorio cuando lo vertido en el debate impedía que se tuviera una conclusión como la hoy impugnada» (fs. 14 vta.).

Añade que la testigo Alicia Vilches dio cuenta de una pelea y un forcejeo lo cual denota que el disparo fue accidental. Así, refiere que «[...] vio un arma 22 cuando el arma que impactó a la víctima en autos es un

arma de calibre 9 milímetros, podemos asegurar que ella no observó el momento del disparo sino simplemente el forcejeo lo cual ha quedado corroborado por las cámaras de seguridad existentes en el lugar. Ante la duda de cómo se produjeron los disparos hay que aplicar el principio in dubio pro reo» (ver fs. 15 y vta. del recurso).

Ahora bien, como señalé, entiendo que es posible reconstruir el razonamiento seguido por los miembros del jurado popular que dictó el veredicto condenatorio respecto de Cataldo Ortiz y dar una respuesta acabada a la crítica formulada por la recurrente en relación con arbitrariedad en la decisión del jurado popular alegada. Veamos.

A Roberto Francisco Cataldo Ortiz se le atribuyó que en fecha 22 de noviembre de 2020, aproximadamente a las 21.50 hs., abordó a Diego Leonardo Mosca, quien se encontraba en la garita de la parada de colectivos ubicada en calle Rioja casi Brasil de la Ciudad de Mendoza.

Así, en forma violenta y sorpresiva, el acusado le exigió la entrega de sus pertenencias a Mosca. Ante la resistencia de éste, comenzó un forcejeo entre ambos, motivo por el cual Cataldo Ortiz, con el objeto de procurar su impunidad y valiéndose de un arma de fuego tipo pistola calibre .9 mm, le efectuó dos disparos que provocaron su deceso. Ello, le permitió darse a la fuga sin lograr desapoderar a Diego Mosca de sus pertenencias.

El hecho así descripto formó parte de la hipótesis acusatoria esgrimida por los representantes del Ministerio Público Fiscal y del querellante particular al momento de formular alegatos de apertura (audiencia de fecha 6 de septiembre de 2021 a partir del minuto 12.30).

En efecto, en esa ocasión afirmaron que Cataldo dio muerte a Diego Mosca por no poder apoderarse de sus pertenencias y para poder darse a la fuga. Por su parte, la tesis de la defensa radicó en propiciar para el hecho investigado la calificación del art. 165 del CP.

Concretamente la defensa técnica refirió (ver registro audiovisual de fecha 6/9/21 a partir del minuto 37.50) que «no [discutiría] la autoría del Sr. Cataldo, sino que a través de los testimonios se va a demostrar que la calificación correcta sería la que se encuadra en el art. 165 del CP, que es cuando ocurre un homicidio en ocasión de robo, esta será fundada y van a tener oportunidad de compartirla luego de escuchar las circunstancias de la noche fatal del 22 de noviembre cuando después de un forcejeo ocurren los disparos que desencadenan la muerte de Diego Mosca».

A ello, debe agregarse que en su defensa material el acusado manifestó: «[...] quiero contar la verdad, ese día llegué a mi casa con mi familia, dejé el auto afuera y me abrieron el baúl. Me falta una mochila, llega un amigo y salimos en busca de los muchachos que me abrieron el baúl, nos fuimos cerca de la Costanera. Vimos tres muchachos en la parada del colectivo, me acerque con un arma, dos muchachos salen.

Estaba Mosca en la parada del micro, sentado, cuando me vio con el arma. Le pregunté si estaba con dos personas. Cuando me vio con el arma se me abalanzó y empezamos a forcejear. Cuando forcejearos se me escapa un disparo, pensé que le había pegado en el hombro, pero no.

No tuve jardinera, tenía remera que me la arrancó en el forcejeo, tenía barbijo, seguimos forcejeando, cuando salimos a la calle de vuelta, en ese otro forcejeo se escapa otro disparo. Ahí él se queda. Yo si fui el que le disparó, quiero pedirle perdón a la familia, porque me siento re mal».

De lo expuesto, se sigue que las versiones sustentadas por los acusadores y por la defensa técnica concuerdan en la existencia de un robo –tentado–, pero difieren en cuanto a la producción de los disparos que ocasionaron la muerte de Diego Mosca. Así, los representantes del Ministerio Público Fiscal y el querellante particular aseguran que la producción de los disparos fue intencional y refieren la conexión subjetiva requerida por el **art. 80 inc. 7 del CP**.

Sostienen que Cataldo disparó por no haber logrado su propósito y para lograr darse a la fuga. En tanto, la defensa afirma que los disparos se produjeron durante el forcejeo y fueron no queridos por su asistido. Cataldo Ortiz no niega la producción de los disparos, pero brinda una explicación distinta al afirmar que fueron accidentales y durante el forcejeo.

En este orden, la defensa expresa que hubo apartamiento por parte del jurado de las instrucciones y de la prueba.

Ahora bien, analizadas las instrucciones particulares relativas a la presunción de inocencia, carga de la prueba, concepto de duda razonable y extremos establecidos para dar por cierta la hipótesis de la acusación, a las que la defensa considera inobservadas por el jurado, advierto que las pautas propias de aquellas cuestiones fueron debidamente formuladas a los miembros del jurado, conforme surge de la sentencia cuestionada (punto C. principios generales – presunción de inocencia carga de la prueba – duda razonable – definición de prueba).

También se le explicó al jurado que los acuerdos probatorios no debían discutirse en el juicio. Asimismo, se les aclaró qué debía considerarse prueba y cómo debía valorarse.

En este último aspecto, se detallaron aspectos que debían ponderarse tales como fidelidad y credibilidad de los testigos, su sinceridad, posibles motivos para no decir la verdad, capacidad de aquel para formular observaciones sobre el hecho, circunstancias de la observación, memoria, consistencia del testimonio, actitud al declarar, cantidad de testigos, prueba de descargo y en favor del acusado e instrucciones sobre la declaración de no culpabilidad; además, en relación con información sobre prueba directa y prueba circunstancial, prueba pericial, prueba material.

Por su parte, se les brindaron explicaciones sobre el delito de homicidio, el dolo directo y eventual, el homicidio criminis causa, el robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo y la tentativa. Además, se instruyó al jurado sobre la posibilidad de que mediante la prueba se convencieran de que el acusado cometió un hecho encuadrable en un delito menor y se le explicó la figura legal del homicidio en ocasión de robo (ver sentencia n° 1780).

Ahora bien, tales instrucciones fueron brindadas en la forma establecida por los arts. 32, 33 y cc. de la ley 9.106, sin que formularan objeciones las partes (ver registro audiovisual de la audiencia del día 7 de septiembre de 2.021).

De tal manera, la genérica crítica esgrimida en contra de las instrucciones y su interpretación por parte del jurado, no logran conmovir la validez de la sentencia. Con relación a los elementos de prueba rendidos durante el debate, advierto que durante su realización prestaron declaración testimonial Leonardo Vidoni, Sandra Sosa, Miguel Marino, Alicia Teresa Vilches, Julio Iván Corradi, Sofía Lucero, Ana Carolina Tisera. Por su parte, y como se dijo, también declaró el acusado. En relación con ello la defensa sólo cuestiona la ponderación efectuada respecto de la declaración de Alicia Vilches.

El cuestionamiento de la defensa no puede ser de recibo. De la reproducción de los registros audiovisuales de la audiencia de debate del día 7 de septiembre de 2.021, surge que Vilches refirió que el día del hecho «[...] circulaba por calle Brasil, cuando llego a la intersección de Rioja veo a dos personas a mi izquierda en la parada del colectivo, forcejeando. Uno bien vestido y otro no tanto, pensé que peleaban, cuando vi el aspecto de la otra persona empecé a tocar bocina.

Agarro el teléfono para llamar al 911 y el más morocho le dispara. Al 911 le dice que le pegaron dos disparos a una pera. El que dispara corre hacia el norte, se acercan vecinos, se baja del auto, les pidió que no tocaran nada. El chico trataba de tomar el celular, le decía que se quedara quieto [...]» (ver declaración, a partir del minuto 52.20).

A preguntas formuladas por el fiscal en relación con el gesto que le vio hacer señaló que «[...] cuando forcejeaban el chico de remera roja le tironea la remera, se la deja medio rota y saca un arma de la mano derecha y hace así -realiza un ademán- dos disparos a la otra persona» (minuto 57.00).

A la pregunta del fiscal acerca de si interpretó al disparo como accidental o que el arma se haya disparado sin querer, Vilches contestó «No, intencionalmente» (minuto 58). Luego, a preguntas que formuló la defensa, la testigo narró que se encontraba a cinco o seis metros del forcejeo, que se movían con el forcejeo, que vio fogonazos, que se aleja y vio los dos fogonazos y el chico cae boca abajo, que sí vio el momento del disparo. Aclaró que no vio el arma, pero si vio los fogonazos y el momento del disparo. De lo expuesto por la testigo no se comprueba el agravio de la defensa.

Por el contrario, los dichos de Vilchez abonan la hipótesis de la acusación en cuanto a que los disparos fueron intencionales, dirigidos al cuerpo de Diego Mosca y no un resultado no querido, ni llevados a cabo accidentalmente como pretende esa parte.

Contrariamente a lo que afirma la defensa, la testigo en el debate dijo haber visto cuando las personas que forcejeaban se separaban, y una de ellas hizo un ademán (que la testigo repite en el debate), vio un fogonazo y luego a una de las personas caer.

La circunstancia de que en la investigación penal preparatoria (testimonial de fs. 79/80) haya dicho que a su criterio –como tiradora– el arma –por el ruido– sonaba como un calibre .22 mm –cuando se trató de una .9 mm– no invalida su relato ni permite asegurar que no vio el momento del disparo.

Por otro lado, el relato de Vilchez se ve corroborado con las escenas captadas por las cámaras de seguridad cuyos registros filmicos fueron reproducidos durante el debate (audiencia del día 7 de septiembre de 2.021 a partir de la hora 1.09.00) y la ponderación que de sus imágenes llevaron a cabo los representantes del Ministerio Público Fiscal y del querellante particular.

En efecto, de las imágenes de las cámaras es posible divisar cuando Cataldo pasa caminando por delante de Mosca, regresa hacia donde estaba la víctima, se produce el forcejeo y la posterior caída de Diego Mosca al piso y la huida de Cataldo. Por su parte también de la reproducción de las filmaciones de las cámaras de seguridad del lugar es posible rebatir la versión aportada por Cataldo en el debate, además de la inexistencia en autos de medios de prueba que logren otorgar verosimilitud al relato prestado por aquel. De tal manera, la crítica recursiva formulada en torno a la arbitrariedad del veredicto de culpabilidad debe ser rechazado.

c.- Cuestionamientos relativos al **encuadre legal**

También corresponde el rechazo del vicio sustantivo formulado por la defensa.

De la lectura del recurso surge que la pretensión de un diverso encuadre por parte de la recurrente se deriva de una distinta valoración de los elementos de prueba –particularmente de la testimonial de Vilches– que derivaría en una diversa plataforma y, a partir de allí, la aplicación de una calificación legal más beneficiosa para el acusado.

Como señalé previamente, no se advierte arbitrariedad alguna en la decisión del jurado en cuando a los hechos que tuvo por acreditados, de manera tal que el encuadre jurídico resulta el correcto. De tal manera, y como ha señalado este Tribunal en diversas ocasiones («Ibañez Herón», «Dominguez Castillo», «Nuñez Castro», entre otros), **quien invoca un vicio sustantivo no puede desconocer ni modificar los hechos** que se tuvieron por acreditados.

Tal exigencia deriva de la esencia misma del control que permite este motivo casatorio.

d.- Conclusión

En definitiva, el recurso de la defensa no puede prosperar por varios motivos.

En primer lugar, debido que no existe vulneración a la garantía del juez natural pues, por un lado, el enjuiciamiento por jurados resulta un modelo válido desde el punto de vista jurídico-constitucional y brinda legitimidad a las decisiones jurisdiccionales sobre un grupo de delitos particularmente complejos, en tanto acerca la justicia a la comunidad; y, por el otro, las normas procesales desde su entrada en vigencia.

En segundo lugar, en razón de que la sentencia prevista por ley 9.106 debe considerarse debidamente motivada –en abstracto y en cuanto a su diseño institucional– por cuanto se compone de las instrucciones iniciales, las instrucciones finales, el veredicto del jurado y la resolución de imposición de pena.

En tanto que el secreto de las deliberaciones del jurado no importa déficit alguno de motivación en tanto el modelo de enjuiciamiento adoptado supone una forma de fundamentación procedimental de la decisión, compatible con la garantía de revisión de la sentencia condenatoria.

En tercer lugar, porque en el caso analizado se ha cumplimentado con el procedimiento señalado en la ley 9.106, particularmente el previsto por el art. 33, respecto las instrucciones formuladas al jurado, a las que las partes dieron su conformidad. En cuarto lugar, en razón de que no se advierte arbitrariedad alguna en la conclusión a la que llegó el jurado en el veredicto pues éste aparece plausible de acuerdo con los medios de prueba obrantes en la causa.

Por todo lo expuesto, considero que debe responderse de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Coincido con el resultado del análisis y la solución que propicia mi colega preopinante, en el sentido de que corresponde el rechazo del recurso casatorio promovido.

En relación con las consideraciones que sobre la importancia del juicio por jurados y la revisión de la sentencia derivada de esa forma de enjuiciamiento, me remito a lo referido en el **precedente «Petean Pocoví»**.

De tal manera, estimo que la primera cuestión planteada debe responderse de manera negativa. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO, adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando, en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Roberto Francisco Cataldo Ortiz.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.

4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro Se deja constancia de que el Dr. José V. Valerio no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 29 de julio de 2022.-

13- HISA LEONARDO. 26-08-22. (JJ)

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
VG	-	M	-	PPP	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474
				CE			Ins							
							P1°							

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=880>

Lex: Art. 80 inc. 7, 55 del CP. art. 7 de la ley 4.969

Vox: VG. Homicidio agravado. Criminis causa. Femicidio. Participación. Instrucciones. Plenario. Juicio por Jurados. Pena de prisión perpetua.

Summa:

El TPC condenó a:

- a- L. H. P. por el delito de femicidio, homicidio calificado por el vínculo y homicidio calificado por ser cometido por precio o promesa remuneratoria, en concurso ideal, en calidad de instigador
- b- J. C. G. O. por el delito de homicidio calificado por ser cometido por precio o promesa remuneratoria, en calidad de partícipe primario
- c- K. Y. G. D por el delito de homicidio calificado por ser cometido por precio o promesa remuneratoria en concurso ideal con femicidio, en calidad de autor.

Las defensas interponen recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

El Procurador General entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La SCJM rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1446, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Petean Pocoví. 07-02-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=276>
- Acuña. 07-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=710>
- Galdeano Reyes.
- Casado.
- Domínguez.

b-CIDH

- Caso «López Soto y otros vs. Venezuela». Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de setiembre de 2018. Serie C No. 362, párr. 235/236;
- Caso «Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala», Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015. Serie C. No 307, párrafo 180).
- «Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala». Excepciones Preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 19 de mayo de 2014, parr.195 y 208;
- «Caso de los Niños de la Calle vs. Guatemala». Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C, N° 64, parr. 230)
- Caso «González y otras (Campo Algodonero) vs. México»—

Precedentes relacionados

b-CIDH

«Castro Castro vs. Perú». Fondo, 25-05-06.

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf

Caso Rosendo Cantú vs. México. 31-08-10

https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339

Caso «Fernández Ortega y otro vs. México». 30-08-10.

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/fernandez_ortega/esap.pdf

Doctrina citada.

- SEGATO, R., La guerra contra las mujeres, pp. 39/40.
- NÚÑEZ NORIEGA, G. ¿Qué es la diversidad sexual?. 2ª ed. 2016. México: Ediciones Culturales Paidós, S.A. de C.V. pp. 61/78.
- JAKOBS, G., Theorie der Beteiligung, Mohr Siebeck, Tubinga, 2014, pp. 15 ss.
- JAKOBS, G., “El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos”, Cancio Meliá, M. (trad.) en El Sistema funcionalista del Derecho penal, Grijley, Lima, 6° Ed., 2000, pp. 165 ss.
- **BACIGALUPO, ENRIQUE**, Derecho Penal. Parte General; Editorial Hammurabi; Buenos Aires; 1999, pág. 203.
- **María Sidonie Porterie**, Aldana Romano y Valerie P. Hans. El Jurado Neuquino: El comienzo del jurado clásico en la Argentina. Año 2021. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: INECIP. p. 43.

Protocolo Latinoamericano.

<https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Women/WRGS/ProtocoloLatinoamericanoDeInvestigacion.pdf>

Protocolo. Provincia de Mendoza.

https://www.mendoza.gov.ar/generoydiversidad/wp-content/uploads/sites/30/2016/04/Protocolo_Femicidio.pdf

SCJM. Dres.: Day. Llorente. Garay.

Fallo

CUIJ: 13-05769262-0/1((018601-20055)) FC/ HISA LEONARDO Y OTROS P/HOMICIDIO CALIFICADO (20055) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105944856*

En Mendoza, a los veintiséis días del mes de agosto del año dos mil veintidós, reunida la Suprema Corte de Justicia en pleno en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-05769262-0/1 caratulada “F. C/ H. L. Y OTROS P/ HOMICIDIO CALIFICADO (20.055) S/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN”.

Las defensas de los imputados L. J. N. H. P. , J. C. G. O. y K. Y. G. D., interponen recurso de casación contra la sentencia n° 1646 pronunciada por el Primer Tribunal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial, por medio de la cual un Jurado Popular los consideró culpables del crimen y el Tribunal les impuso la pena de prisión perpetua en autos N° P-20.055/18.

Al primero de los nombrados, se lo condenó por el delito de femicidio, homicidio calificado por el vínculo y homicidio calificado por ser cometido por precio o promesa remuneratoria, en concurso ideal, en calidad de instigador; al segundo, por el delito de homicidio calificado por ser cometido por precio o promesa remuneratoria, en calidad de partícipe primario; y al tercero, por el delito de homicidio calificado por ser cometido por precio o promesa remuneratoria en concurso ideal con femicidio, en calidad de autor.

A fs. 19/21 vta. el entonces Presidente de la Sala Segunda de este Tribunal, Dr. José V. Valerio, convocó a la Suprema Corte de Justicia en pleno para resolver los recursos mencionados, en uso de las facultades previstas por el art. 7 de la ley 4.969.

De acuerdo a lo determinado en la audiencia de deliberación, la decisión adoptada por la Suprema Corte de Justicia en pleno, integrada por los jueces Dres. Dalmiro Garay Cueli, María Teresa Day, Mario D. Adaro, Julio R. Gómez, Omar A. Palermo, José V. Valerio y Pedro J. Llorente, fue por unanimidad y según sus votos.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, LOS DRES. DALMIRO GARAY CUELI, MARÍA TERESA DAY, PEDRO J. LLORENTE Y JOSÉ V. VALERIO, DIJERON:

1.- Sentencia recurrida

En lo que aquí interesa, debe señalarse que el jurado popular tuvo por acreditada la plataforma fáctica atribuida a los acusados recurrentes en esta instancia L. H. , J. C. G. y K. G.. Ello, según los hechos atribuidos por la acusación pública, conforme la cual: «el día 4 de marzo de 2018 a las veintitrés y cuarenta y seis horas se activó la tobillera electrónica que tenía puesta K. Y. G. D., toda vez que él estaba en detención domiciliaria por dos causas penales anteriores en su domicilio ubicado en calle ... y ... de Tunuyán. En ese horario, él en compañía de su hermano A. G. y de una tercera persona salieron a bordo de ese domicilio, arriba de un Fiat 600 de color blanco con el cual se trasladaron hasta la vivienda de la Sra. N.C. ubicada en [...]». «En dicha oportunidad los hermanos G. alcanzaron a saltar una pared medianera, luego rompieron a patadas la puerta de ingreso a la cocina, oportunidad en la que la Sra. C alcanzó a tomar un cuchillo para intentar defenderse, pero ellos la abordaron, comenzaron a golpearla, dándole patadas en la cara y la mujer a gritos, porque estaba sola, comenzó a pedir ayuda. [...]. Los gritos de la mujer [fueron tan fuertes]

que los vecinos de la zona alertados comenzaron a llamar al 911 dando aviso de lo que sucedía en esa casa. Al mismo tiempo, un personal de Penitenciaría Provincial de la ciudad de Mendoza recibió por el monitor de su computadora una alerta de la tobillera electrónica de K. G., por lo que de inmediato ese penitenciario comenzó a hacer llamados al Equipo de Monitoreo Electrónico sin ser atendido, hasta que finalmente logró comunicarse al teléfono celular de contacto, siendo atendida esa llamada a la cero hora con seis minutos por el propio K. G., quien desde el domicilio de la Sra. NC le mintió diciéndole que estaba en realidad en el fondo de su domicilio haciendo ejercicios». «A todo esto, sin embargo, K. y A. G. continuaron agrediendo a la Sra. C, ello mediante el empleo de dos cuchillos de cocina de cabo de madera, propinándole tantas apuñaladas en el cuerpo que alcanzaron una totalidad de cincuenta y cinco apuñaladas. [Es importante considerar] el grado de violencia y el tiempo necesario para darle cincuenta y cinco apuñaladas en el cuerpo a esa mujer. Es tan así el grado de violencia que incluso la hoja metálica de uno de los cuchillos se le dobló. [...]. Sobre la mesa de la cocina que estaba junto a NC habían dos bolsos de la mujer que contenían dinero en efectivo, que contenían dólares, teléfonos celulares e incluso una notebook que estaba prendida, bienes que estaban sobre la mesa y que quedaron sobre la mesa luego del hecho». «Por su parte, al mismo tiempo, el 911 registró dos llamadas telefónicas de los vecinos que alertaban a partir de la cero doce horas y ocho minutos. Después se desplaza una movilidad policial en la cual arriba un efectivo. La mujer al llegar al domicilio -me refiero a la mujer efectivo- al llegar al domicilio de N.C. ve salir de esa vivienda a K. y a A. G., los cuales salen corriendo, recorren una cuadra en dirección al sur y abordan el Fiat 600 que los estaba esperando.

En esas circunstancias, A. G. al mando del volante logró esquivar la movilidad policial por detrás y empezó a darse a la fuga en compañía de una tercera persona que iba en el asiento trasero, haciendo zigzag por distintas calles en dirección al suroeste. Finalmente, siendo las cero veintiocho horas dejaron a K. G. en su domicilio, y desde ese momento se normalizó la transgresión de la tobillera electrónica». «Igualmente A. G. continuó al mando del Fiat 600 y se dirigió por un kilómetro aproximadamente de distancia hacia el norte, lugar donde dejó tirado en un callejón el Fiat 600, el cual a las siete y treinta horas de ese mismo día apareció incinerado de manera intencional.

Ello atento al informe de Bomberos que también tendrán conocimiento ustedes. Siendo las cinco de la mañana de ese mismo día, cinco de marzo, K. y A. G. fueron detenidos mediante órdenes de allanamientos por personal de investigaciones. [...]. Tras el examen físico que se le practicó a K. G. se detectó debajo de sus uñas ADN que pertenecía a N.C. [...]. El fin del delito que era un asesinato por encargo [...], la planificación del homicidio ocurrido ese día comenzó en realidad mucho antes, y la única persona interesada y que necesitaba que N.C. falleciera era su esposo, [...] L. H. quien tenía grandes conflictos matrimoniales con la Sra. N.C., [...] [Debe considerarse al respecto que existía] violencia de género por parte de L. H. hacia ella en los aspectos de violencia psicológica y de violencia económica [...]

Esos aspectos conflictivos que tenía el matrimonio comenzaron a tener su cúspide o el máximo nivel de tensión al momento en que la Sra. N.C. efectivamente le puso una fecha a la demanda de divorcio. [...] L. H. [tenía] miedo y desesperación a llegar a perder bienes del matrimonio, por eso es que él necesitaba apropiarse [de] esa documentación a la cual hace referencia.

Por eso el Sr. H. sabía que su suerte se iba a acabar el día lunes 5 de marzo de 2018, porque efectivamente ese día si su esposa interponía la demanda de divorcio los bienes del matrimonio que eran numerosos se tenían que distribuir en partes iguales, y de esa manera él iba a perder una serie de propiedades que quería mantener en su poder. En relación a su intervención [...], el crimen había estado planeado en un principio para realizarse el 24 de febrero del 2018, momentos en que se casaba el hijo del Sr. L. H. [...]. No

existía ningún tipo de acuerdo en la división de bienes y que por ese motivo la Sra. C. estaba decidida de manera inminente a presentar la demanda de divorcio [...]». «El Sr. L. H. fue a ver a su empleado J. C. G., en horas de la tarde, a fin de acelerar [el tema de] la muerte de su esposa, y que efectivamente ya siendo las nueve de la noche con tres minutos, J. C. G. llamó a L. H. y éste le indicó que debía llevar a cabo la muerte de su esposa a como diera lugar. J. C. G., por último, ha sido claramente el nexo necesario y el organizador de todo este homicidio, [...] él siempre fue el empleado de confianza, si bien en un principio también lo fue de N.C., luego de la separación del matrimonio fue en definitiva la mano derecha de [...] L. H. [...] J. C. G. fue quien le hacía tanto favores laborales como favores personales a su jefe L. H. .

Asimismo, el Sr. J. C. G. el día 1 de marzo de 2018, o sea casualmente tres días antes del homicidio, compró por medio de su pareja un Fiat 600 que es el luego empleado en el asesinato de la Sra. C. [...], teniendo en cuenta que L. H. necesitaba que su esposa fuera muerta, y ello para que no le presentara la demanda de divorcio, la insistencia y la desesperación de L. H. terminaron quebrantando la voluntad de J. C. G., persona que a cambio de una promesa económica decidió enviar a sus propios hijos, involucró a sus propios hijos para llevar a cabo el crimen de la esposa de su jefe [...] (ver registro audiovisual de alegato de apertura de fecha 27 de abril de 2021, a partir de hora 01:04:24 hasta hora 1:16:26).

Por su parte, la sentencia n° 1.646 da cuenta de las instrucciones iniciales impartidas al jurado –ver primera cuestión de la sentencia–, de las finales que se proporcionaron una vez clausurado el debate (punto E de la sentencia), del veredicto unánime y de la individualización de la pena por el juez técnico (segunda y tercera cuestión de la sentencia).

2. - Recursos de casación

2.1.- *Recurso de casación interpuesto por la defensa de L. H. P.*

La defensa funda su impugnación en los incisos 1° y 2° del artículo 474 del CPP y art. 41 incisos b), c) y d) de la ley 9.106; art. 18 de la CN; art. 8.2 de la CADH; art. 11.1 de DUDH; art. 14.2 del PIDCyP y arts. 2 y 155 del CPP. Se agravia porque la sentencia ha vulnerado el debido proceso legal, la defensa en juicio, el principio de inocencia, **el in dubio pro reo y el principio de congruencia**.

1) Esgrime que la arbitrariedad surge de instrucciones confusas o parciales brindadas por el juez técnico al jurado que condicionaron su decisión, e impidieron la aplicación del principio in dubio pro reo, por lo que el veredicto de culpabilidad devino arbitrario al apartarse manifiestamente de la prueba producida en el debate.

Al respecto, expresa que las instrucciones finales fueron deficientes y confusas, ante la ausencia de explicación racional de la participación criminal, de la instigación y de las normas civiles aplicables. Cita audio/video de fecha 15 de mayo de 2021, desde minuto 1:30 hasta minuto 1:50, en el que el juez técnico indicaría a uno de los defensores que prefiere explicaciones cortas para evitar confundir al jurado.

Agrega que no se explicó adecuadamente al jurado la participación criminal en el delito de homicidio en ocasión de robo, es decir, el significado de la convergencia intencional y de la comunidad del hecho en la situación procesal de A. G., a quien se lo condenó sin autor y sin que se le haya atribuido actividad participativa alguna en el homicidio agravado por el que resultan condenados los restantes imputados.

Afirma que la defectuosa e inadecuada instrucción derivó en la falta de explicación al jurado de los conceptos jurídicos de la instigación sobre qué es «determinar directamente a otro», y en afirmar arbitrariamente en la sentencia la existencia de una instigación en cadena inexistente, al tener por probado que H. instigó a J. C. G., a K. y a A. G., sin tener contacto directo con estos dos últimos.

2) A criterio de la defensa, también se ha incurrido en arbitrariedad en el alegato de apertura del Fiscal quien confundió al jurado, porque sin contradictorio y con oposición de la defensa reprodujo la prueba

del audio de K. G.. Señala que esta prueba no fue ratificada ante el jurado por los supuestos autores de la grabación sino que fue obtenida por extorsionadores profesionales, y que los testigos C. y G. negaron expresamente la autenticidad del mismo y manifestaron que fue obtenido mediante intimidación a K. G..

3) Afirma que es incongruente que A. G. haya sido declarado partícipe secundario del delito de robo con homicidio, porque para ello debió existir un autor de robo con homicidio, y por tanto, los hechos atribuidos a L. H. y a J. C. G. debieron calificarse como homicidio en ocasión de robo. Relacionado con ello, afirma que el Fiscal en el alegato de apertura señaló que los tres imputados conocían que L. H. y N.C. estaban casados al momento de los hechos, y que según ello no puede decirse que A. G. haya sido partícipe secundario de homicidio en ocasión de robo. Refiere que la incongruencia entre acusación y veredicto deja al descubierto dos situaciones que no pueden coexistir: una participación secundaria en un homicidio en ocasión de robo y una autoría y participación en homicidio agravado por precio o promesa remuneratoria, femicidio y vínculo.

4) Refiere que fue ilegal la intervención sobre el teléfono de M. B. (novia de K. G.), porque fue ordenada en un expediente secreto sin fundamento legal y debió ser excluida de la causa según los arts. 207 del CPP y 27 de la ley 9.106, porque el Ministerio Público impidió el control de la misma a la defensa.

5) Señala que se ha violado el derecho de defensa al no incluirse las reglas económicas como derecho aplicable al caso, ausencia de móvil y cambio de acusación. En tal sentido, expresa que la acusación tuvo como móvil razones económicas de H. , durante el debate se incluyeron dentro de las instrucciones normas básicas del derecho civil aplicables a bienes en un divorcio, pero en los alegatos de clausura el Fiscal cambió su caso al poder, a lo vivencial y pasional, dejando de lado lo económico porque el peritaje económico dejó huérfana dicha hipótesis.

6) Finalmente plantea la inconstitucionalidad de la prisión perpetua porque no cumple con los fines para los que se ha instituido, por lo que contraría normas constitucionales de rango superior. Solicita la absolución de su defendido o la anulación de la resolución del Jurado y se ordene un nuevo juicio.

2.2.- Recurso de casación interpuesto por la defensa de J. C. G. O.

La defensa de J. C. G. se agravia conforme los siguientes cuestionamientos.

1) Expresa que el veredicto de culpabilidad es arbitrario y se apartó de prueba producida en el debate que derivó en una sentencia condenatoria (art. 41 Ley 9.106 y art. 478 inc. 1° del CPP). Alega que el Jurado no consideró los principios de presunción de inocencia, duda razonable y principios de la lógica al efectuar el tratamiento de la prueba. Señala que según la teoría del caso del Fiscal, que ubica a su defendido como partícipe primario en el delito de homicidio por precio o promesa remuneratoria, no se pudo acreditar su responsabilidad penal y que el veredicto de culpabilidad del Jurado se basó en prueba arbitraria.

2) Señala que no estaba en la voluntad de J. C. G. adquirir el vehículo Fiat 600 como parte de los actos previos y preparatorios de dar muerte a N.C., sino que se firmó el papel de compra y venta porque quedaba un saldo de precio pendiente de cancelación, y el vehículo no se ocultó a la vista de terceras personas. Explica que la lógica indica que si lo hubiera adquirido para un fin criminal, no habría documentado por escrito la operación de compra venta para no dejar constancia.

Agrega que según la teoría del caso de la defensa, la adquisición del vehículo tuvo una finalidad de uso familiar y para llevar a sus nietos a la escuela, conforme surge del testimonio de M. C., M. M., H. A. y M. P. L..

3) Afirma que la oficial de policía D. C. expuso que no vio en el lugar del hecho a J. C. G., y que la llamada de 14 segundos, en fecha 4 de marzo de 2018 que realizó a L. H. , fue para decirle que el lunes no iría a trabajar porque tenía que llevar a sus nietos al colegio.

4) Indica que, de las llamadas telefónicas, se destacó que el testigo H. J. T. manifestó que el día 4 de marzo de 2018 recibió un llamado de invitación a un hecho de robo de parte de K. G. pero no de J. C. G., lo que descarta la participación de su asistido en horas previas al hecho, lo que no fue valorado por el jurado popular.

Relacionado con ello, esgrime que tampoco valoró que la testigo L. H. declaró que el ruido que escuchó a las 12.30 hs. del día 5 de marzo de 2018 fue de la llegada de K. G., lo que a criterio de la defensa confirma que su asistido no sabía que el vehículo fue retirado del domicilio en medio de la noche. En función de ello, solicita se declare la nulidad absoluta de la sentencia y del juicio por jurado y se ordene la realización de un nuevo juicio (art. 486 por remisión del art. 41 ley 9.106 y 203 del CPP).

Efectúa reserva del caso federal (art. 14, ley 48).

2.3.- Recurso de casación interpuesto por la defensa de K. Y. G. D.

La defensa funda el recurso elegido en el inciso 2º del art. 474 del CPP, y en los arts. 14.1º párrafo 5º del PIDCyP; 8.2 inciso h) de la CADH y 75 inciso 22º y 28 de la Constitución Nacional.

1) Expresa que se ha incurrido en graves deficiencias en las instrucciones finales proporcionadas por el juez técnico, que llevaron al jurado a error, contradicciones e incongruencias.

1.a) Expone que se omitió instruir respecto de la imposibilidad de falta de unanimidad en la deliberación, según lo dispuesto por el art. 34 de la ley 9.106, generándose presión para llegar a un veredicto unánime al no tener posibilidad de un juicio estanco. Cita expresiones del juez técnico que se dirigen a un veredicto forzado en minuto 20:25 a 20:36; hora 1:22:00 a 1:22:12 y hora 1:22:37 a 1:22:46.

1.b) Se agravia también por la deficiente instrucción respecto al concepto jurídico de participación, porque no se explicó al jurado qué constituye un aporte indispensable o no indispensable, ni que en la participación el autor es otro y se trata de un hecho ajeno al partícipe, lo que indujo a error al Jurado.

1.c) Señala que se omitió instruir al jurado respecto al exceso del autor (art. 47 del CP). Alega que el juez anticipó que ampliaría la explicación pero no lo hizo (cita minuto 51:47 a 52:26), y que a pesar que la defensa realizó un planteo en tal sentido no le fue receptada.

1.d) Se agravia por confusa instrucción respecto de las agravantes del homicidio previstas en el art. 80 del CP. Señala que no es suficiente que se explique el contexto de violencia de género entre H. y la víctima, sino también la comunicabilidad de la agravante, es decir, que K. G. lo conocía y actuó en consecuencia.

1.e) Agrega que el juez técnico incurrió en contradicción al instruir respecto de la motivación del autor como elemento típico del delito previsto en el inciso 3º del art. 80 del CP, porque si bien instruyó al Jurado sobre la importancia que el precio o promesa remuneratoria constituya un motivo determinante para matar a la víctima, también explicó que el motivo no es un elemento esencial que el Fiscal deba probar (minuto 42:48 a 43:14).

1.f) Cuestiona la existencia de manifiesta parcialidad en la instrucción dada a los delitos menores, al no brindarse explicaciones comprensibles al Jurado de cuál es el delito principal y cuáles son los delitos menores, (minuto 55:47 a 56:35), ni la diferencia entre robo con homicidio y robo con efracción y/o escalamiento (minuto 57:14 a 57:30). 2)

Por último, señala que se ha violado el art. 4 de la ley 9.106, porque con posterioridad al sorteo de los 96 postulantes a jurados, conforme Acordada Nº 29.168 de la S.C.J. de Mendoza, fueron excluidos arbitrariamente del sorteo los mayores a 60 años de edad por decisión del juez técnico fundada en una resolución administrativa arbitraria del Ministro Coordinador que modifica una ley provincial.

Efectúa reserva del caso federal.

3. - Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General expresa que los recursos de casación interpuestos no resultan sustancialmente procedentes y debe confirmarse la sentencia impugnada. En cuanto al recurso planteado por la defensa de K. G. D., expone que del punto 5 de la instrucción relativa a los requisitos del veredicto, surge con claridad la posibilidad de estancamiento y de falta de unanimidad, se definió en las instrucciones al partícipe como «aquella persona que hace un aporte en un delito ajeno», se instruyó respecto al exceso del autor (art. 47 del CP) en relación con los delitos menores reflejado en el formulario de A. G., y de las agravantes del homicidio en cuanto al vínculo y el contexto de violencia de género. Agrega que no existió parcialidad en las instrucciones proporcionadas en el **capítulo «Delitos menores»**, sino que se utilizó un lenguaje llano ajustado a la ley.

Con relación a la composición del jurado, refiere que no existió arbitrariedad en el sorteo al no incorporarse a personas mayores de 60 años por la emergencia sanitaria, se respetó el sistema de sorteo aleatorio e instancia de recusaciones, y la defensa no demuestra en qué le habría perjudicado el rango etario de las personas del jurado.

Con respecto al recurso de L. H. P., expresa que el agravio relativo a deficiencias de instrucción en la figura del partícipe, se remite a lo expuesto en el punto anterior, y agrega que no se vulneró el principio de congruencia porque la plataforma fáctica es la misma para las tres personas imputadas.

Relacionado con ello, señala que a lo sumo pudo haber un error en el formulario que en definitiva benefició a A. G. quien no ha planteado ningún recurso. Indica que la correlación entre la prueba y el veredicto demuestra que el jurado no estuvo confundido y comprendió las instrucciones. Refiere que la ley no exige el contacto directo con los instigados, como afirma la defensa, sino que basta que haya logrado determinarlos a cometer el hecho. Afirma que no hay incongruencia entre acusación fiscal y querrela, porque según la ley 8911 se rigen por principios diversos, que no era necesario la inclusión de normas de derecho civil para explicar la agravante del vínculo y femicidio, y que no hubo cambio de acusación al referirse el fiscal al poder y ambición porque los alegatos de apertura y de clausura no constituyen material probatorio.

En cuanto al audio obtenido de K. G., expresa que él mismo admitió en forma voluntaria su existencia en la declaración indagatoria, lo que fue corroborado por testimoniales y cartas aportadas por la defensa de H. P. .

Destaca que el uso de soportes de audiovisuales durante los alegatos está permitido por Resolución 10/20 y no causó sorpresa a la defensa ni imposibilidad de refutación. Además, considera que no corresponde acoger el planteo de inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua, conforme lo resuelto en el fallo plenario por este Tribunal recaído en autos CUIJ 13-05365349-3 (018601-159312) “Incidente en autos F. c/Ibáñez Benavidez Yamila M. y O. R. M. E. P/Homicidio Calificado P/Plenario”.

Finalmente, señala en cuanto al recurso de casación interpuesto por la defensa de J. C. G. O., que son extensivos los argumentos anteriormente expuestos, y que la recurrente no logra demostrar la arbitrariedad alegada, sino su disconformidad con la valoración probatoria efectuada, por lo que corresponde también el rechazo del recurso referido.

4.- Audiencia de informe oral

En el Salón de actos del Poder Judicial de Mendoza, se llevó a cabo la audiencia in voce realizada a instancia de las defensas de L. H. y K. G. D.. Reunido el tribunal en pleno, se le cedió la palabra a las partes en el siguiente orden: primero, a los Dres. Carlos De Casas y Daniel Sosa Arditi por el acusado L. H.; segundo, al Dr. Federico Allisiardi por J. C. G.; tercero, al Dr. Juan Pablo Chales por K. G.; cuarto, al Dr.

Víctor Ábalos por el querellante J. G. C.; quinto, al Dr. Eduardo de Oro por el querellante L. H. C.; y, finalmente, al Dr. Fernando Guzzo, por el Ministerio Público Fiscal, exponiendo cada una de ellas sus respectivos argumentos, los que han sido digitalmente registrado en el soporte de audio y video correspondiente.

5.- La solución del caso

Voto Dr. Garay, Dra. Day, Dr. Llorente y Dr. Valerio. Preopinantes.

Puestos a resolver la cuestión en tratamiento, circunscribiendo el análisis a los agravios recursivos (art. 462 del CPP), adelantamos que a nuestro entender corresponde rechazar los recursos de casación interpuestos por las defensas de L. H. P. , J. C. G. O. y K. J. G. D., y confirmar el veredicto de culpabilidad del jurado popular interviniente y la sentencia pronunciada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial. Veamos las razones en que sustentamos nuestra decisión.

5.1.- Consideraciones sobre el recurso interpuesto por la defensa de L. H. P.

Los agravios de la defensa del acusado L. H. P. pueden sintetizarse en los siguientes:

- 1) arbitrariedad de la sentencia por instrucciones confusas o parciales proporcionadas por el juez técnico al jurado popular;
- 2) ilegalidad del audio donde K. G. da cuenta de lo sucedido en relación con el hecho investigado;
- 3) incongruencia entre la calificación legal asignada a los hechos por los que se encontró culpable a L. H. y J. C. G. y la calificación asignada a los hechos por los que se encontró culpable a A. G.;
- 4) ilegalidad de la intervención telefónica realizada a M. B.;
- 5) vulneración del derecho de defensa por no inclusión de reglas económicas como derecho aplicable al caso, ausencia de móvil por parte L. H. y cambio en la acusación; y,
- 6) inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua. Anticipamos que nuestro pronunciamiento desestimaré los agravios planteados con base en las argumentaciones que a continuación exponemos, las que nos convencen que no se ha incurrido en arbitrariedades ni condicionamientos al jurado popular para emitir el veredicto de culpabilidad respecto al acusado L. H. .

5.1.1.- Instrucciones confusas o parciales

Respecto de este primer agravio, tal como se explicará, entendemos que corresponde su desestimación. En primer orden, y en relación con la importancia de las instrucciones al jurado, debe señalarse que la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia se ha pronunciado al respecto en diversos precedentes. Así, por ejemplo, en «Petean Pocoví» se destacó que el curso lógico de la decisión del jurado, que constituye el objeto revisable en esta instancia, comprende: 1) las instrucciones generales, o iniciales impartidas al jurado; 2) los alegatos de apertura; 3) la recepción de prueba en contradicción de las partes; 4) las conclusiones o alegatos de clausura; 5) instrucciones finales; y 6) el veredicto de unanimidad. De tal manera, el control que debe ejercer este Tribunal no tiene por objeto la deliberación del jurado, sino el análisis de una sentencia condenatoria derivada de un veredicto de culpabilidad para valorar si se apartó o no de las pruebas producidas en la audiencia y de las instrucciones impartidas por el juez técnico.

Estas últimas deben ser claras, detalladas, precisas y anticipar los problemas que pueden presentarse en el proceso de valoración del material probatorio y en la aplicación del derecho. En segundo orden, y como consecuencia del control aludido, la cuestión a determinar en la presente causa es si el jurado contó con los elementos técnico-jurídicos que se le debían facilitar en las instrucciones para poder establecer la responsabilidad penal de los acusados, en relación con los conceptos sobre participación criminal, instigación y normas civiles aplicables.

En tal sentido, advertimos que conforme surge del punto 2.D de las instrucciones especiales contenidas en la sentencia nº 1646, se le explicó al jurado los conceptos legales de los diversos aportes en el delito penal de homicidio. Es decir, los conceptos de autor, instigador, participación primaria y secundaria e, inclusive, el caso de exceso de autor.

También se explicaron las agravantes del homicidio por el vínculo, en contexto de violencia de género (femicidio) y por precio o promesa remuneratoria. Asimismo, se explicitaron los conceptos legales de los delitos menores incluidos en el delito principal: delito de robo con homicidio y delito de robo con efracción y/o escalamiento. Cabe agregar también que en la audiencia de fecha 14 de mayo de 2021, el juez técnico le expresó al jurado que haría lectura de las instrucciones finales –las que se les repartieron en una copia al igual que a las partes– e indicó que debían ser leídas conjuntamente con las instrucciones iniciales, como también, que durante la lectura haría pausas para que levantaran la mano y realizaran preguntas en caso de ser necesarias explicaciones más detalladas sobre el contenido de las mismas.

De igual manera, el juez le hizo saber al jurado que durante las deliberaciones podían enviarle por escrito preguntas para que les respondiera sobre dudas interpretativas del contenido de las instrucciones (ver registro audiovisual de fecha 14 de mayo de 2021, a partir del minuto 06:00).

Además, el juez técnico luego de explicar los formularios de los acusados, preguntó al jurado si necesitaba otras explicaciones para su comprensión y le respondió en forma negativa (hora 1:13: 34).

Por otro lado, debe señalarse que en razón de que el Código Penal no ofrece una definición conceptual de autor e incluye en la regulación del art. 45 a autores, cooperadores necesarios e instigadores, el juez técnico –dentro de las diversas teorías jurídicas en torno a las reglas para la imputación legítima a una persona en la intervención en un ilícito en calidad de autor, coautor, cómplice o instigador– ha efectuado explicaciones claras a partir de la teoría jurídica que se considera dominante.

Ello, a fin que el jurado popular comprendiera los diversos aportes y la responsabilidad penal de los acusados en el injusto según lo dispuesto por los artículos 45 a 47 del CP.

En ese orden, resulta pertinente destacar que «[el] sistema de la teoría del delito es un instrumento conceptual que tiene la finalidad de permitir una aplicación racional de la ley a un caso [...] Como tal pretende establecer básicamente un orden para el planteamiento y resolución de los problemas que implica la aplicación de la ley penal, valiéndose para ello de un método analítico, es decir, que procura separar los distintos niveles o categorías» (**BACIGALUPO, ENRIQUE, Derecho Penal. Parte General; Editorial Hammurabi; Buenos Aires; 1999, pág. 203**), pero ese sistema no es la ley penal. Tal como se ha sostenido en autos «Blas Bazán» (del voto del Dr. José V. Valerio), ese sistema resulta de gran utilidad, pero considerando las diversas posiciones, escuelas e, inclusive, soluciones antagónicas que han surgido en torno de la teoría del delito, ésta debe ser utilizada con prudencia en la solución de casos a fin de que no pierda su carácter de instrumental y, eventualmente, viole el sentido y la finalidad de la ley; esa prudencia es que se ha utilizado en la presente causa.

También debe decirse que las explicaciones se realizaron dentro de las pautas de lenguaje accesible y comprensible para el jurado popular, establecidas en el **punto 1.c de las «Reglas de buenas prácticas para el funcionamiento del juicio por jurados en la provincia de Mendoza» (2020), aprobado por la Resolución nº 10 de la Coordinación del Fuero Penal Colegiado de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza.**

En efecto, las instrucciones brindadas por el juez técnico permitieron al jurado en un juicio complejo con la imputación de cuatro acusados y numerosas pruebas, comprender la entidad de los aportes y responsabilidad penal en la organización y ejecución del crimen de N.C. Así pues, aún cuando en las

instrucciones el juez que dirigió el debate hubiera ampliado las explicaciones con base en otras posiciones jurídicas sobre el concepto cuestionado por la defensa –«determinar directamente a otro»–, advertimos que no habría variado el sentido del veredicto al que arribaron los integrantes del jurado, de acuerdo a la grave imputación que pesa sobre el acusado H. y las pruebas que la sustentan, como luego se expondrá. Sentado lo anterior, un amplio análisis del art. 45 del CP –reiteramos– debe realizarse también en consideración de las pruebas legalmente incorporadas a la audiencia, las que, a su vez, deben ser valoradas dentro de los estándares internacionales de violencias extremas contra mujeres por razones de género y el sistema de íntima convicción del jurado popular establecido en la ley 9.106 y normativa constitucional.

5.1.2.- Legitimidad de la prueba de audio que incrimina a K. G.

La defensa cuestiona la incorporación al proceso de la grabación en la que K. G. relata cómo fue encomendado el crimen de N.C. a su padre J. C. G. y llevado a cabo por él, bajo el argumento de que su producción e incorporación a la audiencia de debate no fueron controladas por las partes.

Al respecto, corresponde analizar el procedimiento mediante el que fue incorporada esta evidencia digital a la audiencia a fin de valorar su legitimidad y validez. Por un lado, cabe señalar que la defensa se opuso a su incorporación durante la audiencia preliminar de fecha 19 de febrero de 2021 y planteó un incidente de nulidad que fue rechazado por el juez. Por otra parte, en la investigación penal preparatoria, el acusado admitió que fue grabado por C. A. –alias «Carlöncho»–, C. G. –alias «Poronga»– y G. M. –alias «Tijera»– al momento de brindar ampliación de su declaración de fecha 12 de julio de 2018, agregada a fs. 2952/2954 de la causa P-20.055/18, la que fue incorporada por lectura en la audiencia de debate (ver registro audiovisual de fecha 13 de mayo de 2021, a partir del minuto 13:01). Además, la existencia de la grabación del aquel relato efectuado por K. G. fue corroborada con el testimonio del interno E. G. M., quien declaró que fue C. A. quien había grabado al acusado aludido en el pabellón 5 B, celda 10 del Complejo San Felipe cuando él era referente de dicho pabellón (ver registro audiovisual de fecha 3 de mayo de 2021, a partir del minuto 22:30).

En el mismo sentido, el interno M. A. C. G. manifestó en la audiencia de debate, que la mayoría de las personas cuentan el motivo por el que llegaron a la Penitenciaría, que A. fue quien realizó la grabación en la celda 10 del pabellón 5 donde había un televisor, y que nadie presionó a K. G. para que hablara, que sólo se le preguntó cómo fue el caso (ver registro audiovisual de fecha 3 de mayo de 2021, a partir de hora 1:36:55). A preguntas realizadas por la querrela, C. G. respondió: «vi que A. filmó el video» (hora 1:53:10), K. G. cuando fue grabado «estaba normal, común y corriente» (hora 1:53:45), ese día «estaban dando el noticiero» (hora 2:00:34); y cuando se le preguntó si habían puesto las grabaciones en conocimiento del abogado Pablo Cazabán, respondió que creía «que A. se había comunicado con él» (hora 2:02:09) y expresó: «todos teníamos celular [...] todo el pabellón tenía celular, todos los pibes que estaban ahí» (desde hora 2:03:07 a 2:03:13).

Asimismo, a preguntas de la querrela en la audiencia registrada en fecha 4 de mayo de 2021, el testigo J. D. C. G. –Jefe de la División Escuchas Telefónicas y Secuestro Antiextorsivos de la Policía de Mendoza– manifestó que de los audios de K. G. que analizó, no observó en ninguno que estuviera amenazado (hora 1:28:34). Por su parte, debe tenerse presente que durante la audiencia de debate se realizó la reproducción del audio de fecha 19 de mayo de 2018 en hora 18:19:55 hs., relativo a una conversación entre K. G. y M. B., en la que mencionan a H. y a J. C. G. como «quienes hicieron todo» en relación con el femicidio de N.C. (ver registro audiovisual de fecha 4 de mayo de 2021, hora 1:04:11).

Además, se reprodujo el audio de la conversación entre M. B. y C. A., de fecha 31 de mayo de 2018 –a partir de la hora 09:50:33 hs.– en la que A. le dice a M. que le había dicho a K. que dejara de contar «lo que se había mandado», que se dejara de andar «carteleando». En esa conversación, A. expresó: «yo primero bajé para allá para donde él vive y el chabón [K. G.] estaba contando, viste, y le dije che loco que andas contando esa gilada, que no es un chiste lo que vos has hecho, yo viste [...] y el chabón siguió contando, siguió contando, siguió contando, fui a otra celda y lo escucho y le digo, guachi déjate de andar carteleando, culiado yo, y no me hizo caso y después le digo vení, a ver contame a mí cómo fue todo, yo contame, y yo tenía un grabador de voz [...] y el chabón me contó todo con lujo y detalle cómo había hecho la gilada [...] bueno yo tengo un audio grabado, me entendés, en donde en ese audio lo compromete al H., lo compromete al padre, se compromete él, me entendés, yo se lo hice escuchar anoche se lo hice escuchar, le dije mirá vos te creés vivo yo, de andar contando una gilada así, si mataste una mujer de 61 años que podría ser mi madre [...] mirá, así fue, el H. habló con el padre, viste, y tenían que matar a esta mujer, entonces el padre vino y le dijo, che K. no tenés algún amigo vos para que vaya y haga este trabajo [...] porque el L. quiere que el trabajo se haga lo antes posible, dice, porque ya están por firmar, dice, mi papá me preguntó a mí, dice, y como él, dice, me preguntó si había algún chabón que le diera el aguante para hacer ese trabajo y yo tenía un amigo mío que también tenía la pulsera, dice, lo llamé para decirle y él dijo no, no yo ni ahí [...] le dijo yo no quiero cargar con esa vieja le dijo, viste» (ver registro audiovisual citado, desde hora 1:04:40 a hora 1:09:35). En consecuencia y en atención a las pruebas referidas, por un lado, consideramos que el juez técnico rechazó con suficiente fundamentación el incidente planteado por la defensa en la audiencia preliminar de fecha 19 de febrero de 2021. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que se tomó conocimiento de la existencia del audio en el que se grabaron los dichos proferidos por K. G. en la Penitenciaría con C. A. –donde narró con detalles el suceso criminal de N.C. y las diversas intervenciones, propia y de los acusados en la causa– por medios independientes a las intervenciones telefónicas dispuestas. En efecto, conforme surge de las declaraciones antes analizadas, el audio impugnado provino de una fuente privada –se trata de un diálogo entre particulares–, el relato efectuado por el acusado que quedó plasmado en esa grabación no fue realizado bajo intimidaciones, y tanto el secuestro del celular con el que se realizó la grabación como el análisis de su contenido se realizó con posterioridad, por lo que constituye prueba útil a los fines del proceso (ver registro audiovisual de fecha 19 de febrero de 2021, a partir minuto 01:15).

De tal manera, no se vislumbra que se hayan vulnerado garantías constitucionales que comprometan la legalidad de la incorporación de la prueba en el presente proceso penal y justifique la exclusión solicitada por la defensa. Al respecto, debe señalarse que la jurisprudencia se ha expedido sobre la cuestión. Así, –entre otras cuestiones– se planteó la nulidad de archivos de audios almacenados en un dispositivo móvil, copias en soporte magnético DVD e informes respectivos aportados por la querella, donde se grabó una conversación privada en la que se admitió en forma voluntaria la comisión de un delito de abuso sexual.

El tribunal se pronunció por la legalidad de la incorporación de la prueba porque no se vulneraron garantías constitucionales del acusado.

Se sostuvo que al no tratarse de una escucha telefónica, sino de un registro particular de una conversación privada entre particulares que se realizó en un ámbito donde no había expectativa de reserva, se asumió el riesgo de la revelación por su interlocutor al renunciar a su derecho a la intimidad sin coacción y exteriorizar su pensamiento por propia voluntad (Sala III del Tribunal de Impugnación de la provincia de Salta, en el Fallo 546 As: 1546/1553, Libro 2019/04R de fecha 4 de octubre de 2019, autos caratulados: «Incidente de nulidad absoluta e insubsanable interpuesto por el Dr. Darío Francisco Daniel Palmier

referente a la causa GAR 158145/19 caratulada T., L. por exhibiciones obscenas agravadas y abuso sexual con acceso carnal (dos hechos) todo en concurso real en perjuicio de I.J.A. (menor) DEN: G, V.C.-A.P. 5/19 División de delitos integridad sexual-Fiscal UDISI-Apelaciones Garantías con preso»). Asimismo, existe coincidencia en la jurisprudencia «en cuanto a que el riesgo de una delación por parte del interlocutor es una posibilidad que se asume al hablar, y que uno resigna sus razonables expectativas de intimidad al conversar con otro» (cfr. CSJN, Fallos: 3313:1305; CNCC Fed., Sala I, «Raña», rta. 20/4/99, Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, Sala II, «T.T. y otro», rta. 8/09/08; CACAT de CABA, Sala I, «Plácido, Rita», rta. 11/06/04 [...] Dr. Borinsky, según su voto, citados en CFP 18579/2006/266, «Skanska S.A. s/recurso de casación», CFCP, Sala IV, 13 de abril de 2016, eDial AA95F9). Aunado a lo que antecede, el relato espontáneo que K. G. realizó a C. A. en la Penitenciaría Provincial acerca de la organización y ejecución del crimen de N.C. cobra relevancia al ser ponderado en forma integrada con las pruebas mencionadas y a las que se hará referencia seguidamente.

Todo esto, sin perder de vista que el proceso valorativo del plexo probatorio incorporado legalmente a la audiencia por parte del jurado popular, se conformó en la íntima convicción y no en las libres convicciones y sana crítica racional, a diferencia del proceso valorativo de jueces técnicos (artículo 24 y conc. de la ley 9.106; art. 206 y conc. del CPP).

Asimismo, que en casos de violencia contra las mujeres como el presente, los principios de oficiosidad, exhaustividad y libertad probatoria que surgen del «Modelo de Protocolo Latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio)» deben guiar las investigaciones penales (cfr. Bentivegna, S. Delitos vinculados a la violencia de género. 2019. Buenos Aires: Hammurabi, pág. 110/112), tal como se ha procedido en la presente causa. En virtud de las razones expuestas, entendemos que el agravio analizado no puede prosperar.

5.1.3.- Pronunciamiento incongruente y arbitrario

En otro orden de ideas, a los fines de obtener una calificación legal más beneficiosa para su representado, la defensa de L. H. cuestiona el encuadre jurídico en función del cual los integrantes del jurado declararon culpable a A. G. Ello, en cuanto entiende absolutamente incongruente condenar a A. como participe secundario de un hecho que no tendría autor (robo seguido de muerte) y sin que se le adjudicara actividad participativa alguna en el homicidio agravado por el que resultaron condenados los restantes acusados. Al respecto debe aclararse que la sentencia condenatoria recaída en relación con A. G. ha adquirido firmeza, toda vez que la instancia casatoria sólo ha sido promovida mediante los recursos interpuestos en favor de L. H., J. C. G. y K. G. No obstante, teniendo en cuenta que la supuesta incongruencia –alegada por los recurrentes– entre la calificación jurídica atribuida a A. G. y la endilgada a los otros condenados obedece a la pretensión defensiva de mejorar la situación procesal de los acusados en favor de estos últimos, resulta pertinente realizar algunas consideraciones respecto del encuadre jurídico por el cual se declaró la culpabilidad de A. G. y se dictó la consiguiente sentencia condenatoria.

En ese orden, se advierte que analizado debidamente el pronunciamiento dictado, en el contexto jurídico propio y como consecuencia del veredicto unánime de culpabilidad emitido por el jurado popular en las presentes actuaciones, no conmueven las argumentaciones del quejoso ni el veredicto ni el decisorio.

Es que, no se considera procedente válidamente el cuestionamiento por incongruencia entre acusación y el veredicto dejando al descubierto dos situaciones que no podrían coexistir, por un lado una participación secundaria en un homicidio en ocasión de robo, y por el otro, una autoría y participación en un homicidio agravado por precio o promesa remuneratoria, femicidio y por el vínculo.

Ello, en primer lugar en atención al alcance y mayor amplitud de la tarea de revisión extraordinaria de los veredictos de condena emitidos por un jurado popular, dada la regla del secreto de la deliberación que impide conocer las razones de la decisión.

De tal manera, se impone un plus de esfuerzo y, esto es más difícil porque se debe revisar la prueba y revalorarla en términos de su razonabilidad, lo que permite cumplir mucho mejor y en forma objetiva la revisión amplia, ya que no será sobre el discurso de la valoración de la prueba, sino el análisis directo de la prueba lo que determinará si la solución (veredicto del jurado) arribada es **posible (in re «Tizza», voto de la mayoría, preopinante Dr. Valerio)**. En ese orden, corresponde recordar también, tal como se expresó en el mencionado caso «Tizza» (del voto del Dr. Valerio), que hemos reafirmado en «Acuña», «Zúñiga» y «Vildoza», en base a lo señalado por Corte Suprema de Justicia de la Nación en «Canales» y por la Corte IDH en «V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua» así como en lo previsto por el art. 41, inc. D de la ley 9.106, que el control de casación debe llevarse a cabo con una gran «deferencia» por el rol de determinación de los hechos que efectúa el jurado.

Tal decisión «merece su irrestricto respeto, desde que ella es consecuencia directa del ejercicio pleno de la soberanía que el pueblo se ha reservado constitucionalmente, y cuya efectivización se realiza en un marco legalmente definido, esto es, en un juicio único y público, con control adversarial de las partes en la selección (deselección) en la audiencia de voir dire, como al ingreso de la prueba, con intermediación y ejercicio efectivo de la técnica del examen y contraexamen de los testigos y de litigación de las instrucción finales, y lo que significa la poderosa deliberación secreta de los doce miembros y veredicto unánime». Así, ese «[...] particular respeto que merece la decisión del jurado popular determina que la tarea de revisión encomendada a esta instancia no consiste en un control de la deliberación del jurado popular – la cual es secreta, conf. art. 33 de la ley 9.106–, sino en una evaluación de la [posibilidad] de la teoría del caso que el jurado popular consideró acreditada o que dio lugar a su veredicto de culpabilidad. Ese control debe revisar específicamente si «[...] la sentencia condenatoria o la que impone medidas de seguridad se derive[a] de un veredicto de culpabilidad del Jurado que sea arbitrario o se aparte manifiestamente de la prueba producida en el debate» (conf. art. 41, inc. d, ley 9.106).

Dicho en otras palabras, nos toca corroborar que exista alguna interpretación razonable de la prueba que permita sostener el veredicto del jurado popular y, en ese caso, confirmar la decisión condenatoria arribada cuando resulte posible según las **instrucciones impartidas y la prueba producida e incorporada al debate»» (ver, al respecto, «Acuña», «Zúñiga» y «Vildoza Soria», de los votos de los doctores Dalmiro Garay Cueli, José V. Valerio, María Teresa Day y Pedro Llorente)**.

De ese modo, cuando lo que se cuestiona es una eventual arbitrariedad del veredicto debe observarse la aludida regla de la deferencia en la instancia revisora. Para ello, corresponderá determinar: a) si, de acuerdo a las evidencias utilizadas en el juicio, es posible arribar al veredicto condenatorio al que llegó el jurado; y b) si, con las teorías del caso presentadas por las partes en sus alegatos e instrucciones, el jurado tuvo los instrumentos mínimos necesarios y esenciales para deliberar válidamente y dictar aquel veredicto posible según la evidencia. Si la respuesta es afirmativa respecto de ambas cuestiones, la sentencia no puede ser revocada («Tizza»). Es que la tarea revisora que aquí nos ocupa no debe centrarse en «la búsqueda de la contestación correcta sobre la relación jurídica entre la prueba y el veredicto, porque ello es intromisión, sino sólo si es posible dentro de las probables y racionales opciones», puesto que, tal como se dijo y debe reafirmarse, «[...] la corte revisora debe guardar especial deferencia al buen juicio y al sentido común colectivo del jurado. [...] [C]uando la corte de apelaciones revisa un veredicto de culpabilidad por arbitrariedad siempre debe tener en cuenta que el jurado usualmente emplea cualidades

especiales para la muy siempre dificultosa tarea de determinar dónde está la verdad. Y cierto es que las cortes de apelación pueden no compartirla» (Corte Suprema de Justicia de Canadá: R.v.W.H., 2013 SCC 22, [2013] 2 S.C.R.)» (**ver al respecto, precedente «Tizza», del voto del doctor José V. Valerio**).

En orden a esas pautas, y analizados en el presente caso los alegatos de apertura y cierre, como las pruebas producidas en la audiencia y las instrucciones impartidas por el juez técnico, estimamos que resulta posible que los integrantes del jurado optaran válidamente por el veredicto de culpabilidad, de manera unánime y en la forma que lo hicieron.

Esto, por cuanto se comprueba que la decisión del jurado, se corresponde con el procedimiento y la técnica que le es propia a esta forma de enjuiciamiento, especialmente relacionando los alegatos y la prueba, con respecto a las instrucciones finales debidamente litigadas, circunstancia que no sólo no puede desconocerse sino que, por el contrario, se le debe prestar especial atención en esta etapa de revisión y con la mayor amplitud y profundidad ut supra definida para estos casos. Es que, ya que no se trata de una sentencia de un juez técnico, ni de su particular forma y orden lógico de brindar sus argumentaciones en los fundamentos que acreditan la motivación que tuvo este tipo de sentenciante. Resulta evidente esta diferencia del detalle que da cuenta la sentencia en cuanto a las instrucciones finales al jurado, donde además del acápite: «A. Obligaciones de los miembros del jurado. Introducción. Obligaciones del juez y del jurado. Improcedencia de información externa. Irrelevancia de prejuicio o lástima. Irrelevancia del castigo. Tarea del jurado, posibles enfoques. Instrucciones futuras. Procedimiento para efectuar preguntas. Requisitos del veredicto.», observamos las imprescindibles explicaciones en lenguaje claro y simple –despojadas de discusiones teóricas y exquisiteces académicas– pero que los jurados requieren y deben seguir para poder deliberar y dictar el veredicto en los siguientes capítulos «B. Principios generales. Presunción de inocencia. Carga de la Prueba. Duda razonable. Negativa a declarar del acusado. Valoración de la prueba. Cantidad de testigos. Prueba presentada por la defensa. C. Principios de la prueba. 1. Tipos de Prueba. Definición de prueba. Definición de lo que no es prueba. Prueba directa y prueba circunstancial. Prueba pericial. Prueba material. Motivo. 2. Instrucciones especiales. Utilización de notas durante las deliberaciones. D. Derecho penal aplicable: los delitos. Homicidio agravado por precio o promesa remuneratoria, por femicidio y por vínculo. (Explicación de conceptos legales: Homicidio simple. Homicidio agravado. Intención criminal) Autoría, instigación y participación criminal. (Autor o co-autor. Instigador. Partícipe. Primario. Secundario. Exceso del autor.). Agravantes del homicidio. (Vínculo. Contexto de violencia de género -femicidio-. Precio o promesa remuneratoria.) Delitos menores incluidos. (Robo con homicidio. Robo con efracción y/o escalamiento)» e inmediatamente el juez director del proceso dice: «[p]ara un mejor orden de sus deliberaciones, les explicaré por separado, la situación de cada uno de los imputados». A este punto nos referiremos específicamente en el párrafo siguiente. Finalmente, debe decirse que el juez se expidió también en relación con «E. **Instrucciones finales**. Modo de llenar los formularios de veredicto. Rendición del veredicto. Conducta del jurado durante las deliberaciones. Requisitos del veredicto: unanimidad. Preguntas durante las deliberaciones. Acotaciones finales. ¿Qué hacer si no se alcanza la unanimidad?». Al explicar en las instrucciones finales la situación de cada acusado (L. H. , K. G., A. G. y J. C. G.) se comenzó con la calificación atribuida y el juez señaló que se «requiere que la fiscalía demuestre estos puntos más allá de toda duda razonable» y pasó a enumerar cada una de las proposiciones fácticas según la teoría del caso y que debían tener los jurados por probadas imprescindiblemente para dictar un veredicto de culpabilidad. Y en los casos que corresponde un delito menor incluido se les expuso seguidamente «sólo para el caso de considerar que el delito cometido por [...] fue [...]» Inmediatamente se les explicó el **MODO DE DECISIÓN** donde se comenzó por decirles «si

después de evaluar cuidadosamente toda la prueba presentada y admitida y de conformidad con las instrucciones que les he impartido, ustedes consideran, más allá de toda duda razonable [...]» y, finalmente, el formulario a cada acusado según corresponde. Es precisamente en este punto donde se evidencia la diferencia entre la lógica del razonamiento del jurado al dictar el veredicto y la del juez técnico y la forma de su correspondiente fundamento. Entonces, ya no se trata como cuando se estudia en la facultad, o en el ejercicio de las funciones propias de los operadores del servicio de justicia (jueces, acusadores o defensores) o para la evaluación técnica del Consejo de la Magistratura, de describir o enumerar cuáles son los hechos y circunstancias probadas y qué calificación le corresponde sino que, ahora en el enjuiciamiento del juicio por jurados propio de la técnica de la teoría del caso (con su teoría de los hechos, de la prueba, y del derecho), a la acusación por un delito y con una participación determinada, a se le requiere a ese jurado que luego de evaluar cuidadosamente toda la prueba decida si la fiscalía demostró, más allá de toda duda razonable, cada una de las proposiciones fácticas para tener por determinado, judicialmente los hechos y poder dictar así el veredicto de culpabilidad con relación al delito atribuido y a ese acusado; o, en su caso, respecto del delito menor incluido; o, de no culpabilidad. Esto es así, porque el jurado determina los hechos (proposiciones fácticas) probados que se requiere para dictar el veredicto de culpabilidad.

Entonces, de acuerdo con esta técnica en cuanto a la efectiva intervención de cada uno de los acusados y al modo en que ella se desarrolló –de lo que se deriva, en definitiva, el encuadre legal adjudicado–, si no se aparta manifiestamente de la prueba producida en el debate (art. 41, inc. d, segunda parte de la ley 9.106), el veredicto resulta plenamente válido. En efecto, si tomamos las reglas procesales y penales que rigen los juicios celebrados antes jueces técnicos y las comparamos para el celebrado ante el jurado popular no se advierte ninguna falencia en la tarea llevada a cabo por el jurado que intervino en la presente causa. La diferencia estará dada porque un juez técnico deberá fundar y conoceremos los argumentos y el camino lógico para dicha conclusión. En ese orden, no debe perderse de vista que la primera tarea a realizar por el juez técnico en la resolución de un proceso penal es la valoración de la prueba legítimamente incorporada al amparo de las reglas procesales; entre ellas los principios razón suficiente y del in dubio pro reo. Esas reglas le permitirán tener por acreditado, o no, un determinado un hecho, sus circunstancias y la intervención que respecto de ese acontecimiento se tiene del acusado.

Una vez comprobada la existencia del hecho y la intervención del acusado, entran en juego las denominadas reglas penales –que por supuesto en todo momento debe tenerlas presente–, concretamente la regla de la derivación razonada del derecho vigente, que le permitirán al juez técnico subsumir los extremos fácticos tenidos por acreditados según el principio de razón suficiente en la figura penal que estime corresponder. De tal manera, el eventual juez técnico –en el caso de compartir la valoración de la prueba en el mismo sentido de este jurado–, puede explicar que si en la especie –suponiendo que el presente caso estuviera sometido a su decisión–, con relación al acusado A. G. no le quedó acreditado, fuera de toda duda, que la muerte de N.C. se produjo por su acción, y que no tenía conocimiento que del acuerdo de matarla a cambio de precio o promesa remuneratoria y sólo le quedó probado su intervención con intención de participar haciendo un aporte no esencial en el robo del que resultó el homicidio de N.C. Entonces, teniendo en cuenta que el art. 47 del CP expresamente prevé, que «[s]i de las circunstancias particulares de la causa resultare que el acusado de complicidad no quiso cooperar sino en un hecho menos grave que el cometido por el autor, la pena será aplicada al cómplice solamente en razón del hecho que prometió ejecutar», puede concluir razonadamente en una decisión similar a la del jurado en el veredicto en cuestión y a nadie se le ocurría válidamente argumentar

incongruencia por este motivo fundado en una condena por participación secundaria en un delito de robo con homicidio que no tiene autor. Aunque muy ingeniosa la argumentación defensiva del recurrente, no se compadece con las reglas procesales y penales vigentes y que deben ser aplicadas en el caso. En el caso sub examine, advertimos que se verifican las pautas precedentes. En efecto, con fundamento en la prueba producida durante el debate y en las instrucciones impartidas por el juez tanto las proposiciones fácticas a tener como demostradas por la fiscalía, en especial la 8 –la primera– como en cuanto a «evaluar cuidadosamente toda la prueba presentada y admitida y de conformidad con las instrucciones ... impartid[as]... consideran[do], más allá de toda duda razonable, que el acusado A. G. participó de manera no esencial en el delito de ROBO con HOMICIDIO contra N[.] H[...], deberán declararlo culpable del delito menor incluido de robo con homicidio (Opción 3)» («Modo de Decisión», punto c), entre otras, resulta evidente entonces que los integrantes del jurado tuvieron por acreditado que A. G. había intervenido en el hecho de un modo menos gravoso que los otros acusados, para lo cual lógicamente pudieron tener en cuenta el principio in dubio pro reo y que «su acción inten[c]ional consistió en hacer una aporte no esencial en el desapoderamiento ilegítimo de cosas muebles de propiedad de» NC (proposición fáctica 8). De tal manera, estimamos que estaban válidamente habilitados los jurados por las instrucciones finales mencionadas a dictar el veredicto en la forma que hicieron.

Lo referido torna posible el veredicto del jurado en relación con la situación de A. G., posibilidad de la decisión con base en la evidencia en la determinación del hecho e intervención del acusado, optó por declarar la culpabilidad de aquél acusado como partícipe secundario del delito de robo con homicidio, es decir, por un delito de menor entidad a lo que se le atribuyeron a los otros acusados. Entonces, si esa posibilidad de solución es admitida para los jueces técnicos, con mayor razón debe serlo para los integrantes de un jurado popular que se han ceñido a las instrucciones y a la valoración de la prueba obrante en la causa.

La única diferencia es que el juez técnico debe dar razones de ello y el jurado popular no tiene esa carga procesal, pero ningún obstáculo legal o lógico existe para que se haya procedido conforme consta en autos. Sentado ello respecto del veredicto dictado en relación con A. G., resta señalar que de la prueba producida durante el debate y de las instrucciones brindadas, de manera clara y sencilla por el juez, no se deriva otra conclusión más que la posibilidad del veredicto de culpabilidad pronunciado por el jurado popular respecto de L. H. , J. C. G. y K. G. con el grado de participación delictiva que allí se les atribuyó. De tal manera, no corresponde derivar de la condena de A. G. la incongruencia que pretende la defensa y, como consecuencia, modificar la calificación a J. C. G. por la de homicidio en ocasión de robo y con ello tener por desvinculado a L. H. del hecho delictivo.

En conclusión, las falencias señaladas por la defensa respecto a la incongruencia entre el grado de responsabilidad y calificación legal por la que fuera condenado A. G., con relación al resto de los condenados, sin perjuicio de que no se verifican en autos, y por tanto, no tienen ningún tipo de incidencia en relación con el veredicto dictado contra los demás acusados, en virtud de, por un lado, la regla de la deferencia o respeto por la decisión del jurado popular, descartándose la arbitrariedad en el veredicto en tanto aparece posible conforme la prueba producida e incorporada al debate y evaluadas según las instrucciones finales; y, por otro lado, por resultar inmovible el pronunciamiento referido a A. G., en razón de haber adquirido firmeza. Por las razones expuestas, el agravio expuesto por la defensa de L. H. – y, en el mismo sentido, por la defensa de K. G.– no puede prosperar en esta instancia.

5.1.4.- Intervenciones telefónicas a M. B.

En cuanto al planteo de nulidad de las intervenciones telefónicas ordenadas en Expte. P35.346 por el Primer Juzgado Penal Colegiado respecto de las líneas telefónicas ... y ... y, como consecuencia de ellas, de la transcripción de las llamadas n° 8 y n° 9 (CD n° 6) entre K. G. y M. J. B. G., corresponde señalar que el procedimiento consignado a fs. 4/13 de autos P-35.346/18 fue debidamente abordado y resueltos sus cuestionamientos en las sucesivas audiencias preliminares por el juez interviniente.

En concreto, mediante el resolutivo de fecha 10/02/2021 y los fundamentos brindados oralmente en fecha 19/02/2021, el magistrado explicó detalladamente los motivos por los cuales las intervenciones telefónicas ordenadas respecto de la línea utilizada por M. B. no sólo resultaron debidamente fundadas y adecuadas a la ley procesal, sino pertinentes al esclarecimiento de los hechos. En ese orden, el juez sostuvo, acertadamente, que la defensa del acusado H. no había tomado en cuenta la diferencia existente entre «secreto del sumario» y el «carácter reservado de las actuaciones» y de ahí derivó su planteo, que fue reiteradamente rechazado en las diferentes oportunidades en que se realizó.

Destacó también que la causa principal (P-20.055/18) no había sido secreta y que aquellas actuaciones incidentales en las que se habían dispuesto las intervenciones, obviamente permanecieron reservadas por el tenor de la investigación.

Asimismo, señaló que la orden de intervención telefónica se encontraba suficientemente fundada, teniendo en cuenta que era presumible que el acusado se comunicara con su novia y que de una eventual conversación entre ellos derivaran datos útiles a la investigación, lo que efectivamente ocurrió en autos.

En consecuencia, consideramos que los planteos de nulidad y exclusión probatoria relativos a las intervenciones telefónicas ordenadas respecto de la línea utilizada por M. B. fueron debidamente rechazadas en la audiencia preliminar al debate oral y público y, en consecuencia, se impone para su tratamiento en esta instancia acreditar el interés jurídico (art. 200 del CPP).

Es decir, el carácter de «esencial» de la información utilizada en el debate. Sentado ello, corresponde tener en cuenta que, durante el juicio, se reprodujo el audio de fecha 2 de mayo de 2018 de hora 18:16:42 correspondiente a una conversación entre K. G. y M. B. (ver registro audiovisual de fecha 4 de mayo de 2021, a partir del minuto 59:29 a 1:01:49). De acuerdo con el audio mencionado M. le dijo a K. «R., no sabés el pedo que me mandé, me vas a matar, yo se que te vas a enojar pero [...] ¿viste lo que vos me contaste?[...] de eso que vos sabés». K. G. le preguntó: «¿de la vieja?». M. respondió: «Sí, yo se lo conté a alguien». K. le preguntó: «¿a quién se lo contaste?». M. le respondió: «A tu mamá». K. le preguntó: «¿y qué te dijo mi vieja?». M. le respondió: «Nada, qué me va a decir, si, porque ella, ella lo que tiene miedo es y ahora cómo vas a hacer con las pruebas esas que han encontrado en las uñas tuyas [...] yo, si no se lo decía alguien, yo se lo tenía que decir porque tu mamá sufre una banda por eso vos K., y vos no lo tomés a mal ella lo que tiene miedo ahora es de la gilada esa». K. exclamó: «¡qué gorriada que sos!». M. le dijo: «bueno K., si no se lo cuento yo quién se lo va a contar entonces, si todos le mienten culiado, me extraña, que es tu mamá la que está con vos, igual no te preocupés [...] ella me contó todo lo que vos me dijiste, todo lo que a ella le hicieron y nada que ver a lo que le dije yo [...] si no se lo cuento yo alguien se lo tenía que contar». Además, el testigo J. D. C. G., a cargo del Departamento de Asistencia Tecnológica de Apoyo Investigativo de la Policía de Mendoza, en su declaración testimonial reconoció la voz de las personas del audio anteriormente citado correspondiente a M. B. y a K. G., y lo relacionó con otra llamada anterior en la que M. B. le preguntó a K. si había matado a la mujer y él le respondió que esas cosas no se hablan por teléfono y como M. B. insistía acordaron hablarlo en la visita (ver registro audiovisual de fecha 4 de mayo de 2021, a partir hora 1:02:44 a 1:03:37).

De modo entonces que no se acredita ni se advierte en el sub lite el carácter de «esencial» de la información derivada de las conversaciones telefónicas obtenidas mediante las intervenciones telefónicas y utilizadas en la audiencia conforme autoriza la ley, frente a la contundencia del resto de la prueba, por lo que corresponde el rechazo de su cuestionamiento en esta instancia.

5.1.5.- Vulneración al derecho de defensa por no inclusión de las reglas económicas como derecho aplicable al caso, ausencia de móvil por parte del acusado del femicidio a N.C. y cambio de acusación

Previo al análisis del agravio, cabe señalar que los conceptos de violencias psicológicas, económicas y patrimoniales contra mujeres ejercidas en contextos de géneros, surgen de los artículos 4 y 5 de la ley 26.485 y del dec. regl. 1011/2010 que establecen un criterio amplio y enunciativo. Ello así, según una interpretación armónica e integrada de los mismos, las violencias psicológicas contra la mujer se ejercen en una relación desigual de poder por parte del varón cuando causan «[d]año emocional, disminución de la autoestima o perjudica y perturba el pleno desarrollo personal o busca degradar o controlar sus acciones, comportamientos, creencias y decisiones, mediante amenaza, acoso, hostigamiento, restricción, humillación, deshonra, descrédito, manipulación aislamiento. Incluye también la culpabilización, vigilancia constante, exigencia de obediencia sumisión, coerción verbal, persecución, insulto, indiferencia, abandono, celos excesivos, chantaje, ridiculización, explotación y limitación del derecho de circulación o cualquier otro medio que cause perjuicio a su salud psicológica y a la autodeterminación» (art. 5 párrafo 2).

A su vez, la violencia económica y patrimonial contra la mujer en contextos de género es «[l]a que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales, a través de: a) La pérdida, sustracción, destrucción, retención o distracción indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales; c) La limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna; d) La limitación o control de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro, dentro del mismo lugar de trabajo» (art. 5 párrafo 4). Al respecto, debe tenerse presente que la Sala Primera de esta Suprema Corte de Justicia sostuvo que la violencia económica se entiende «como la serie de mecanismos de control y vigilancia sobre el comportamiento de las mujeres con relación al uso y distribución del dinero, junto con la amenaza constante de no proveer recursos económicos, representando una de las formas de violencia que muestra las relaciones de poder que se establecen entre mujeres y hombres porque queda en manos de estos últimos un poder **acompañado de la sumisión o subordinación de las mujeres** (“F.B.V/C., J. s/Aumento de cuota alimentaria”, Juzgado de Familia de Villa Constitución, Provincia de Santa Fe, 04/12/2017)» (ver, al respecto, **Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala Primera, «R. S.E. en Jº 251581/53333 MENDOZA CLAF S.A. c/R.S.E. p/reivindicación p/recurso extraordinario provincial»**).

En sentido similar, se ha expedido la Sala Segunda de esta Suprema Corte de Justicia al destacar que el contexto de violencia económica y patrimonial debe ser especialmente tenido en cuenta en el análisis de casos donde ella está presente (ver al respecto, los **precedentes «Casado» y «Domínguez»**).

En consideración a lo expuesto, de pruebas testimoniales y periciales incorporadas al debate, emergen indicadores de violencias psicológicas y económicas que sufrió N.C. por parte de su ex marido, el acusado L. H. , en un contexto de género doméstico y societario. Sobre el particular, a continuación se hará referencia a declaraciones brindadas por los testigos R.D.C.F. (hermana de N.C.), J.G.G.C. (hijo de N.C.), D.G.C. (hijo de N.C.), S. A. L. O. (nuera de N.C.), S. E. B. (abogada de N.C.), V. G. I. O. (psicóloga de N.C.), S. P. R. y L. E., psicóloga del CMF que realizó la pericia psíquica a H. Veamos. La hermana de N.C., R.D.C.F.,

manifestó que su hermana «vivió una vida amenazada por parte de L. H. , amenazas de todo tipo, amenazas de muerte, de suicidio, que se iba a suicidar él, amenazas de que le iba a matar a su hijo desde que era bebé hasta cuando eran grandes, extorsiones también» (ver registro audiovisual de fecha 29 de abril de 2021, a partir del minuto 34:33 a 35:15).

Agregó que N.C. descubrió en el año 2017 que H. la estafó con maniobras contables prolijas y logró obtener el 80 % de la empresa que formaba parte de la sociedad conyugal, que abusó de su buena fe y confianza, la traicionó y entró en depresión, lo que la llevó a consultas con una psicóloga en busca de una solución a su estado emocional. Que es a partir de entonces que comienza a poner límite a H. y él se da cuenta que ya no puede dominarla como socio durante las negociaciones por la división de bienes, le hizo casi veinte (20) propuestas a H. y él siempre quería sacar ventajas y ninguna le venía bien (ver registro audiovisual citado, a partir minuto 38:15). Asimismo, expuso que «las maniobras las hacía [el acusado] a través del escribano E. C. que es familiar de H. y, además, mi hermana sentía un gran aprecio por él y también el contador E. Z. que era el contador de Carletti SA, la empresa de mi hermana, y también de H. en la sociedad de ellos» (desde minuto 41:05 a 41:40). Agregó que, aproximadamente cinco meses antes del hecho, sentían temor que H. enviara a alguien a hacerle algo a su hermana, y que ella también tenía miedo. Que N.C. quería irse a vivir a Mendoza, cambió todas las cerraduras de su casa porque H. no quiso devolverle nunca el juego de llaves ni le devolvió el control del portón de entrada, a pesar que «se lo reclamó infinitas veces, infinitas veces, porque ella no quería que él entrara a la casa y él entraba igual porque a él no le importa nada, él lo que quiere conseguir a costa de lo que sea lo tiene que conseguir» (ver registro audiovisual citado, a partir minuto 41:50 a 43:10).

En concordancia con las declaraciones de la hermana de N.C., S. E. B., abogada de la víctima de autos, expuso que contrató sus servicios profesionales y los de su socio el Dr. Sánchez para resolver el conflicto económico que tenía con su marido L. H. , de quien estaba separada desde el año 2015. Explicó que N.C. e H. no pudieron llegar a ningún acuerdo sobre la división de los bienes de la sociedad conyugal que eran cuantiosos, en particular de dos fincas de Las Lomas S.A. y del Salón Jury.

Agregó que N.C. le dio instrucciones el día 2 de marzo de 2018 –en la reunión que mantuvo en su estudio en la ciudad de Mendoza entre las 14 y 16 hs.– para iniciar acciones judiciales, tanto en el ámbito penal como civil, porque estaba decidida a realizar la demanda de divorcio y acciones penales por administración fraudulenta. La testigo destacó que quedaron en reunirse con N.C. el lunes 5 de marzo de 2018 a primera hora en Tunuyán junto con su socio y el abogado penalista R. V. (ver registro audiovisual de fecha 3 de mayo de 2021, a partir hora 01:50:52). La testigo también manifestó que N.C. le dijo que «se sentía estafada económica y emocionalmente por parte de H. » (ver registro audiovisual citado, hora 02:07:22).

En ese orden, declaró que, la semana anterior a que N.C. viajara a Buenos Aires en febrero de 2018, H. le llevó una propuesta por escrito –que exhibió en la audiencia de debate–, en la que el abogado de H. , Vicente Mestre, se presentó para tratar el divorcio ante la Dra. B. –a quien vio una sola vez–, quien figuraba como acreedor de deudas de Las Lomas S.A. por la suma de \$ 700.000 y su hijo L. H. por la suma de \$ 485.000, entre otros acreedores. Enfatizó la testigo que cuando se lo comunicó a N.C. ella se enojó mucho, le dijo que era «un mamarracho» y descartó la propuesta totalmente, y que en una reunión que mantuvo con H. en su estudio, éste le pidió tiempo para otra propuesta porque su intención era quedarse con el total de las dos fincas y no dividir las como proponía N.C. (ver registro audiovisual de fecha 3 de mayo de 2021, a partir a partir minuto 10:00). A preguntas de la querrela respecto a la credibilidad de las

propuestas de H., la Dra. B. respondió que no le parecían serias ni sinceras las propuestas de H. porque siempre modificaba el foco del conflicto y de los bienes (ver a partir del minuto 14.53).

Asimismo, la testigo B. declaró que el día 3 de febrero de 2018, N.C. se fue del estudio «dándonos instrucciones precisas de iniciar las causas civiles y de acercarnos el día lunes con el Dr. V. para ir empezando a definir si existía alguna posibilidad de denuncias o causas penales, en definitiva que la instrucción que a mi me da N. personalmente es que a partir del lunes empezáramos a trabajar con las presentaciones judiciales [...] el último audio que tengo de N. es que no se han puesto de acuerdo con [el salón] Jury, entonces no tengo otra forma de interpretar que seguimos con las últimas instrucciones que N. me dio que el lunes fuéramos con el Dr. V.» (ver registro audiovisual de fecha 3 de mayo de 2021, desde minuto 18:35 a minuto 21:55). Por su lado, en coincidencia con la testigo B., el testigo R. J. V. –abogado especialista en derecho penal– declaró que fue convocado por el estudio del abogado Horacio Sánchez y asociados para consultarle sobre hechos de defraudación por vaciamiento de una sociedad anónima. Al respecto, el testigo manifestó que «en realidad era una consulta muy concreta porque me hablaban como que había una suerte de defraudación, me hablaban de una suerte de vaciamiento de una sociedad anónima que, si mal no recuerdo, creo que se llamaba Las Lomas S.A., una sociedad que estaba conformada entre la Sra. C. y, si bien estaban separados todavía no estaban divorciados, de su esposo, el Sr. H., entonces ellos querían analizar en el marco de toda esta conflictiva la posibilidad de hacer una denuncia penal en relación a estas maniobras que estaban perjudicando a esta sociedad» (ver registro audiovisual de fecha 30 de abril de 2021, desde minuto 07:08 a 07:56). Agregó: «quedamos en reunirnos el lunes 5 de marzo en la mañana» (de minuto 08:44 a 08:48); «me hablaban que habían situaciones agresivas o de violencias» (de minuto 11:12 a 11:14), «la conflictiva había aumentado a un punto tal que era muy firme y muy determinante la decisión de pasar a la etapa judicial, y la estrategia era que iba a ser un litigio muy fuerte porque se trataba de cubrir tres flancos, el societario, el de familia e incluir inclusive a la rama penal» (de minuto 12:12 a 12:32). Señaló también que «se habían agotado todas las posibilidades de negociaciones» (de minuto 16:35 a 16:40), que la Dra. B. le dijo que «la situación como que se había desbordado, por eso que iban a pasar al litigio y que el litigio que se proponía era un litigio fuerte, abordado desde las distintas ramas del derecho» (de minuto 16:53 a 17:02). Aclaró que la denuncia penal estaría dirigida «contra L. H. y quienes pudiésemos determinar que eran los partícipes» (de minuto 17:28 a 17:36), y que «el divorcio era prácticamente una decisión tomada, si, si, si, si» (de minuto 19.18 a 19:21). A su vez, S. A. L. O., nuera de N.C., manifestó, en coincidencia con los testigos anteriormente referidos, que viajó con N.C. la semana anterior al asesinato de su suegra, que «ella estaba convencida que no quería seguir viviendo como vivía, hacía mucho tiempo que estaba mal, hacía más de un año que venía, cada vez la cosa estaba peor [y me] dijo: “llego a Mendoza y ya me junto con la abogada la semana que viene me divorcio, esto se termina”, estaba convencida de eso» (registro audiovisual de fecha 30 de abril de 2021, de minuto 31:53 a 32:40). Refirió que el día lunes 5 de marzo de 2018 «ella se iba a reunir con los abogados y los iba a acompañar porque iban a ir a una presentación» (de 33:23 a 33:27), que «ella empezó a tener asesoramiento, empezó a notar cosas que antes no veía, [...] siempre se llegaban a acuerdos parciales pero no era lo que N. quería, había un conflicto puntual con las fincas, claro, entonces él siempre le decía que las fincas no las iba a ceder, que N. quería una finca para cada uno como eran dos, y decía que las fincas no, que de las fincas lo iba a sacar con los pies para adelante, lo dijo en una reunión con abogados, que N. grababa las conversaciones para que después nosotros le creyéramos lo que estaba pasando, cuando termina esa reunión N. me cuenta que se van al estacionamiento y él se acerca y él le

dice “con los pies para adelante yo o con los pies para adelante vos”» (ver registro de fecha 30 de abril de 2021, desde minuto 36:56 a 37: 50).

Destacó la testigo L. O., que «cuando empiezan los conflictos ella nota que le falta documentación en su casa, sobre todo lo referido a Las Lomas S.A. que era una sociedad que tenían en común y ella le pedía a las empleadas que no lo dejaran entrar a la casa [...] empezó a cambiar la documentación de lugar, cambió las cerraduras de su casa, no podía cambiar las claves de los controles remotos, entonces siempre estaba insegura pensando que podían entrar por su garaje y también aumento la seguridad de su propia habitación» (registro audiovisual de fecha 30 de abril de 2021, desde minuto 41:16 a 42:06).

Agregó que N.C. estaba muy preocupada y triste en Buenos Aires, porque no tenía información de sus actividades económicas por parte de H., que le cortó las tarjetas de créditos y le quiso cortar los teléfonos, había perdido el control de la sociedad, H. la extorsionaba y no le daba información, incluso que iba para molestar a C., la firma familiar, a pesar que ella le pedía que no fuera (ver a partir minuto 57:10). Expuso que su suegra se sentía estafada por H. y que en un momento N.C. le dijo: «S., presentó la propuesta», «¿sí? -le digo- ¿qué hizo?», «Mirá, su propuesta es que se quiere quedar con todo, esa es su propuesta» (desde hora 1:00:17 a hora 1:00:36). Relató que la existencia de las dos fincas fue el obstáculo para que llegaran a un acuerdo, «porque N quería que las fincas se dividieran al 50 y al 50 y L. no, L. quería el cien por ciento de las fincas, quería las dos fincas» (de hora 1:00:19 a 1:03:36).

También manifestó la nuera de la víctima que N.C. consultaba una psicóloga y había empezado a escribir sobre su situación aconsejada por aquélla, (registro audiovisual de fecha 30 de abril de 2021, desde hora 1:04:00 a 1:04:55). En tal sentido, expresó que «ella empieza a describir como eran sus sentimientos con respecto a L. , como había tenido un matrimonio muy bonito al inicio y que después había empezado a notar situaciones que habían hecho que ella tuviera que cambiar para poder sostener ese matrimonio, como por ejemplo, su manera de vestir, por ejemplo, algo que recuerdo que siempre le pasaba a ella, le gustaba mucho cocinar, empezaba muy temprano a cocinar, pero él llegaba y le decía que no tenía hambre o que quería un tomate con un pedazo de queso y ella se quedaba con toda la comida, ella manifestaba que él era celoso, que ella había tenido que, bueno, cambiar un poco sus hábitos, ella era una mujer muy sociable y eso había tenido que disminuir un poco [...] incluso [le tenía celos] a los nietos», explicó que él quería que toda la atención de N. fuera hacia él, no hacia los nietos, no hacia G., no hacia R., (desde hora 1:00:06 a hora 1:07:22). Refirió además que la abuela, la mamá de N.C., le decía: «cuídate N. porque te va a matar» (desde hora 1:13:00 a hora 1:13:14). Dijo que H. tenía el control remoto del portón de la casa de N., que ella se lo reclamaba pero no se lo devolvió nunca, H. ingresaba por el portón, N. le pedía que no ingresara a la propiedad (desde hora 1:14:50 a hora 1:15:20).

En concordancia con los testigos C. F. y L., S. P. R. –quien trabajaba en la casa de N.C. desde hacía seis años a la fecha del hecho– declaró que J. C. G. y sus hijos K. y A. G. hicieron trabajos en el domicilio de N.C. Expresó que, el día sábado 3 de marzo de 2018 –oportunidad en la que se encontraba trabajando en la casa de N.C.–, «ella me cuenta que el día lunes “yo voy a presentar el divorcio y una demanda”» (registro audiovisual de fecha 30 de abril de 2021, a partir de hora 1:08:38 a 1:09:02). La testigo también refirió que «ella cambió todas las llaves de todas las partes de afuera de la casa y del control remoto primero ella me dijo que no lo podía cambiar» (a partir de 1:11:00 a 1:11: 09), le comentó que había descubierto una estafa por parte de H. (a partir de hora 1:12:40), que H. entraba y salía todo el tiempo y sacaba cosas de la casa, lo hacía para hacerla rabiar, se quejaba porque le faltaba documentación, valores (a partir de hora 1: 13:44 a 1:14:43). Señaló que «ella acostumbraba a guardar todo en el celular, no borraba, tenía muchas pruebas» (a partir de hora 1:15:21 a 34), «a la ventana de su dormitorio le pusieron rejas y a la

puerta cerrojos» (a partir de hora 1:17.35). Y enfatizó en que durante los seis años que trabajó en la casa de N.C. nunca hubo un robo ni hecho de inseguridad (a partir de hora 1:20:38). Por su parte, G.G.C., hijo de N.C., declaró que la noche del crimen le dijo a los funcionarios: «la única persona que yo sabía que tenía conflictos graves, digamos, era con L. H. , su ex marido» (ver registro audiovisual de fecha 29 de abril de 2021, desde hora 1:38:15 a 1:38:34,). Manifestó que su mamá se iba a divorciar «porque se sentía estafada, ella tenía una sociedad que era 50 y 50, era un conflicto económico» (desde hora 1:39:03), dijo que su madre el lunes que falleció iba a iniciar legalmente demandas por divorcio, extorsión y acoso económico, que el viernes cuando volvieron de Buenos Aires ella se quedó en Mendoza para ver estos temas (desde hora 1:40:11 a 1:40:34). Manifestó que «el último tiempo era muy conflictivo, y sí, tenía temor de lo que podría llegar a hacer L. H. » (desde hora 1:44:41 a 1:44: 50), «ella se refería que personalmente él no iba a hacer nada, siempre actuaba en todos los aspectos de la vida haciendo su voluntad a través de otras personas» (desde 1:45:00 a 1:45:08). Expuso que su madre le dio muchísimas oportunidades a H. para evitar acciones legales (desde hora 1:48:25), y que en el mes de setiembre de 2017, H. se presentó en su casa y amenazó diciéndole: «mirá yo te digo una cosa, decile a tu mamá que no se le ocurra presentar el divorcio sin antes arreglar los bienes porque ella ya sabe lo que le va a pasar, ella sabe lo que le va a pasar [...] yo se que vos no tenés nada que ver que no querés estar en el medio, pero estás en el medio, así que también tengo que ir contra vos, voy a ir contra vos» (de hora 1:50:01 a 1:51:22).

Agregó el testigo que «esa noche que había ido mi mamá a la casa de mi abuela antes de irse a su casa, ya en la noche le dijo: “Normita, tené cuidado porque este tipo te va a matar” –refiriéndose a L. obviamente– “tené cuidado porque este tipo es capaz de matarte”» (de hora 1:52:19 a 1:52:38). Asimismo, el testigo manifestó que Las Lomas S.A. la creó su madre cuando se casó con H. , quien estaba en quiebra y ella puso el dinero, que su madre tenía el 50 % pero en el último tiempo H. tenía el 80 %, situación que agravó la relación entre ellos porque su madre durante el año 2017 no percibió utilidades de las dos fincas que integraban la sociedad e H. la expulsó del directorio, lo que le ocasionó un dolor muy grande (ver a partir hora 1:57:21 a 2:00:10).

Expuso que su madre fue víctima de violencia psicológica por parte de H. al abusar de su posición de poder para lograr una negociación desfavorable, la llamaba permanentemente, le decía que iba a cortar los teléfonos y todo esto la ponía muy mal (ver a partir de hora 2:01:26). En el mismo sentido, D.G.G.C., otro de los hijos de N.C., declaró que su madre «tenía problemas con L. H. desde hace mucho tiempo» (ver registro audiovisual de fecha 29 de abril de 2021, desde minuto 21:32 a 21:33). Expresó: «mi mamá siempre me contaba, o sea, la veía angustiada, así cuando le preguntaba me decía que era un hijo de puta que la estafaba, que se quería quedar con todo y entre esos que la finca, que la finca, que se quiere quedar con la finca, no sé qué tiene la finca que trajo tantos problemas» (desde minuto 22:02 a 22:29). Refirió que su madre escribió una carta en los primeros meses del 2018 (minuto 24:55 a 25:07), que puso unos pasadores en su dormitorio por temor a que H. la matara, que al momento de su muerte contaba con el 20 % de la firma Las Lomas S.A. y durante el último año no percibió ninguna utilidad de las cosechas, que la sociedad estaba integrada también con una vivienda en el barrio Las Praderas que construyó y diseño su madre y que allí vivía H. cuando se separaron (ver a partir minuto 25:55). Agregó que hubieron tratativas de arreglo por la separación de bienes, pero que su madre le había comunicado a H. que era inminente el divorcio, por lo que al regreso de su viaje de Buenos Aires se iba a la abogada en Mendoza, y que H. le había cortado las tarjetas de crédito (ver a partir minuto 32:49).

Por su parte, el testigo L.A.H.C., hijo de N.C. y del acusado, refirió que en el último año y medio las relaciones entre su madre y su padre no eran tan buenas y los problemas comenzaron por la división de bienes (ver registro audiovisual de fecha 10 de mayo de 2021, a partir del minuto 56:19). Admitió –al igual que declaró en la instrucción– que su madre pensaba que podía haber una defraudación en las Lomas S.A. (desde minuto 57:26), que su padre tenía el control remoto del portón de la vivienda de su madre (desde minuto 59:56), que su madre se quejaba de falta de documentación por parte de su padre, (desde hora 1:02:19), y que era una pareja que se estaba separando y no se podía reconciliar (desde hora 1:09:35). V. G. I. O., licenciada en psicología, expuso que N.C. era su paciente y que comenzó el tratamiento en febrero de 2017 (registro audiovisual de fecha 6 de mayo de 2021, a partir de hora 1:12:17), porque «estaba en estado de angustia y tristeza, malestar porque estaba en un proceso de separación que era muy conflictivo para ella» (hora 1:12:52). Declaró que «lo que ella manifestaba es que se sentía muy afectada por la situación conflictiva que llevaba con su ex marido, me contó cómo había sido su vida matrimonial, que siempre había sido una persona muy celosa, autoritaria, malhumorada, que había intentado separarse hacía unos años, no recuerdo cuánto tiempo y que él no lo había aceptado [...] que la amenazaba con suicidarse si se separaban, por lo cual un tiempo después empezaron una terapia de pareja y, en sus decires, con la intención de poder separarse de un modo menos conflictivo, que no le afectara a él por esta amenaza, después de eso dijo que habían mejorado, que él estaba mejor pero que con el tiempo volvieron a tener muchos conflictos» (ver desde hora 1:13:37 a hora 1:15:15).

Por su parte, V. I. O. manifestó que N.C. «en el último tiempo había descubierto que él la había estafado emocionalmente y económicamente porque ella con la confianza que le tenía había estado firmando papeles que él le presentaba y que había descubierto que le había hecho firmar papeles cediéndole a él acciones de un no se de qué de una empresa que tenían en común, y que esto le había producido un gran pesar porque era una desilusión muy grande con él porque, si bien no se llevaban bien, ella confiaba en él y que esto le había causado una gran pena, una angustia, entonces lo que ella trataba con este tratamiento es poder separarse de un modo, no sé, poco conflictivo» (desde 1:16:07 a 1:17:30). Asimismo, expresó que observó manipulación de parte de H. hacia N.C. para sacar provecho personal abusando de la confianza y la relación afectiva existente (desde hora 1:18:41 a 1:20:05).

Ante la pregunta de la querella, expresó que N.C. era manipulada por H. y que observó violencia de género (desde hora 1:20:31 a 1:20:41), que «en esos primeros años ella dice que para evitar el conflicto, para evitar las malas caras, ella accedía no de buen grado, como a disgusto ella accedía a algunos condicionamientos que él le ponía a la vestimenta que ella usaba o con quien se juntaba o ella dice que con disgusto accedía para evitar el conflicto con él» (desde hora 1:21:06 a 1:21:45), que «lo definía como un hombre celoso que podía tener celos de sus amistades, hasta de su familia decía ella (desde hora 1:24:10 a 1:24:27). La testigo declaró, además, que observó síntomas depresivos en N.C., «afectación del ánimo implicaba tristeza, a veces falta de incentivo, motivación, crisis de angustia, de llanto, en algún momento tuvo alteraciones del sueño» (desde hora 1:26:38 a 1:27:05).

Refirió que N.C. sufrió estafa emocional por parte de H. «porque había descubierto que le había hecho firmar papeles cediéndole acciones con un engaño» (desde hora 1:27:38 a 1:27:47), y advirtió que los relatos de N.C. eran «coherentes totalmente» (hora 1:28:55) y que no observó síntoma de fabulación en N.C. (desde hora 1:29:05). Expresó que N.C. le dijo que tenía una buena relación con el hijo en común «pero que este hijo tenía mejor relación con el papá, que tenía muchas actividades o intereses en común por lo cual compartían más tiempo y eran más afines, L.! Ya me acordé, L.» (desde hora 1:31:11 a 1:31:49).

Señaló que habló con la víctima de autos sobre la posibilidad de un tratamiento psiquiátrico e, incluso, le hizo la derivación a un psiquiatra al que concurrió pero no quiso tomar la medicación que le indicó (desde hora 1:32:40 a 1:32:54). Manifestó que la última vez que atendió a N.C. fue en febrero de 2018, expresó «sí, en la última sesión dijo que iba a ir a ver a los abogados, incluso una de las sesiones la suspendió porque tenía prevista una entrevista para concretar el divorcio» (desde hora 1:34:25 a 1:34:38). Fue el día 6 de febrero de 2018 (desde hora 1:35:07). Declaró que en el ánimo de N.C. no existía ninguna posibilidad de reconciliación al día 6 de febrero de 2018 (desde hora 1:36:43).

A preguntas realizadas por el fiscal sobre indicadores de violencia de género que pudiera observar en N.C. respondió: «la tendencia a la culpabilización, a sentirse culpable, hacerse cargo de emociones que no le pertenecían, que eran de su exmarido, la tendencia a evitar el conflicto es otro de los rasgos para evitar el conflicto, hacer una sobreadaptación y ella lo refería en relación a él, no lo dijo en relación a otras personas» (desde hora 1:39:09 a 1:39:56). Hizo referencia a ciclos de violencias de género, sobre todo en los primeros tiempos, luego fueron más cortos los períodos de luna de miel (desde hora 1:40:16 a 1:40:31). Enfatizó que «lo que fue decisivo para ella fue esta desilusión relacionada al engaño» (desde hora 1:43:40 a 1:43:52), y que es más grave que la defraudación la ocasione la pareja que un tercero, por supuesto, «mientras el vínculo afectivo sea mayor, mayor el efecto y la consecuencia» (desde hora 1:45:04 a 1:45:08). En audiencia también declaró P. R. U. R., quien manifestó que mantuvo una relación afectiva con H. desde el mes de julio de 2017 hasta el mes de febrero de 2018. Relató que H. se enojó porque, en febrero de 2018, ella fue al Festival de la Tonada con su familia y no le había avisado, y que se molestó cuando se subieron a Facebook fotos de ella y una amiga en la pileta de la casa del barrio Las Praderas. La testigo refirió que H. le dijo que estaba en un proceso de divorcio y esto podría molestar a N.C. porque la relación entre ellos estaba muy tensa, que era una relación muy difícil porque no llegaban a acuerdos para concretar el divorcio y la división de bienes (registro audiovisual de fecha 6 de mayo de 2021, a partir minuto 02:50). Por otro lado, la psicóloga L. M. E., perteneciente al Cuerpo Médico Forense, explicó que examinó al acusado L. H. en tres o cuatro entrevistas para responder los puntos periciales solicitados. Expuso que durante la evaluación predominó en H. una conducta defensiva y «un funcionamiento narcisista, que esto significa que centrado en sí mismo en sus puntos de vista, inmadurez psico-afectiva, egocentrismo, inestabilidad emocional, baja tolerancia a la frustración y dificultades en el control de los impulsos» (registro audiovisual de fecha 5 de mayo de 2021, desde minuto 30:30 a 34:42).

Destacó también que de las técnicas empleadas en la pericia surgió en H. el control del ambiente, es decir, que puede tornarse demandante o exigente hacia sus vínculos como forma de controlar el medio ambiente, dirigirlo, manipularlo; el medio ambiente entendido en sentido amplio, que comprende personas y circunstancias (desde minuto 36:26 a 37:00). La profesional del Cuerpo Médico Forense indicó que no observó ideación suicida en H. y que, incluso, el acusado las negó en las entrevistas (desde minuto 37:17 a 37:30). Señaló que «él tiene muy baja tolerancia a la frustración» (desde 39:05 a 39:10), que no detectó trastornos alimenticios al momento de las evaluaciones (minuto 43:44), que «las características evaluadas son compatibles con el tipo de hecho que se está investigando e incluso en una situación de contexto de violencia de género» (desde minuto 44:18 a 44:28), porque se trata de una personalidad con características narcisistas, centrado en sus propias necesidades y deseos, en sus expectativas, a satisfacer los mismos con escasa capacidad empática, que frente a la necesidad de los otros va a priorizar la propia, y como tiene una baja tolerancia a la frustración, mientras todo se mantenga según sus opiniones o según sus expectativas, va a estar todo bien; el problema se va a llegar a presentar en caso de contradicción al mismo.

Manifestó que también se detectó falta de control de los impulsos, características de omnipotencia, de dominancia, lo que también nos da la compatibilidad con lo que se está investigando (a partir minuto 44:30 a 45:57). En otro orden, el testigo J. D. C. G., perteneciente a la Dirección de Investigaciones y a cargo del Departamento de Asistencia Tecnológica y Apoyo Investigativo, analizó el contenido de tres aparatos tecnológicos pertenecientes a la familia G. y dos a N.C. y, con base en ello, elaboró los informes respectivos (ver registro audiovisual de fecha 4 de mayo de 2021, a partir del minuto 12:41). Relacionado con esos informes y en lo que concierne al teléfono celular marca Iphone modelo A 1457 perteneciente a N.C., en la audiencia de debate explicó que se extrajeron mensajes de WhatsApp e, incluso, de correos electrónicos guardados en el archivo que fueron copiados y pegados en el informe presentado conjuntamente con los audios desgravados. Agregó que, posteriormente, se analizó un celular perteneciente a H., y que en relación a lo extraído del celular de N.C. se podían inferir ciertas diferencias entre ambos desde el año 2017. Al respecto, manifestó que «las diferencias, más que todo, estaban centradas por las situaciones económicas, las situaciones en ponerse de acuerdo cómo podían originar esas divisiones de bienes [...] trataban de mediar alguna propiedad pero al poco andar nuevamente se sentaban las diferencias y había discusiones al respecto y habían indicaciones de que iban a hacer presentaciones judiciales [...] diferencias que se fueron acentuando hacia el final del mes de febrero del año 2018 donde ya había, a mi entender, una tensión entre ellos con la necesidad ya de llegar a una resolución respecto de la división de bienes» (ver registro audiovisual citado, desde minuto 18:17 a 19:30). Durante la audiencia de debate se reprodujo una comunicación de audio de H. dirigido a E. Z., de fecha 16 de febrero de 2018, 22:51 hs., en el que el acusado expresa: «Hola E., mirá, acabo de tener una reunión con los abogados de N., y N., me parece que hay cosas que N. no tiene claras, creo que no tiene muy claro lo que firmamos esa vuelta en C. con vos delante, que vos te llevaste el original. Bueno, te voy a pedir un favor ahora, si ella te lo llega a pedir o algo, que le digás que me entregaste todo a mi porque vos ya no querés saber más nada con nosotros, y que yo fui y te lo pedí y me lo diste, porque no tiene ni idea de lo que ha firmado creo, entonces, de última, si podés te lo agradecería, total ya la relación tuya con ella, creo, ya está rota del todo.

Entonces te pediría aunque no me lo des, que le digas que me entregaste todos esos papeles, me los entregaste a mi, aunque no me los des que le digas eso, cosa que ella no pueda tener acceso a ese papel» (ver desde minuto 20:55 a 21:56, reproducción del audio de WhatsApp citado de H. a E. Z.). A continuación, en la audiencia, el testigo C. G. manifestó que la voz del audio pertenece a L. H. (ver minuto 22:20). En esa oportunidad, también se exhibieron tres audios de N.C., de fecha 23 de febrero de 2018, en los que le dice a H.: «Mirá L., si vos tuvieras intenciones de arreglar y hubiera algo que no hubieras entendido de la propuesta, me hubieras llamado para ver como era, así que ya no engañás más a nadie con esas cosas que hacés, todos ya te sacaron la ficha, así que bueno, yo mandé una propuesta clara, no te sirvió, está bien, [porque] las que vos me has mandado a mi no me sirven, no nos ponemos de acuerdo y no hace falta esperar un día para el otro y para el otro. ¿Querés arreglar una cosa? El tiempo es hasta ahora, ya te dije, ¿No quisiste? Bueno, el problema es tuyo si no quisiste arreglar. Vos me decís que te avise. Mirá, tenés tiempo hasta el día de hoy, porque mañana a la mañana me voy a Mendoza a firmar los papeles y de ahí me voy al aeropuerto. Así que sí, mañana ya firmo» (registro audiovisual de fecha 4 de mayo de 2021, a partir del minuto 22:56 a 23:53).

En otro audio que se reproduce en la audiencia N.C. le dice a H.: «creo que un año de espera ha sido más que suficiente, y si en un año no quisiste hacer ningún arreglo, bueno, lamentablemente yo soy la que llevo todas las de perder, así que no me puedo seguir esperando, esperé demasiado, así que, creyendo

que ibas a querer hacer un arreglo, y la verdad me equivoqué, así que bueno, te digo, tenés tiempo hasta hoy, nada más, que va a hacer, ya fue demasiado lo que esperé» (ver desde minuto 24:36 hasta 25:18 de la reproducción del audio de WhatsApp de N.C. de fecha 23/02/2018, 22:49 hs). En la audiencia también se reprodujo un audio de E. Z. dirigido a H. en fecha 27 de febrero de 2018, en el que le dice: «che L., no te he querido llamar por teléfono, bueno, porque no se en qué horario podés estar descansando, o medio drogado, con calmantes o lo que fuere, lo que sí quiero dejarte en claro es que sos un reverendo hijo de puta, todos lo que te hemos estado apoyando en esta situación tuya con N. nos parece un hijo de putismo hacérsela tan fácil. No señor! Eh, para algo nos hemos puesto todos a laburar. Te mando un abrazo en serio y espero que te recuperes pronto. Cualquier cosa que necesites de acá avisame» (de minuto 26:09 a 26:45). En la audiencia, el testigo C. G. declaró que la voz del audio pertenece a E. Z., que fue registrado en el informe presentado (minuto 26:55), y agregó que en el teléfono de H. no se visualizaban los registros de llamadas en el período de tiempo comprendido entre el 26 o 27 de febrero y el 6 de marzo de 2018, pero que, contrastado con el registro de la compañía prestataria, resulta que había habido un caudal de llamadas importante, por lo que, a su entender, esos registros habían sido eliminados del aparato telefónico de H. (ver a partir minuto 27:54 a 29:12).

Asimismo, corresponde tener en cuenta, que en la audiencia se reprodujo otra prueba admitida – autorizada por el juez técnico– correspondiente a la audiencia de ocurrencia de fecha 22 de mayo de 2019 en autos P-20055/2018 presidida por el juez Dr. Balmes, en la que el acusado J. C. G., en forma espontánea manifestó que desistía de la defensa de su abogado el Dr. Cazabán, y que era su deseo declarar porque estaba cansado que los traten como asesinos. Expuso ante el juez: «el señor de allá mandó a matar a la Sra. C., tengo pruebas y a Ud. le voy a demostrar que a mí no me pagó nadie», a la vez que señaló con el brazo izquierdo hacia el lugar donde se encontraba H. (registro audiovisual de fecha 30 de abril de 2021, desde minuto 10:10 a 11:54). Ahora bien, aplicada la normativa y jurisprudencia anteriormente citada a las pruebas testimoniales y periciales mencionadas, advertimos que surgen evidencias de indicadores de violencias psicológicas y económicas padecidas por N.C. de parte de su marido L. H. , de quien se había separado en el año 2015 y mantenía un conflicto económico por división de bienes y divorcio que se incrementó a fines del año 2018 hasta desencadenarse en violencia extrema para quitarle la vida, como último recurso de sometimiento y dominación, horas antes que se reuniera con sus abogados y abogada para iniciar acciones judiciales en su contra. Las situaciones de violencias psicológicas que demuestran lo afirmado con anterioridad son las amenazas de muerte proferidas por H. hacia N.C., los celos excesivos hacia sus hijos y nietos, el control sobre su vestimenta, relaciones sociales y del ingreso a la vivienda (nunca le entregó el control remoto del portón de su domicilio de ingreso donde fue asesinada) y la coerción emocional y manipulaciones para que N.C. firmara documentación que lo beneficiaba económicamente en la sociedad conyugal. Estas circunstancias generaron una situación de depresión en N.C. que se manifestó en los síntomas explicados en la audiencia por la Lic. I. O. –psicóloga que la atendía–, tales como miedo, tristeza, crisis de llanto de angustia, alteraciones del sueño, culpabilidad, manipulaciones. A ello cabe agregar que, conforme explicó la licenciada I. O., los relatos de N.C. eran coherentes y carentes de fabulaciones. A su vez, las violencias económicas y patrimoniales se verifican por el abuso de confianza y buena fe por parte de H., la exclusión del directorio de la empresa Las Lomas S.A. y la falta de entrega de utilidades de las fincas que integran dicha sociedad durante el año 2017, el ingreso a la vivienda de N.C. y la sustracción de documentación de su domicilio durante la separación a pesar de haberle prohibido el ingreso, las maniobras dilatorias para retrasar una solución extrajudicial de separación de bienes equitativa, incluso con la intervención de abogados contratados por N.C., el corte

de las tarjetas de créditos que utilizaba N.C. y la amenaza de suspenderle los teléfonos inclusive a sus hijos. Los elementos probatorios mencionados que emanan de testimonios de familiares cercanos a N.C. y de profesionales del derecho y de la psicología que la escuchaban, observaban y atendían, hablan de las numerosas situaciones de violencias psicológicas/emocionales y económicas/patrimoniales que padeció N.C., sobre todo durante el año 2017 y 2018 por parte de su esposo L. H. Las manifestaciones de violencias se intensificaron durante el año 2018 en la medida que N.C. tomó una decisión firme de poner fin al conflicto económico y emocional que mantenía con su ex marido a través de acciones judiciales, detonante que apresuró por parte de H. la utilización de violencias extremas para ejercer dominio sobre su persona y sus bienes, para quitarle la vida cuando advirtió que ya no podía seguir manipulándola y sometiéndola para continuar con el control de Las Lomas S.A. (una de las tres sociedades del matrimonio) en su totalidad, arbitrando los medios para que fuera asesinada, sabiendo que vivía sola y que al día siguiente iniciaría acciones judiciales en su contra. De las pruebas mencionadas advertimos también que N.C. vivió atrapada en ciclos de violencias por razones de género por parte de H., durante la convivencia y después de la separación, los que se incrementaron y acortaron en el tiempo a partir que N.C. tomó la decisión de presentar la demanda de divorcio y la división de los bienes, al no haber podido llegar a un acuerdo equitativo extrajudicial con H. .

Cabe aclarar que, en la presente causa, si bien se probó que en la pericia contable practicada no se advirtieron maniobras defraudatorias por parte del acusado H. en perjuicio de las sociedades del matrimonio (ver punto C.1.8 de las instrucciones finales al jurado), de sus conclusiones surge que se modificaron los modos propios de gestión de la firma porque a partir de la Asamblea Ordinaria de marzo de 2017, las actas se aprobaron por mayoría y no por unanimidad como se hacía hasta entonces, y las decisiones se tomaban según el voto mayoritario del accionista que detentaba la porción mayor de votos, es decir, L. H. . Esta modificación es reveladora del dominio y control ejercido por el acusado sobre los bienes patrimoniales de la sociedad conyugal. De esa circunstancia y de la existencia de violencias psicológicas/emocionales referidas, sustentadas en diversas pruebas incorporadas a la audiencia, emanan indicadores e indicios suficientes demostrables del móvil que determinó al encausado H. a quitar del medio como fuera a su ex esposa, quien después de ser atendida por profesionales del derecho y de la psicología estaba decidida a entablar acciones judiciales en su contra para recuperar el control y las utilidades del 50 % de Las Lomas S.A. Por ello, carece de sustento el agravio casatorio basado en una supuesta ausencia de móvil, lo que deriva en su rechazo en esta instancia. C

onforme lo expresado, entendemos que también debe desestimarse el agravio relacionado con la falta de explicación de normas civiles relativas a la demanda de divorcio.

Ello, en razón que no inciden en la agravante del delito de femicidio imputado al acusado, puesto que la cuestión a dilucidar en la presente causa no ha sido el proceso judicial para iniciar una demanda de divorcio entre H. y N.C., sino el delito penal de femicidio y homicidio agravado en un contexto de género y de pareja –unida en matrimonio y separada desde el año 2015–.

Tampoco consideramos procedente el cuestionamiento de la defensa según el cual existiría una indebida variación en la acusación, la que, a su criterio, habría afectado el derecho de defensa del acusado. Al respecto, no observamos ninguna variación en la acusación formulada contra L. H., puesto que, tanto en los alegatos iniciales como en los finales, el reproche que se le formuló al acusado se refirió a las cuestiones económicas que operaron como móvil y que se relacionan con la violencia económica –en el marco de la violencia de género– que resultó acreditada conforma la prueba antes detallada. Si esas cuestiones se vinculan con la finalidad de no perder o incrementar el patrimonio del acusado, o bien son

indicadores del sometimiento propio de la violencia económica ya referida, son circunstancias que fueron dilucidándose a lo largo del debate en virtud del pleno ejercicio del principio contradictorio que llevaron adelante todas las partes.

En otras palabras, cualquiera haya sido el significado o finalidad de las pretensiones económicas que tuvo en miras el acusado, de acuerdo a la hipótesis acusatoria, su defensa técnica tuvo oportunidad de resistirla, y efectivamente lo hizo, produciendo la prueba conducente y formulando todas las incidencias que entendió pertinentes, por lo que no se advierte ninguna vulneración al derecho de defensa de L. H. Cabe agregar que en los alegatos de clausura el representante del Ministerio Público Fiscal se refirió a violencias económicas en contexto de género y a la relación desigual de poder entre H. y su esposa N.C. En ese orden, expresó que «N.C. quiso romper este techo de cristal de opresión patriarcal impuesto por H. no solo en su matrimonio, que fue lo que termina desencadenando lo que manda hacer H. , asesinarla, sino también en la empresa, esto es lo que N.C. trató de romper y en particular con el Sr. H., un ciclo de violencia absoluto de violencia de género, de violencia psicológica, de violencia económica» (ver registro audiovisual de fecha 13 de mayo de 2021, desde hora 1:09:53 a hora 1:10:25), circunstancias que resultan adecuadas a la calificación legal atribuida al acusado desde el inicio de la investigación y que fueron plenamente rebatidas por la defensa del acusado al momento de explayarse en sus conclusiones finales. En virtud de ello, estimamos que corresponde rechazar también el agravio referido a una supuesta variación en los extremos de la acusación.

5.1.6.- Inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua

Por último, en cuanto al planteo de inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua realizada por la defensa, ha sido resuelto por la Suprema Corte de Justicia en el plenario tramitado en autos nº CUIJ 13-05365349-3/1 caratulado «Incidente en autos F.c/Ibañez Benavidez Yamila M. y O. R. M. E. p/homicidios calificados (159312) p/plenario», al cual corresponde su remisión. De acuerdo al plenario mencionado, debe desestimarse el planteo defensivo. En consecuencia con lo expuesto, corresponde rechazar el recurso de casación y el planteo de inconstitucionalidad deducidos por la defensa técnica de L. H. .

5.2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa de J. C. G. O.

Conforme los agravios expuestos en el punto 2.2, los cuestionamientos recursivos consisten en que: 1) el veredicto de culpabilidad pronunciado contra J. C. G. es arbitrario por haberse apartado de la prueba producida en el debate; 2) no se ha demostrado la voluntad de J. C. G. de adquirir el automóvil Fiat 600 como acto previo y preparatorio de la muerte de N.C; 3) no se ha tenido en cuenta que la testigo D. C., de acuerdo a su declaración, no vio a J. C. G. en el lugar del hecho; y 4) la invitación a participar de un robo fue hecho a H. T., según su declaración, fue hecha por K. G. y no por J. C. G..

5.2.1.- Arbitrariedad del veredicto

Como se expondrá seguidamente al analizar el resto de los agravios casatorios, consideramos que el veredicto de culpabilidad emitido contra J. C. G. no deviene arbitrario porque no se advierte ninguna vulneración a los principios de la lógica, de presunción de inocencia, ni de duda razonable. Ello, toda vez que la decisión impugnada se sustentó en la valoración de pruebas legalmente incorporadas a la audiencia y ponderadas dentro de las facultades otorgadas al jurado por la ley 9.106.

5.2.2.- La adquisición del vehículo Fiat 600 y su utilización en el hecho.

Según la teoría del caso presentada por la defensa –en coincidencia con la declaración de J. C. G.–, la compra del vehículo Fiat 600 color blanco el día 1 de marzo de 2018, que efectuó junto a su pareja S. H., tuvo como finalidad el traslado de sus nietos al colegio y el día 4 de marzo de 2018 en horas de la

tarde/noche se comunicó con su empleador, L. H. , para comunicarle que el día 5 de marzo de 2018 llegaría tarde al trabajo porque debía acompañar a sus nietos al colegio. La defensa alega que desde un razonamiento lógico, si el fin de la compra del vehículo hubiera sido criminal, J. C. G. no habría documentado por escrito la compra venta del mismo. Sin embargo, esta hipótesis no encuentra sustento en el cuadro probatorio incorporado al debate. En efecto, tal como se analizó en el tratamiento del recurso de L. H., la reproducción de las conversaciones que surgen de los audios entre K. G. y M. B. y entre ésta y A. –interpretadas en forma integrada con las pruebas que a continuación mencionaré– acreditan los extremos de la imputación que pesa sobre J. C. G. en la organización del femicidio de N.C. por pedido de su empleador, el acusado H. Veamos.

Por una parte, la circunstancia de no ocultar a la vista de terceros la compra del Fiat 600, Dominio ... de color blanco, en fecha 1 de marzo de 2018 a través de su pareja S. H., no descarta su utilización a partir de las 23.30 hs. del día 4 de marzo de 2018 y primera media hora del día 5 de marzo de 2018, para el traslado de sus hijos a la vivienda de N.C. y posterior femicidio, encomendado por su empleador por precio o promesa remuneratoria. Aunado a ello, desvirtúa la argumentación de la defensa que habría sido comprado para llevar a los nietos del acusado al colegio, la circunstancia de haber sido intencionalmente incinerado aproximadamente a un kilómetro del domicilio del encausado J. C. G., a pocas horas de haber sido asesinada N.C. (ver, al respecto, el acuerdo probatorio de las partes que obra en la instrucciones finales, punto C.1.1, 2 y 3). En efecto, una prueba indiciaria cargosa de la utilización del referido automóvil en el femicidio cometido contra N.C. surgió de las constancias de los desgrabados de las cámaras de seguridad ubicadas en las inmediaciones del domicilio de los acusados G. y del domicilio de N.C. (ver registro audiovisual de fecha 3 de mayo de 2021, a partir de hora 2:19:01). Al respecto, el testigo E. A. R., Auxiliar Mayor de Policía de Investigaciones, Sección Delitos Tecnológicos, manifestó en la audiencia que analizó las cámaras de seguridad ubicadas en el Galpón Empaque «Frutas Argentinas» ubicado en calle Francisco Delgado, calles Alem y Dalmau, en «La Unión Vecinal» y en un domicilio particular en calle Yaretás, para observar si habían indicios anteriores o posteriores al crimen, personas por la zona, y manifestó que vio un auto Fiat 600 blanco. A continuación se exhibieron imágenes y videos. El primer video correspondió a la cámara de seguridad n° 1 ubicada en el Galpón Frutas Argentinas, de fecha 4 de marzo de 2018 a la hora 23:41:23, en la que se desplazó un Fiat 600 blanco en dirección de norte a sur por calle Francisco Delgado hacia calle Pellegrini de Tunuyán. Señaló que en el informe presentado realizó una corrección en el horario del informe, y corresponde el horario de 23:47 hs, porque estaba desfasado el horario en la cámara de seguridad. En el segundo video exhibido, se observó en la cámara de seguridad n° 1, en fecha 5 de marzo de 2018 a la hora 00:20:36, un Fiat 600 de color blanco que circulaba por calle Alem, a 50 metros de calle República de Siria. El tercer video mostró la cámara de seguridad n° 2 ubicada en calle Yaretás, a 200 metros hacia el norte del lugar del hecho, el día 5 de marzo de 2018 a la hora 00:13:07, y aclaró que realizó otra corrección del horario de la cámara por desfasaje horario. El cuarto video ubicó la cámara de seguridad n° 1, en fecha 5 de marzo de 2018 a la hora 00:21:40, en el Salón de Frutas Argentinas, calle Francisco Delgado en dirección de sur a norte, y también admitió que esa cámara tuvo desfasaje de horario (ver registro audiovisual citado, a partir de la hora 2:21:08). Otras pruebas de peso relativas a la intervención de J. C. G. O. en la organización del crimen de N.C. fueron las llamadas telefónicas realizadas durante los días 3, 4 y 5 de marzo de 2018, que fueran analizadas por el Jefe de la División Escuchas Telefónicas y Secuestro Antiextorsivos de la Policía de Mendoza, C. G.. El testigo, en audiencia de debate, hizo referencia al análisis contenido en el informe de comunicaciones telefónicas – que presentó oportunamente a la Fiscalía– conforme la información aportada por la UDAPIF y la

DAJUDECO, a fin de establecer vinculaciones de interés de las llamadas telefónicas realizadas los días 3 y 4 de marzo de 2018 entre J. C. G. (línea 4227) y A. G. (línea 194), K. G. e H. (línea 7796), (registro audiovisual de fecha 4 de mayo de 2021, a partir minuto 29:50). En la audiencia se exhibió el informe del análisis de los números de las líneas, fechas, horas y personas con las que se comunicó J. C. G. (línea terminada en 4227), y de las antenas que captaron esas comunicaciones (minuto 35:56). Destacó el testigo C. G. las llamadas que realizó J. C. G. entre los días 3 y 5 de marzo de 2018 con A. G. (línea 194), el 4 de marzo de 2018 a las 17:09 hs.; 20:57 hs. y 23:36 hs; con H. (línea 7796), el día 3 de marzo de 2018 a las 11:39 hs y el 4 de marzo de 2018 a las 18:21 hs; con H. E T. (línea 157) el día 4 de marzo de 2018 a las 20:20 hs; con E. C. (línea 838) el día 5 de marzo de 2018 a las 4:11 hs; y del sistema de monitoreo de penitenciaría (línea 529), el 5 de marzo de 2018 a las 00:05 hs. (tomada por la antena ME043) y de la línea que termina en 650 –con característica 11 o 011– del día 5 de marzo de 2018 a las 5:22 hs. (tomada por la antena ME282). El testigo explicó, basándose en un gráfico presentado como prueba sobre la ubicación de antenas –que para ese entonces se dividían en tres caras o sectores A, B y C–, que el llamado de las 23:36 hs del día 04/03/2018 la tomó la antena ME282 (cara C) en el domicilio de J. C. G.; y que la comunicación del sistema de monitoreo de la penitenciaría del día 05/03/2018 a las 00:05 hs la tomó la antena ME043 (cara B) en el domicilio de la víctima N.C. (ver registro audiovisual citado, a partir del minuto 36). De modo entonces, que los elementos anteriormente aludidos constituyen prueba indiciaria cargosa de la intervención de J. C. G. en la organización del crimen de N.C., y dejan sin sustento la teoría del caso de la defensa que argumenta que el acusado se habría comunicado el día 4 de marzo de 2018 para avisarle a H. que llevaría a sus nietos al colegio al día siguiente. Pues, según lo expuesto en el párrafo anterior, J. C. G. se comunicó por teléfono con H. (línea 7796) el día 3 de marzo de 2018 a las 11:39 hs y el día 4 de marzo de 2018 a las 18:21 hs.; y el testigo H. A. C., conforme su declaración, vio a H. el día 4 de marzo de 2021 en horas de la tarde en una camioneta blanca en las cercanías del domicilio de J. C. G., en cuyo interior también vio a K. G. y otras dos personas en el Fiat 600 (ver registro audiovisual de fecha 29 de abril de 2021, a partir del minuto 03:40). A ello cabe agregar las llamadas que J. C. G. realizó en horas de la tarde del día 4 de marzo de 2018 a su hijo A. y a E. T., amigo de su hijo K.. Corresponde destacar también, que en la audiencia se reprodujo una comunicación por audio de fecha 31 de mayo de 2018 a las 10:30 hs. entre M. B. y J. C. G.. En esa conversación, M. le dijo: «Hola J. C., mire, me llamaron del penal ahora porque K. ha estado contando lo que ha pasado y hay un chico que lo ha grabado, y ha contado todo con lujo y detalle, me hizo escuchar la grabación, todo, el pibe, me dijo que quería negociar con Ud. porque se lo va a vender el audio a una familia Galicia, no me acuerdo como me dijo, y que quería hablar con Ud. me dijo, o sea, que quería ver si Ud. quería negociar o no se algo así, yo no entiendo nada, [...] el K. ya se fue de ahí, el chico me dijo que el K. le dijo al pibe que lo iba a llamar a Ud. y él le iba a contar». Ante ello, G. respondió: «No entiendo nada, ¿y el K. dónde se fue ahora?». M., por su lado, expresó «No se dónde está porque esta mañana se fue de ahí, él contó todo y el chico lo grabó, y en esa grabación lo menciona a Ud., al H. y al K., porque él K. ha estado contando todo pues». G., a su vez, contestó a M.: «Y al choto este ¿no le dijeron que se calle la boca?». M. respondió: «sí, le decimos, pero ve cómo es, el chico dijo que había estado contando a otra gente y entonces él agarró le dijo que no contara más [...] y le dijo vení y contame todo a mí [...] y me hizo escuchar la primera parte del audio». Frente a ello, G. le respondió: «Si te llama el K. decile, puta, yo voy a ir ahí y lo voy a cagar a piñas al pendejo, al choto ese [...] si te siguen llamando del penal, bueno, no contestés vos, [...] gracias por avisar» (registro audiovisual de fecha 4 de mayo de 2021, a partir de hora 1:12:50 a hora 1:15:33). Asimismo, en cuanto a la compra del vehículo Fiat 600 blanco por su pareja S. H., la testigo L. A. H. B. –hermana de S. H.–, declaró en la audiencia que vivía en la casa

contigua separada por una medianera, y que K. G. estaba con pulsera magnética y vivía con su padre y su hermana. Manifestó que el día 4 de marzo de 2018, aproximadamente a las 23.30 hs., escuchó a gente que hablaba en el fondo de la casa de J. C. G. y un auto que arrancaba y se paraba hasta que arrancó. También manifestó que no sabía que su hermana hubiera comprado un auto, ya que en muchas ocasiones tenía que esperar que juntara el dinero para que pudieran pagar a medias la boleta de la luz (ver registro audiovisual de fecha 30 de marzo de 2021, desde minuto 45:12 a 45:15). Expuso que su hija Luana -que vivía con ella- le comentó que a las 12.30 hs. del día 5 de marzo de 2018 se paró en la puerta de la casa un auto con luces muy fuertes, tocó bocina y se bajó corriendo un hombre joven hacia la casa de J. C. G., y que unos dos o tres días antes vio un auto Fiat 600 de color blanco (ver a partir del minuto 54:50). Señaló además que en el último tiempo sabía que J. C. G. solo trabajaba para H. y que en algunos trabajos también participaban sus hijos A. y K. (desde minuto 45:12 a 45:45). En virtud de lo expuesto, resulta claro que el agravio que pretende descartar la intervención de J. C. G., en función de la supuesta finalidad lícita de la compra del automóvil Fiat 600, debe ser desestimado en esta instancia. 5.2.3.- La declaración de D. C. y la ausencia de presencia de J. C. G. en el lugar del hecho. También corresponde desestimar el agravio relativo a la falta de presencia de J. C. G. en el lugar del hecho, conforme lo declarado por la testigo D. C.. Al respecto, cabe señalar que los integrantes del jurado emitieron veredicto de culpabilidad con relación a J. C. G. en calidad de partícipe primario en el delito de homicidio agravado por precio o promesa remuneratoria, y de acuerdo con la teoría del caso de la acusación, respecto de un modo de intervención delictiva que no requiere la presencia del agente en el lugar del hecho, por lo que, en función de la solidez de los elementos de cargo obrantes en la causa, el agravio defensivo no resulta pertinente a los efectos pretendidos por el recurrente ni dirimente para la resolución del caso. En función de ello, se impone el rechazo del cuestionamiento sin mayores consideraciones. 5.2.4.- La declaración de H. T. Tampoco puede prosperar el agravio que pretende desvincular de los hechos investigados a J. C. G., basándose en la declaración del testigo aludido. Ello, considerando que, por un lado, la llamada realizada por J. C. G. a T. el día 4 de marzo de 2018, a las 20:20 hs., se acreditó con el informe de fs. 3989/95 y la declaración del Jefe de la División Escuchas Telefónicas y Secuestro Antiextorsivos de la Policía de Mendoza, C. G. Por otro lado, del audio de fecha 13 de mayo de 2018 relativo a una conversación entre M. B. y C. A. -incorporado a la audiencia-, surge que que K. G. le contó a C. A. que H. le pidió a su padre -J. C. G.- «[...] si había algún chabón que le diera el aguante para hacer ese trabajo y yo tenía un amigo mío que también tenía la pulsera, dice, lo llamé para decirle y él dijo no, no yo ni ahí [...] le dijo yo no quiero cargar con esa vieja le dijo, viste» (ver registro audiovisual citado, desde hora 1:04:40 a hora 1:09:35).

Asimismo, el testigo H. J. T. M. declaró en la audiencia -a preguntas formuladas por la defensa de J. C. G.- que sabía que J. C. G. era el padre de K. G. porque tenía comunicación con él en ese tiempo, pero aclaró que nunca habló con J. C. G. Agregó que tenía causas judiciales en trámite y antes tuvo causas judiciales, una en la que estuvo vinculado con K. G. por un delito de robo (ver registro audiovisual de fecha 11 de mayo de 2021, a partir del minuto 57:06 hasta 59:04). A preguntas de la Fiscalía referidas a conversaciones con K. G. sobre el crimen de N.C., respondió que tuvo como dos comunicaciones con él, pero que con exactitud no sabía decir en qué fecha le ofreció hacer un robo, aunque el testigo le dijo que no porque tenía una causa pendiente y ya no quería estar implicado en cosas así.

En ese orden, también refirió que pudo haberle contestado a K. G. que «yo soy chorro pero no asesino» porque él tenía ese vocabulario en este tiempo (ver desde hora 1:00:20 hasta 1:02:15). Posteriormente, se reprodujo el audio de fecha 22 de abril de 2018 -hora 19:30 hs- correspondiente a una conversación

entre K. G., T. y M. B., y al respecto T. respondió que el día 22 de abril es su cumpleaños, que reconoció su voz y la de K. G. y que éste era su amigo y lo llamó para su cumpleaños.

A preguntas de la querrela respondió que, cuando K. G. lo llamó para intervenir en un robo fue antes de su cumpleaños, dos días antes de ser detenido por esta causa y que K. G. era tartamudo (desde hora 1:03:14 hasta 1:13:44). Ahora bien, del análisis integral de las circunstancias antes reseñadas surge que, efectivamente, el testigo T. expresó que J. C. G. no fue quien le ofreció participar en el hecho investigado, sino que quien lo hizo fue su amigo K. G.. Sin embargo, ello de ningún modo conduce a sostener que J. C. G. no tuviera intervención en los acontecimientos que se le endilgan, del modo descrito en la acusación. Por el contrario, de la prueba antes referida surge claramente que J. C. G. llamó a T. el día 4 de marzo de 2018, a las 20:20 hs. (de acuerdo al informe agregado a fs. 3989/95 y lo declarado por C. G.) y, ante su negativa a intervenir en el crimen de N.C., se lo encomendó a sus hijos K. y A. G.. Ello, con basamento en un análisis integral de las pruebas producidas en el debate, a fin de establecer la posibilidad del veredicto del jurado, lo que conduce a considerar adecuada la decisión impugnada y, por ello, al rechazo de este punto de agravio. En definitiva, las probanzas referidas, valoradas en forma integrada y en la secuencia cronológica presentada según la teoría del caso presentada por la fiscalía, demuestran la intervención de J. C. G. en el delito que se le atribuye y la utilización del mencionado vehículo por sus hijos K. y A. en los delitos de homicidio agravado y robo agravado de N.C. De modo entonces, que las testimoniales a las que hace referencia la defensa, si bien aluden a que el vehículo Fiat 600 mencionado no estuvo oculto a la vista de transeúntes y a que T. no habría hablado con J. C. G., no desvirtúan la relevancia de las pruebas cargosas antes citadas ni le restan efectividad. Por el contrario, refuerzan la utilización del vehículo Fiat 600 de J. C. G. y su intervención como partícipe primario en el delito de homicidio calificado por ser cometido por precio o promesa remuneratoria. En base a lo expresado, nos pronunciamos también por la desestimación del recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de J. C. G..

5.3.- El recurso de casación interpuesto por la defensa de K. J. G. D.

Por su lado, la defensa de K. G. centra sus agravios casatorios en lo que considera:

- 1) deficiencias en las instrucciones finales brindadas por parte del juez técnico –respecto a la imposibilidad de falta de unanimidad en la deliberación, el concepto jurídico de participación, omisión de explicación sobre el exceso del autor, el alcance de agravantes del art. 80 del CP y la parcialidad en la explicación sobre delitos menores–; y,
- 2) violación del art. 4 de la ley 9.106 por exclusión arbitraria de personas mayores de 60 años del sorteo de jurados.

5.3.1.- Instrucciones finales

Como se expuso al resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado H., las instrucciones finales proporcionadas al jurado popular por el juez técnico se sustentaron en explicaciones claras sobre autoría y participación criminal, de acuerdo a lo establecido en los artículos 45 a 47 del CP (ver punto 4.1.1).

Asimismo, en las instrucciones finales también se le explicó al jurado popular sobre los requisitos del veredicto, la presunción de inocencia y duda razonable en las deliberaciones y valoraciones de las pruebas (ver puntos A y B).

E incluso, se le indicó al jurado popular la posibilidad de efectuar preguntas escritas en caso de necesitar mayores explicaciones durante las deliberaciones y los pasos a seguir en caso de arribar o no a un veredicto unánime (punto A, instrucciones futuras).

Ahora bien, la intervención del acusado K. G. como coautor del delito de femicidio y homicidio agravado por precio o promesa remuneratoria de N.C. ha resultado plenamente probado en el presente proceso. En efecto, resultó acreditada mediante el informe del Laboratorio de Genética del C.M.F. de fecha 16 de marzo de 2018, incorporado a la audiencia, que arrojó resultado positivo en cuanto a la compatibilidad entre los restos subungueales que fueron extraídos del examen efectuado al acusado con el perfil genético de N.C. Así pues, el Director del Laboratorio de ADN –quien elaboró la pericia genética con la intervención de perito de control contenida en el informe citado– explicó al jurado que en los hisopados subungueales (debajo de las uñas) de K. G. se encontró mezcla de dos ADN, uno de la víctima N.C. y el otro compatible con K. G. según legajo 013 C.N (registro audiovisual de fecha 5 de mayo de 2021, a partir del minuto 12:48). Además, el testigo M. A. M., que presta funciones en la Policía de Mendoza, manifestó que recibió información del CEO que se había violado una perimetral, y se comprobó que correspondía a la pulsera de K. G. con domicilio en calles Francisco Delgado y Melchor Villanueva de Tunuyán, en la brecha horaria comprendida entre las 23:45 hs. del día 4 de marzo de 2018 y las 00:28 hs., del día 5 de marzo de 2018. Agregó que llamaron a K. G. pero no respondió al teléfono de la pulsera, sino después cuando lo llamaron a un teléfono alternativo y dijo que no había podido responder porque estaba en una fiesta al fondo de su casa; sin embargo, cuando fue interrogado posteriormente por un efectivo policial manifestó que había estado haciendo pesas al fondo de su casa (registro audiovisual de fecha 4 de mayo de 2021, desde minuto 10:48 a 13:02).

En concordancia con el testigo M. declaró en la audiencia P. P. E., quien trabaja en el Centro de Monitoreo Electrónico ubicado en el Ministerio de Seguridad y controla las tobilleras de personas privadas de libertad en salidas transitorias y en prisión domiciliaria.

Declaró que, en la fecha del hecho, su función consistía en controlar la tobillera de K. G., en la que se registró una transgresión del perímetro de su domicilio, por lo que se activó el protocolo correspondiente, se realizaron las comunicaciones pertinentes al equipo de monitoreo (teléfono de una unidad residencial ligado a la tobillera que permanece en el domicilio) y a los teléfonos de referencia del imputado (teléfono celular) y se dio aviso al 911, (registro audiovisual de fecha 4 de mayo de 2021, desde hora 01:59:00 a hora 2:00:04).

Manifestó que elevó informe como salida no autorizada durante el lapso de tiempo comprendido entre las 23:46 hs. del 4 de marzo de 2018 y las 00.28 hs. del día 5 de marzo 2018, que es el tiempo de duración de la transgresión (ver desde hora 2:00.55 a hora 2:01:40).

Explicó que se comunicó al teléfono del monitoreo y no fue respondido, por lo que realizó una llamada al teléfono de referencia, pidió que la persona se identificara y lo hizo como K. G., le informó que no se registraba el equipo y K. G. le dijo que estaba en el fondo del domicilio, le pidió que se acercara para registrar el equipo pero no se normalizó, motivo por el cual dio aviso al 911 para verificar la situación en el domicilio (desde hora 2.03:07 a 2:05:17).

Asimismo, durante la audiencia se exhibió el reporte de penitenciaría, en el que consta que el número de teléfono del equipo de monitoreo instalado en el domicilio de K. G. es ... y el celular de referencia es el número ... (ver desde hora 2:10.30 a hora 2:12:20).

Estas probanzas se corroboran, a su vez, con los registros del centro de monitoreo residencial «E4», que demuestran que se activó la alarma de la tobillera de K. G., comprobándose que salió del área de su domicilio y de aquellas por las que puede deambular libremente el día 4 de marzo de 2018 a las 23:46 hs (salida no autorizada); y que regresó a su domicilio a las 00:28 hs. El acusado se encontraba cumpliendo prisión preventiva en la modalidad prisión domiciliaria en calle Francisco Delgado y Melchor Villanueva de

Tunuyán, a disposición del Primer Juzgado de Garantías de Tunuyán, según lo ordenado en fecha 6 de noviembre de 2017 en autos P-61235/3, 61182/1 y 61247/1, fs. 3355/79 y fs. 3436/38, motivo por el cual recibió de dicho centro a las 00:05 hs. un llamado del centro de monitoreo que fue respondido desde la vivienda de N.C. (captado por la antena ME043 próxima al domicilio de la víctima).

Aunado a ello, la testigo S. D. C. manifestó en la audiencia que fue desplazada al lugar del hecho por el CEO, que al llegar a las calles Irigoyen y República de Siria escuchó que alguien efectuaba un silbido, disminuyó la velocidad y observó hacia los laterales y vio un sujeto que salía corriendo de la vivienda y a otro sujeto que vestía un buzo blanco con motivos en negro, quienes salieron corriendo hacia calle Almirante Brown al sur. Expuso que, una vez que llegó a calle Dalmau, vio el vehículo Fiat 600 de color blanco al que subieron los dos sujetos. Explicó que vio que en el Fiat 600 había otro sujeto y que en la parte del acompañante se subió K. G. y en la parte del conductor se subió A. G..

Agregó que se fugaron por calle Dalmau hacia el oeste, doblaron por calle Alem al sur y luego por calle Marinelli al oeste, y que perdió la vista al vehículo al llegar a calle Irigoyen hacia el sur (ver registro audiovisual de fecha 3 de mayo de 2021, desde minuto 33:20 a 36:38).

También manifestó que K. G. salió corriendo de la casa de N.C. del patio ubicado al lado del portón y que A. G. ya corría hacia calle Almirante Brown, y se subieron a un Fiat 600 de color blanco en muy buen estado de chapería y pintura, que poseía caño de escape de cola (desde minuto 40:30 a 41:08). La testigo aclaró que a K. G. lo conocía anteriormente por otros hechos en los que había intervenido y había sido identificado, y a A. G. porque dos días después del hecho –el día miércoles–, al ingresar a la Alcaldía con una persona aprehendida por 6722, A. la miró, se sonrió y le preguntó «oficial, cuándo me voy para arriba». En esa ocasión, ella le preguntó su nombre porque no lo sabía y lo reconoció como el sujeto que subió en el lugar del conductor al Fiat 600 en las primeras horas del día 5 de marzo de 2018 (desde minuto 40:30 a 43:07).

Destacó C. que colaboró en la confección de los identikits y, al exhibírselos en la audiencia, manifestó que el primero se correspondía con A., a quien describió el día del hecho con el pelo con abundantes rulos, nariz y rostro redondo, que vestía un buzo de color gris; y a K. con un buzo blanco con detalles en negro. Luego se exhibió el otro identikit y respondió que era el de K. G., y afirmó que iban a cara descubierta (desde minuto 45:05 a 46:02).

A continuación se exhibieron los audios del CEO que ordenaron el desplazamiento de la agente C., móvil 2681, el día 5 de marzo de 2018, desde las 00:15 hasta las 00:59 hs. Después, la testigo también expresó que K. salió del domicilio de N.C. «con una mochila pequeña que no se vio bultosa, como que no tiene nada la mochila», la que llevaba colocada en la espalda y corría con las manos adelante cruzadas en la parte abdominal de su cuerpo (desde minuto 46:40 a 54:06).

A las pruebas cargosas mencionadas, cabe agregar la declaración del testigo F. M. S., quien realizó la pericia criminalística el día del hecho. En ese orden, S. manifestó que ingresó a la vivienda de la víctima por un portón que estaba abierto y encontró rota la puerta de la cocina ubicada en el interior, y aclaró que no halló daños en la parte externa de la vivienda y que abrieron la puerta con una «patada» por las evidencias halladas en la puerta referida (registro audiovisual de fecha 4 de mayo de 2021, a partir minuto 59:25 a hora 1:00:09).

El testigo señaló que vio tres cuchillos sobre la mesada con manchas hemáticas, uno era un cuchillo que se usa mucho para filetear jamones, y dos cuchillos de cocina uno de los cuales estaba doblado (desde hora 1:01:39 a hora 1:01:57). Explicó que examinó el cuerpo de N.C. después que le constataron el deceso y observó signos de defensa en los brazos, antebrazos, rostro, que se trataba de una mujer atacada con

elemento de filo, por los cuchillos que describió, y los cortes que presentaba en el cuerpo y en la vestimenta (desde hora 1:02:38 a 1:03:12). Además, indicó que había una computadora encendida (se reprodujo una fotografía en hora 1:24:45 en la que se observó una notebook encendida sobre la mesa de la cocina), una cartera que tenía dinero, cheques, dólares, elementos que fueron detallados en el acta y entregados al oficial de servicio de la Comisaría 15 (registros audiovisuales, desde hora 1:04:08 a 1:04:30). Se procedió en la audiencia a la exhibición del acta en la que constaban dos bolsos, uno en la cocina y otro en el comedor. En el primer bolso habían treinta seis mil ochocientos diecinueve pesos (\$ 36.819), mil ochocientos dólares estadounidenses (1.800), un cheque por el valor de mil ochocientos pesos (\$1.800), otro cheque por seis mil quinientos pesos (\$ 6.500), certificados de depósito de plazo fijo por ciento tres mil ciento noventa y siete pesos con cuarenta y tres centavos (\$ 103.197,43) y ciento un mil seiscientos sesenta y cinco pesos con setenta y cinco centavos (\$ 101.665, 75).

En el segundo bolso había un cheque por siete mil trescientos pesos (\$7.300), un certificado de depósito de plazo fijo por ciento un mil cuatrocientos dos pesos con setenta y cuatro centavos (\$ 101.402,74), un celular marca Iphone color rosado con cargador y diecisiete mil trescientos diecisiete pesos (\$ 17.317), (ver desde hora 1:05:11 a 1:08:40).

Posteriormente, se exhibieron en la audiencia fotografías del lugar del hecho, vista frontal al portón de ingreso, del interior del garaje, de la despensa y de la puerta interior de la cocina dañada y del interior de la cocina.

En la fotografía del interior de la cocina se observa una tijera en el piso, un bolso y una computadora sobre la mesa, el cuerpo de N.C. en posición cúbito dorsal al lado de la heladera, manchas hemáticas, lentes en el piso, tres cuchillos –identificados con los números 7, 8 y 10– sobre la mesada de la cocina –uno doblado con el número 10–. Al referirse a las fotografías del living comedor, el testigo destacó que hay signos de lucha, goteo hemático, una mesa ratona dada vuelta, un calzado (ver desde hora 1:08:55 a hora 1:17:57). También se exhibió una planimetría del lugar y el testigo declaró al respecto que solo encontró desorden en la cocina y en el living comedor, donde se produjo la lucha y el crimen, y que inspeccionó el resto de la vivienda y no encontró desorden en las habitaciones ni nada de interés criminalístico (ver desde hora 1:19:03 a hora 1:20:16).

Además, en la audiencia, por acuerdo de partes y ante la imposibilidad de la comparecencia a la audiencia del testigo M. E. V. P., –vecino de la vivienda de N.C.,– se dio lectura por secretaría del tribunal de la declaración que prestó en la fase de la investigación, en fecha 5 de marzo de 2018 siendo las 5:15 hs. El testigo mencionado residía en la calle ... de Tunuyán, y manifestó que aproximadamente a la cero hora del día 5 de marzo de 2018, mientras se encontraba en el fondo de su casa, haciendo el fuego para comer un asado con una pareja amiga, escuchó desde la casa de su vecina golpes fuertes en una puerta y seguidamente una voz de mujer que gritó «auxilio» por lo que llamó con su celular al 911 a las 00.11 minutos.

Agregó que salió afuera de su casa y cerca de la casa de N.C. escuchó más ruidos que provenían del interior de la casa de ella, y escuchó una voz masculina que provenía del interior de la casa que le decía a su vecina «dejá de hacer ruido porque te mato».

Agregó que ingresó a su domicilio por temor y porque se había quedado sin carga su celular, y esperó hasta que llegó la policía al lugar (desde minuto 07:55 a 13:28).

En coincidencia, declaró el testigo H. O. V., vecino del domicilio de N.C., quien refirió que el día 5 de marzo de 2018, sintió ruidos en la casa de su vecina N. y alertado por su hija hizo tres llamados a emergencias, el primero a las 00:11 hs., el segundo a las 00:14 hs. y el tercero a las 00:23 hs; que N. gritaba «auxilio» y

que vio la puerta de la cocina rota. Agregó que su hijo J. le dijo que vio pasar un Fiat 600 de color blanco la noche del crimen (ver registro audiovisual de fecha 29 de abril de 2021, a partir de la hora 2:39:56).

En el mismo sentido declaró la testigo I. V. P., quien refirió que la noche del crimen estaba de visita en la casa de su padre y su hijo le dijo que bajara el televisor para que escuchara los ruidos en la casa de la vecina N.C. Que, entonces, escuchó gritos de auxilio, salió corriendo por el portón, se encontró con su hermano que también salía y se acercaron a la casa de N.; que, al llegar a la casa, escuchó una voz masculina que le decía «si seguís gritando te mato».

Expresó que la voz masculina era fuerte y autoritaria, y el hermano le dijo que entrara a su casa porque no sabían si las personas estaban armadas y comenzaron a llamar a la policía y a los vecinos para que insistieran con la policía.

Agregó que vio un hombre en la esquina de la Municipalidad que vestía una camiseta de Argentina, diferente al chico que salió corriendo de la casa de N (ver registro audiovisual de fecha 29 de abril de 2021, a partir de hora 3:00:00).

Ahora bien, en cuanto a la intervención de K. G. en el crimen de N.C. y una vez señaladas las pruebas que fueron valoradas por el jurado popular, conforme las facultades previstas en la ley 9.106 y la jurisprudencia referida en el punto 4.1, corresponde realizar la revisión extraordinaria de las instrucciones finales proporcionadas por el juez técnico y cuestionadas por la defensa en los restantes agravios.

5.3.1.1.- Consideraciones sobre la aplicación del art. 34 de la ley 9.106

El **art. 34 de la ley 9.106** dispone que el juez técnico y las partes procurarán acordar todas las medidas necesarias para asistir al jurado, a fin de «**superar el estancamiento**» (primer párrafo). Asimismo, establece el procedimiento a seguir en caso de no lograrse un veredicto unánime, lo que derivaría en una declaración de estancamiento del juicio (segundo párrafo), y en la absolución del acusado en caso que el nuevo jurado se declarase también estancado (tercer párrafo).

Dentro de las medidas necesarias para la superación del estancamiento se menciona la reapertura de ciertos puntos de prueba, nuevos argumentos o alegatos de las partes o una nueva instrucción del juez; e, incluso, la posibilidad de que el juez pregunte a los integrantes del jurado si desean poner en su conocimiento, sin revelar detalles de las deliberaciones y a través de notas escritas, los puntos sobre los que no pueden realizar acuerdos.

En la presente causa –reiteramos– el juez técnico, luego de proporcionar las instrucciones y explicar la forma de interpretarlas al jurado, procedió a preguntarle a sus integrantes si tenían dudas, a invitarles a que realizaran preguntas y a solicitar las explicaciones adicionales que necesitaran, como también, a que durante el proceso deliberativo le enviaran por escrito preguntas acerca de las dudas que surgieran sobre las instrucciones brindadas para evacuarlas e incorporar explicaciones adicionales futuras, ante omisiones o errores en que pudiera haber incurrido (ver registro audiovisual de fecha 14 de mayo de 2021, a partir del minuto 06:00).

Además, según surge del registro audiovisual citado, luego de la **explicación brindada por el juez técnico en relación a los formularios entregados al jurado, les preguntó si necesitaban mayores explicaciones y los miembros del jurado respondieron en forma negativa** (ver a partir de hora 1:13:34).

Cabe destacar también, que el juez técnico, al explicar posibles enfoques del jurado **en el proceso deliberativo, hizo referencia al diálogo e intercambio de puntos de vista**, a la posibilidad de llegar a un acuerdo unánime sin perder de vista la decisión individual después de haber considerado la prueba y escuchado a los demás miembros del jurado, como también, a la responsabilidad de decidir si la fiscalía

pudo o no probar la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable, para así poder arribar a un veredicto justo (ver a partir del minuto 16:04).

Ello así, no se advierte que el juez técnico haya instruido al jurado mediante presiones como alega la defensa, porque a partir del minuto 20:25 del registro audiovisual antes citado, el magistrado dio las explicaciones necesarias tanto para la obtención de un veredicto unánime –sea no culpable o culpable– como del procedimiento a seguir en caso de que el jurado no pudiera alcanzar la unanimidad.

Todo ello dentro del marco normativo vigente y de todas las instrucciones impartidas. Véase, por ejemplo, en este punto, a partir del minuto 19:20 y desde hora 1:20:36 en cuanto al procedimiento para la realización de preguntas y explicaciones durante las deliberaciones.

En virtud de ello y considerando que la revisión de las instrucciones debe realizarse en forma integrada y de acuerdo a lo dispuesto por la ley 9106 (arts. 33 y 34 y conc.) y lineamientos jurisprudencias de esta Suprema Corte de Justicia mencionados en el punto 5.1.1., no se advierte ninguna falencia o arbitrariedad en las instrucciones brindadas al jurado popular. Por lo tanto, en nuestro entendimiento el presente agravio debe ser desestimado.

5.3.1.b.- Instrucciones sobre el concepto jurídico de participación

En este punto, a lo expuesto en la revisión del recurso del acusado H., resulta pertinente agregar que, al explicar el juez técnico el derecho aplicable a cada uno de los delitos contenidos en un único hecho en los que se investigó y juzgó a cuatro acusados, formuló explicaciones sobre los diversos roles que podrían haber asumido según la acusación, y al referirse a la participación criminal efectuó definiciones de autoría y participación.

Luego, el magistrado definió al **partícipe** como «aquella persona que hace un **aporte en un delito ajeno**», **diferenció el primario del secundario y aclaró que tanto el instigador como el partícipe primario estaban equiparados al autor en el CP (ver registro audiovisual citado, a partir del minuto 50:52).**

Entendemos que, si bien se podrían ampliar desde diversas teorías jurídicas las instrucciones proporcionadas por el juez técnico, las explicaciones se ajustaron a la normativa penal vigente (arts. 45 a 47 del CP) y fueron suficientes, teniendo en cuenta que el jurado popular no solicitó explicaciones adicionales durante el proceso deliberativo para la emisión del veredicto, una vez realizada la valoración de las pruebas producidas en la audiencia, en cuanto a la intervención de K. G. D. en el crimen de N.C., referidas en el punto anterior.

Cabe agregar que, en cuanto a **las instrucciones de conceptos jurídicos y legislación, un informe referido a los resultados de un proyecto de investigación** sobre el sistema de juicio por jurados de la provincia de Neuquén da cuenta que uno de los principales desafíos que enfrentan jueces y juezas durante los juicios por jurados es brindar explicaciones sobre conceptos jurídicos y leyes a personas legas, en razón que las piezas judiciales se construyen con tecnicismos orientados a una lectura académica que resulta muy crítica para la ciudadanía en general.

Así, un juez entrevistado expresó que «[...]el mayor desafío del juez es ser lo suficientemente **sintético** para que entiendan todos y ser lo suficientemente amplio para que dentro de esa síntesis tengan todas las herramientas que necesitan. Y ser lo suficientemente llano para que puedan entenderlo pero ser lo suficientemente técnico para que puedan utilizar esa información para resolver el caso» (**María Sidonie Porterie, Aldana Romano y Valerie P. Hans. El Jurado Neuquino: El comienzo del jurado clásico en la Argentina. Año 2021. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: INECIP. p. 43**), tal como ha acontecido en el caso bajo estudio, por lo que consideramos que este agravio también debe ser desestimado.

5.3.1.c.- Instrucciones sobre la figura jurídica exceso del autor

Por otro lado y conforme surge del registro audiovisual citado, entendemos que las explicaciones brindadas por el juez técnico sobre la figura penal de «exceso del autor», establecida en el artículo **47 del CP**, fue relacionada con los delitos menores que fueron incluidos y también explicados en las instrucciones, incluso con relación a la situación de cada acusado, para una mejor comprensión, por lo que no hubo omisión de instrucciones tampoco en este punto (ver a partir del minuto 51:49).

5.3.1.d.- Instrucciones sobre agravantes del homicidio previstas en el art. 80 del CP

Con respecto a la agravante prevista en el artículo 80, inc. 11 del del CP, conforme surge de la instrucción n° 6, punto 9 (ver registro audiovisual de fecha 14 de mayo de 2021, a partir del minuto 34:30), las partes acordaron dar por probado la existencia del matrimonio válido entre H. y N.C. conforme las leyes argentinas. Por otra parte, debido a la relación laboral entre H. y J. C. G. –acordada entre las partes según instrucción n° 6, punto 5 y registro audiovisual citado– y teniendo en cuenta que K. G. es el hijo de J. C. G. y concurrió en algunas ocasiones a realizar trabajos en la vivienda de N.C., donde fue asesinada, se infiere lógicamente que K. G. tenía conocimiento de la relación de pareja entre H. y N.C., y también del contexto de género en que estaba inmersa N.C. el día que ingresó a su domicilio para asesinarla.

Asimismo, se advierte que el juez técnico dio suficientes explicaciones al jurado respecto del contexto de violencia de género. En ese orden, centró su explicación en el concepto de «relación desigual de poder entre hombre y mujer», tanto en el ámbito privado como público, tendiente a obtener el sometimiento y obediencia de la mujer hacia el hombre, conforme se establece en el artículo 4 de la ley 26.485 y artículo 4 del Dec. Regl. 1011/2010 (ver registro audiovisual de fecha 14 de mayo de 2021, a partir del minuto 52:56), circunstancia que se verifica claramente en el caso bajo estudio. Tan es así que, como se ha referido al resolver el recurso de casación planteado por el acusado H., al no poder éste continuar con el control y obtener el sometimiento de N.C. a sus propuestas patrimoniales y haber tomado conocimiento que se había decidido a presentar el divorcio – con la ayuda de profesionales de la salud y del derecho–, encargó a su empleado de confianza que la asesinara como último recurso de sometimiento a su dominio masculino, más allá de los beneficios económicos y patrimoniales que ello le acarrearía.

En virtud de ello, por resultar suficientes y adecuadas las instrucciones brindadas por el juez en torno a la figura de femicidio y, aún más, por resultar adecuada su aplicación al caso sometido a juzgamiento, el agravio analizado también deber ser rechazado en esta instancia.

5.3.1.e.- Instrucciones sobre el delito previsto en el art. 80, inc. 3 del CP.

De igual modo, entendemos que corresponde rechazar el cuestionamiento a las explicaciones vertidas sobre la agravante por precio o promesa remuneratoria.

Ello, toda vez que en las instrucciones brindadas al jurado se aclaró que la existencia del acuerdo entre el autor o mandante y los autores y/o partícipes materiales no se presumía aunque se hubiera realizado en forma verbal, sino que debía probarse.

Así, el juez técnico no incurrió en contradicción ni le restó esencialidad a la promesa remuneratoria o precio, sino que explicó también, que se consumaba la agravante aunque efectivamente no se hubiera efectivizado el pago, siempre «que haya sido el motivo determinante para matar a la víctima» y que tanto autores materiales y/o partícipes hubieran obrado con conocimiento e intención criminal (ver registro audiovisual citado, a partir del minuto 54:09).

5.3.1.f.- Instrucciones sobre delitos menores

Con relación a este punto, se advierte que el juez técnico explicó a los integrantes del jurado que, si de la prueba rendida en la audiencia no surgía en ellos la convicción de la comisión del delito principal contenido en la acusación, podía considerarse la aplicación de figuras penales que constituyen delitos menores, tales como robo con homicidio y robo con efracción y/o escalamiento.

Y luego procedió a dar explicaciones respecto de la situación de cada uno de los acusados para una mejor comprensión de los delitos menores (ver registro audiovisual citado, a partir del minuto 55:46).

Ello así, no surge tampoco de estas instrucciones parcialidad en las explicaciones –como alega la defensa–. Y no puede dejar de señalarse que, con base en un análisis integrado de las instrucciones en general, el jurado tuvo la posibilidad de solicitar ampliación de las explicaciones, incluso durante el proceso deliberativo, y a pesar de ello no lo hizo, como se ha expuesto anteriormente. En función de ello, consideramos que este agravio tampoco puede prosperar.

5.3.2.- Composición del jurado popular

Ahora bien, en relación con la composición del jurado popular y la falta de inclusión de personas mayores de 60 años de edad, observamos que tampoco se evidencia ninguna arbitrariedad.

Ello, en tanto a través del procedimiento adoptado se respetó el sistema de sorteo aleatorio, la instancia de recusaciones y, en atención a la emergencia sanitaria por pandemia de Covid19, no se incorporaron personas adultas mayores de 60 años de edad, según lo establecido en el punto B del «Protocolo Sanitario “Covid 19” para el Desarrollo de los Juicios por Jurados en la provincia de Mendoza», contenido en el Anexo I de la Resolución Implementación n° 11- Ley 9106, de fecha 22 de setiembre de 2020, dictada por el Ministro Coordinador del Fuero Penal Colegiado de la Suprema Corte de Justicia.

En virtud de lo dispuesto en el referido protocolo, el artículo 4 de la ley n° 9.106 fue reglamentado en concordancia con el Decreto 260/2020 del Poder Ejecutivo Nacional en relación a personas en situaciones de riesgos, por lo que tampoco resulta una disposición administrativa arbitraria al fundarse en disposiciones generales nacionales en materia de pandemia por coronavirus.

Es por ello que este último cuestionamiento tampoco puede prosperar. En función de lo expuesto, consideramos que corresponde desestimar el recurso de casación planteado por la defensa de K. J. G. D..

5.4.- Conclusión

En definitiva, en razón de las consideraciones señaladas entendemos que corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión planteada y, en consecuencia, confirmar la sentencia recurrida. ASÍ VOTAMOS.

Voto Dr. Palermo.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DOCTOR OMAR. A. PALERMO, POR SU VOTO, DIJO: Puesto a resolver los recursos interpuestos por las defensas de L. H. , J. C. G. y K. G. considero, en razón de las consideraciones que a continuación paso a exponer, que las impugnaciones **no resultan procedentes**. Paso a fundamentarlo.

1. Los aspectos fundamentales de la sentencia impugnada

El jurado tuvo por acreditado el hecho contenido en la pieza de acusación, según el cual, el día 4 de marzo de 2018, en horas de la tarde, L. H. le encomendó a su empleado de confianza –J. C. G.– a cambio de una promesa remuneratoria, que matara a su esposa. Para cumplir con tal cometido, este último envió a sus hijos –K. y A. G.– a ejecutar el homicidio.

En función de ello, K. G. fue condenado como autor del delito de femicidio y homicidio calificado por precio o promesa remuneratoria en concurso ideal, en tanto que A. G. fue condenado como partícipe secundario en el delito de robo seguido de muerte.

Por su parte, el padre de los ejecutores materiales del hecho, J. C. G., fue condenado como partícipe primario en el delito de homicidio cometido por precio o promesa remuneratoria. Finalmente, L. H. fue condenado como instigador de los delitos de femicidio, homicidio calificado por el vínculo y homicidio cometido por precio o promesa remuneratoria, todos en concurso ideal.

De los cuatro condenados en la presente causa, solo tres de ellos han interpuesto recurso de casación: L. H. ; J. C. G. y K. G.. La condena de A. G., por su parte, no se recurrió, por lo que se encuentra firme.

De manera preliminar, corresponde señalar los aspectos que comparto con el voto de la mayoría de este Tribunal.

Por un lado, en relación con la valoración de la prueba, coincido con el voto preopinante en el sentido que los elementos probatorios contradichos en el juicio son de convicción suficiente para alcanzar el juicio de certeza que legitime el dictado de una sentencia condenatoria.

Desde este punto de vista, debe confirmarse el veredicto de culpabilidad alcanzado respecto de L. H. , J. C. G. y K. G..

Por otro lado, las razones que se han ofrecido para poner en duda la legitimidad de algunos elementos de prueba, no tienen el peso suficiente para invalidar su incorporación y posterior valoración de dichos elementos de convicción. Dicho de otro modo, corresponde desestimar los cuestionamientos vinculados con la vulneración de las garantías de los acusados y las normas de procedimiento por las razones expuestas en el voto preopinante.

Asimismo, entiendo que, pese a los cuestionamientos particulares referidos a la nulidad y exclusión probatoria de las intervenciones telefónicas ordenadas respecto de la línea utilizada por M. B., el grado de convicción que de tales elementos de prueba se derivan no resultan dirimentes para la solución del caso.

En efecto, el estudio del cúmulo de pruebas detallado en el voto preopinante, **analizados de manera conjunta y aún con independencia del medio de prueba cuestionado**, permiten concluir que la decisión adoptada por el jurado popular ha sido adecuada.

Brevemente, más allá de si la prueba cuestionada es válida en sí misma, lo cierto es que igualmente podía alcanzarse el veredicto de culpabilidad incluso sin ella.

Además de los planteos vinculados con la validez y fuerza de convicción de determinados elementos de prueba que, como adelanté, deben ser descartados, las defensas de L. H. y J. C. G. subrayan que existió una única muerte y si A. G. fue condenado como partícipe secundario del delito de robo calificado por homicidio, entonces el resto de los co-intervinientes nunca podrían haber sido penados por las figuras calificadas del **art. 80 del CP**.

Según se afirma, estas incongruencias se explicarían por la falta de precisión de las instrucciones, sobre la base de su litigación por las partes, brindadas por el juez técnico al jurado popular las cuales habrían conducido al error de este último.

Error en la sentencia al momento de establecer responsabilidades individuales.

Ahora, si bien considero que le asiste razón a las defensas, en el sentido que efectivamente la sentencia contiene errores de importancia al momento de establecer las responsabilidades individuales, ello no significa que el resto de los imputados deban beneficiarse de aquellos errores.

Para expresarlo de manera drástica, que A. G. haya sido **erróneamente condenado por el delito de participación criminal secundaria** en el delito de robo agravado por homicidio, ello no significa que los efectos de ese error deban extenderse al resto de los intervinientes, aunque la sentencia en ese punto se encuentre firme por no haber sido recurrida por las partes.

Está claro que éste y otros aspectos de **la sentencia no puedan ser modificados en esta instancia por diversas razones: sea por la vigencia del principio acusatorio, sea en razón del principio de la reformatio in peius, sea por la firmeza alcanzada por una de las condenas.**

Sin embargo, debido a la gravedad del hecho que constituye el objeto del presente proceso y **la trascendencia de estos errores en la solución a la que llegó el jurado popular**, es que no solo no puede dejar de señalarse en qué han consistido estos errores, sino que además debe precisarse cuál debió ser la solución correcta de no haberse incurrido en ellos.

Desde mi punto de vista, el principal problema de la solución adoptada por el jurado **es la ausencia de una explicación adecuada respecto de cómo se resuelve un caso** cuando intervienen una pluralidad de personas en un hecho.

En particular, se echa de menos en las instrucciones al jurado, litigadas por las partes, la determinación de reglas claras no solo respecto a la importancia de la ejecución del hecho, sino especialmente respecto a **la trascendencia de la intervención en la fase previa a la ejecución.**

Autoría no ejecutiva

Esta falta de claridad impidió, por ejemplo, verificar si en el caso de autos era posible advertir supuestos de **autoría no ejecutiva**, es decir, casos de **autoría determinados por la entidad del aporte en la fase previa a la ejecución del hecho.**

Esta omisión es la que explica por qué la figura central del hecho, L. H. , fue condenado como partícipe – la instigación es una forma de participación– y no como autor o coautor, según el caso, de los tres delitos que se le imputan.

Pues bien, **la falta de una verdadera teoría de la intervención delictiva en las instrucciones, litigadas por las partes**, es lo que explica por qué se incurrió en una atomización de las aportaciones a punto de tal de condenarse a los ejecutores del hecho no solo por delitos distintos sino por grados de intervención diversos.

Así, **uno de los ejecutores fue condenado como autor del delito de femicidio y homicidio calificado por precio o promesa remuneratoria en concurso ideal, en tanto que el otro ejecutor fue condenado como partícipe secundario** del delito de robo agravado por homicidio.

Estos problemas, estimo que encuentran una solución plausible si se adopta un punto de partida diferente respecto de las responsabilidades que corresponde atribuir en hechos donde intervienen varias personas. Por ello analizaré, en primer lugar, **las características del modelo teórico de intervención delictiva** que se le ofreció al jurado a través de las instrucciones correspondientes, litigadas por las partes, y cómo el mismo fue utilizado en el caso concreto.

En segundo lugar, expondré la teoría de la autoría y la participación que, en mi opinión, mejor resuelve los problemas que presenta la intervención de varias personas en delito determinado.

En tercer lugar, intentaré plasmar el modelo teórico por el que se ha optado en las soluciones concretas para los problemas que presenta el caso. Veamos.

2. El modelo de intervención delictiva utilizado en las instrucciones al jurado: el concepto restrictivo de autor

2.1. Sobre la distinción cualitativa entre autores y partícipes

Las instrucciones, litigadas por las partes, que se le dieron al jurado no lo mencionan expresamente, pero por la importancia central que se le da en ellas a la ejecución del hecho, es posible inferir que se haya optado por el concepto restrictivo de autor.

Según esta teoría, los tipos de la parte especial solo hacen referencia a la autoría y no a la participación, de modo que la regulación de la participación criminal en las disposiciones de la parte general de los códigos penales constituyen extensiones de responsabilidad.

En otras palabras, para **el concepto restrictivo de autor, la punibilidad de los partícipes** no sería posible si no estuvieran expresamente previstas las disposiciones de los arts. 45 y ss. del Código penal.

Según este punto de vista, autores y partícipes no se distinguen por la cantidad sino por la calidad de las aportaciones.

Se trata de una **distinción cualitativa**: autor es quien lleva a cabo la realización del tipo, es decir, quien lo ejecuta de propia mano, en tanto que los **partícipes son aquellos que toman parte del hecho de cualquier otro modo, sin ejecutarlo**.

Brevemente, **autor es el que ejecuta el hecho y partícipe el que interviene en la fase previa**.

La participación debe darse durante la **etapa de preparación** del hecho, **no durante la ejecución** y su punibilidad depende del comienzo de ejecución del hecho principal que debe alcanzar por lo menos el grado de tentativa de un injusto doloso.

Se trata principio **de accesoriadad limitada** según el cual la participación sólo es posible si el autor ha llevado a cabo un injusto doloso.

En cambio, según esta opinión, **no es punible la participación en los delitos imprudentes**.

El concepto restrictivo de autor y la teoría de la accesoriadad limitada, que aquí ha sido expuesta solo en sus lineamientos fundamentales, es pasible de **diferentes críticas** cuya explicación excede el marco de esta sentencia.

Sin embargo, debe hacerse referencia a las dificultades que tiene esta teoría para explicar por qué **el partícipe debe responder por un hecho ajeno**, el llevado a cabo por el autor, cuando no realiza ninguno de los elementos del tipo de propia mano.

Es que, según esta solución, **al partícipe se le imputa un injusto típico ajeno**, de modo que su incompatibilidad con el principio de auto-responsabilidad resulta evidente: la imputación de la ejecución ajena como propia solo puede legitimarse si la misma puede también ser definida como «ejecución conjunta» de todos los intervinientes.

De lo contrario se viola el **principio culpabilidad** por el hecho, según el cual, solo se puede responder por el hecho propio no por el hecho ajeno.

Para sortear esa crítica se suele recurrir a una explicación adicional.

Se dice que la **participación en realidad supone un injusto autónomo** por el que cada partícipe debe responder individualmente.

La participación sería de este modo un **«delito de participación autónomo»** por el que el partícipe debe responder **solo en la medida de su aporte y no por el injusto del autor**.

Sin embargo, la teoría de la participación **como injusto propio**, que termina **renunciando al principio de accesoriadad**, no logra explicar por qué el interviniente en la fase de preparación del hecho debe responder por **la parte ejecutiva** que fue realizada de propia mano por el autor del hecho.

Pese a las insuperables dificultades que presenta el concepto **restrictivo de autor y el principio de accesoriadad limitada, éste fue el modelo de imputación que se le acercó al jurado** a través de las instrucciones correspondientes.

El principal problema que presenta esta distinción cualitativa entre autores y partícipes es que en el ámbito de la delincuencia organizada o la delincuencia económica u otras formas de delincuencia moderna, el ejecutor del hecho es normalmente un subordinado o inferior jerárquico en tanto que el superior jerárquico interviene normalmente en la fase previa de decisión y configuración del hecho.

En estos ámbitos la ejecución del hecho tiene menos relevancia que la intervención en la fase previa.

Por ello, la aplicación de este modelo a este tipo de delincuencia conduce a soluciones injustas, pues los principales responsables de los hechos que se cometen deben ser imputados como partícipes por intervenir durante la preparación del hecho, en tanto que los inferiores jerárquicos, que realizan un aporte menor o, incluso en algunos casos, meramente neutral, son imputados como autores por haber intervenido en la ejecución del hecho.

Es decir, la **distinción cualitativa entre autores y partícipes conduce a imputaciones injustas** en el ámbito de organizaciones complejas diseñadas jerárquicamente: los subordinados son imputados como si fueran los máximos responsables de la organización lesiva y los máximos responsables como meros partícipes

2.2. El modelo restrictivo de autor en su aplicación al caso

Al asumirse el modelo de restrictivo de autor se acepta que el partícipe, en la medida en que no domina la ejecución del hecho, no realiza la conducta descrita en el tipo penal de la Parte especial del Código Penal –no afecta directamente el bien jurídico–, sino que favorece o provoca su realización a través del autor.

De este modo, **el partícipe colabora con una ejecución que lleva a cabo tercero.**

En ese sentido, pueda hablarse de una ejecución ajena: el injusto del partícipe depende del injusto del autor. Las instrucciones deben dar cuenta de este punto de partida teórico.

Dicho de otro modo, debe explicársele al jurado que, así como a **los coautores le son imputables las aportaciones al hecho de sus codelincuentes, a los inductores y cómplices** también les es imputable la acción del autor, y que, sin esta, no se los puede responsabilizar por lesión o puesta en peligro alguna.

La consecuencia sistemática más importante del modelo restrictivo de autor es que no se puede condenar a un partícipe sin un hecho principal de autor, del cual su aportación toma su contenido de injusto.

Por ende, si el jurado ha tenido por probado un hecho principal de autor que discurre por las figuras ya mencionadas del **art. 80 del CP**, entonces que uno de los intervinientes sea condenado por la comisión de un comportamiento típico **del art. 165 CP** merece, al menos, una explicación adicional.

Esta explicación adicional acaso podría deberse a que se operó con una teoría que concibe la responsabilidad del partícipe por su propio injusto, pero, como dijimos, este no fue el marco teórico elegido por el juez.

Las instrucciones, litigadas por las partes, se diseñaron con base en el modelo restrictivo de autor y, no obstante, el resultado del veredicto del jurado es incompatible las propias premisas de este modelo.

No hay que esforzarse mucho para advertir que, del mismo modo que en el dominio del Derecho penal sustancial las reglas que operan para distribuir **responsabilidades en casos de autoría individual** varían al momento de hacerlo en hipótesis de codelincuencia, deben realizarse ajustes en el dominio del Derecho procesal penal cuando se dictan instrucciones a los jurados en uno y otro tipo de casos.

La inclusión de delitos menores en tanto panorámica de figuras penales puesta a disposición del jurado, en caso de que no considere probado el delito principal requiere, en casos de pluralidad de intervinientes, una formulación lingüística que toma la forma de un argumento disyuntivo excluyente.

Así, cuando la acusación recoja en una proposición dos posibilidades incompatibles separadas por la conjunción «o» (acaso el autor X cometió el delito A o B), si se excluye alguna de ellas y se afirma la otra, esta última condicionará el contenido de injusto del resto de los cointervinientes.

No debe dejársele abierta la posibilidad al jurado para que condene por coautoría o participación por aquel delito que fuera excluido por la acusación respecto del autor principal, bajo pena de fragmentar de manera incompatible la intervención en el delito.

Así, la disyuntiva en la acusación respecto del autor debe considerarse excluyente y vinculante en relación con los delitos por los que deban responder los partícipes.

Si se asume el concepto restrictivo de autor y el modelo de la accesoriedad limitada, participar es contribuir al injusto doloso del autor en tanto ejecutor. Y el jurado debe ser guiado con las instrucciones para que sus conclusiones no sean inválidas en tanto contradictorias con los principios que rigen la teoría de la autoría y la participación.

En el **caso analizado el modelo restrictivo de autor se aplicó erróneamente**. Ello en tanto el jurado fue requerido para que determinara la responsabilidad de cada uno de los imputados independientemente de la calificación dada a los co-intervinientes.

Y, de este modo, algunos de ellos fueron considerados responsables por delitos contemplados en el art. 80 CP y otro por un delito del art. 165 CP. Ahora, aunque se hubiese aplicado de manera correcta, aquel modelo está destinado al fracaso porque no explica los casos en los que el interviniente en la fase es el mayor responsable del hecho, tal como ocurre en el presente caso con L. H. . El modelo que a continuación se expone es, a mi modo de ver, el que mejor aborda los casos de intervenciones plurales.

3. La propuesta de un modelo normativista de atribución de responsabilidad en casos de codelincuencia

3.1. El punto de partida:

el descubrimiento de los delitos de infracción de deber Roxin contribuyó de manera decisiva al desarrollo de la teoría de los delitos de dominio que había sido iniciada por **Welzel y luego continuada por Gallas y Maurach**.

No puede negarse la importancia de que una gran parte de los delitos se caracterizan en que el autor es considerado «el Señor del hecho» porque tiene en sus manos el control del suceso lesivo. Quien carece de ese control o de ese dominio del hecho solo puede ser ocupar el lugar de partícipe.

Como se sabe, el dominio puede presentarse en forma de dominio de la ejecución hecho en la autoría individual, dominio de la voluntad en la autoría mediata y co-dominio funcional del hecho en la coautoría. Sin embargo, el aporte más importante de Roxin a la teoría de la autoría y la participación fue el descubrimiento de junto a los delitos de dominio existía otra categoría de delitos caracterizados no por el dominio de la ejecución del hecho sino por la de infracción de deber positivo.

Quizás este descubrimiento sea uno de los de más relevancia de la dogmática penal moderna. Según esta concepción, hay delitos en los que lo decisivo no es el dominio del hecho por parte del autor, sino la infracción de un deber positivo por parte de quien tiene la calidad especial de autor requerida por el tipo **(intraneus)**.

En tales supuestos, es irrelevante si el intraneus realiza aportes materiales propios de un autor o si su contribución material es la de un mero partícipe o si simplemente se trata de una omisión.

En todos esos supuestos el **intraneus** responde como autor. Dicho mediante un ejemplo, el padre de un niño de seis años responde como autor del delito de parricidio del art. 80 inc. 1 del Código penal tanto si ejecuta materialmente el hecho mediante un disparo de arma de fuego (aportes propios de autoría); como si no evita que su hijo se dispare a sí mismo con el arma (omisión); como si le alcanza el arma para que el niño se dispare (aporte material de participación). En todos estos casos el padre (intraneus) responde como autor con independencia de la cantidad del aporte.

A la inversa, **el extraneus**, que es quien no tiene la calidad especial de autor para la realización del tipo, responde siempre como partícipe, aunque su aporte material a la ejecución del hecho sea la propia de un autor.

En resumen, en los delitos de infracción de deber el intraneus es autor, aunque no tenga el dominio del hecho y el extraneus es partícipe aunque domine la ejecución del hecho de propia mano.

3.2. Los delitos de dominio como delitos de infracción de un deber negativo

Ahora, ¿en qué radica la importancia de los delitos de infracción de un deber para el tema que nos ocupa? La respuesta a este interrogante es la siguiente: la importancia viene dada porque lo central para esta teoría no radica en la ejecución del hecho sino en la infracción de un deber.

Ello significa que quien tiene deber especial positivo responde como autor, aunque no ejecute materialmente el hecho. A diferencia de lo que ocurre en los delitos de dominio, en los delitos de infracción de un deber el especialmente obligado es autor, aunque intervenga en la fase previa.

La cuestión es si el mismo razonamiento puede ser trasladado al ámbito de los delitos de dominio, es decir, si alguien que interviene en la fase previa puede ser autor, pese a no tener el dominio de la ejecución del hecho.

Quizás el gran aporte de Jakobs a la teoría de la autoría de la intervención delictiva haya sido el hallazgo según el cual lo determinante en los delitos de dominio debe ser algo normativo similar a la infracción de un deber.

Según Jakobs, también los delitos de dominio son delitos de infracción de un deber, solo que el deber que se lesiona en los delitos de dominio no es un deber positivo, propio del status que ocupa el especialmente obligado, sino un deber negativo de no administrar el propio ámbito de organización de forma lesiva para terceras personas.

En tales supuestos, lo determinante no es el control o el dominio del suceso sino el ámbito de competencia del interviniente sobre el curso lesivo.

Lo decisivo entonces para establecer quién responde por el suceso dañoso, no es la determinación de quien tuvo el dominio del hecho en sentido naturalístico, ni quién actuó en último lugar. Tampoco lo decisivo es la determinación de un acuerdo común entre los intervinientes. Por el contrario, el dato clave es la determinación de quién detenta la competencia por ese curso lesivo: a quien le incumbe la evitación del daño. Esta es la tarea de la **teoría de la imputación objetiva**.

El problema del reparto de responsabilidades entre autores y partícipes es una tarea propia de la teoría de la imputación objetiva, no de la imputación subjetiva.

La función de la teoría de la imputación objetiva no se limita a la determinación de ámbitos de competencia en el caso de intervención de varias personas.

Esa tarea la lleva a cabo también en otros ámbitos de la teoría del delito en los que se determina la responsabilidad individual.

Así, por ejemplo, en el ámbito del tipo, si el propietario de una casa contrata a una persona para que tale sus árboles, pese a que el trabajador actuó en último lugar causando el daño de manera dolosa, el suceso lesivo pertenece al ámbito de responsabilidad de la víctima.

Lo decisivo no es la causación del daño ni el dolo del causante, sino la competencia de la víctima, que es la que explica quién deber responder por el curso lesivo. Esta idea se repite incluso en el ámbito de la imputación subjetiva: el desconocimiento de la realización del tipo por culpa de la víctima o el desconocimiento de la vigencia de la norma puede explicar el error de tipo o de prohibición inevitable como un problema de imputación objetiva.

En el mismo sentido, no es la enfermedad mental lo que explica la falta de culpabilidad por inimputabilidad, sino la responsabilidad del autor por dicha enfermedad: quien se coloca a sí mismo en situación de inimputabilidad responde en virtud de la *actio libera in causa* pese a la falta de culpabilidad en el momento del hecho.

No es el dato naturalístico «enfermedad mental» lo que decide la imputación, sino la competencia del autor por dicho estado. Solo la falta de responsabilidad del autor por su estado de inimputabilidad puede legitimar la existencia de esta causa de inculpabilidad.

De lo expuesto hasta aquí ya es posible una primera conclusión provisional: en el ámbito de la responsabilidad individual lo decisivo no es el dato naturalístico de la «causación» del daño por parte de quien actúa en último lugar. Tampoco lo es el dolo o la intención del autor.

Lo que decide la imputación es la determinación de la competencia del autor respecto a la evitación del curso lesivo. Dicha tarea dogmática debe llevarse a cabo con arreglo a criterios de imputación objetiva.

Pues bien, las cosas no son distintas cuando se trata de determinar la responsabilidad penal de varias personas por su intervención en el delito. En efecto, del mismo modo que la competencia del autor determina la imputación en casos de responsabilidad individual, en los supuestos de *codelinuencia* lo decisivo no es el dato naturalístico de la *co-causación* del daño o el *co-dominio* del hecho sino el concepto de «competencia conjunta» de los intervinientes, la que se determina sobre la base de criterios propios de la división de tareas que ofrece la teoría de la imputación objetiva (Lesch, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, pp. 57 ss.). Lo explico.

3.3. El modelo de la «infracción colectiva» de un deber negativo

3.3.1. *La pertenencia al colectivo: la «competencia conjunta» de los intervinientes*

Ya hemos dicho en otro lugar que el fundamento que legitima la imposición de una pena frente al autor del hecho es el **senalagma libertad de organización/responsabilidad** por las consecuencias: el autor tiene la posibilidad de auto-administrar su ámbito de organización libre de toda interferencia externa, a la vez que es responsable de las consecuencias lesivas que resulten de esa organización respecto de terceras personas.

De este modo, mediante la imposición de la pena el autor es reconocido como persona a la que se le respeta su libertad elección a la vez se lo hace responsable de ella (ver al respecto, mi voto en el **plenario «Ibáñez Benavidez»**).

Pues bien, del mismo modo que la libertad individual de organización implica, a modo de *senalagma*, la responsabilidad individual por las consecuencias del uso de esa libertad, existe también el reconocimiento a la libertad de organizarse de manera conjunta, lo que implica, también como *senalagma*, la responsabilidad por la obra conjunta.

El reconocimiento a este espacio de libertad para organizarse colectivamente es evidente en el ámbito de las buenas obras: sin el reconocimiento de que existe una competencia conjunta nadie se embarcaría en una obra conjunta, pues no habría esperanza alguna de recibir recompensa.

Por el contrario, en el ámbito de las malas obras, sin el reconocimiento de un ámbito de competencia conjunta se podría colaborar mediante actos previos en una obra colectiva sin que temor a sufrir las consecuencias de una sanción (JAKOBS, G., *Theorie der Beteiligung*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2014, pp. 15 ss).

Lo característico de la competencia conjunta es la división de tareas que vincula a los intervinientes entre sí, lo que permite que entre ellos conformen un colectivo cuya tarea es la realización del hecho.

La división de trabajo es vinculante cuando el aporte del interviniente no solo contribuye causalmente al desarrollo de los acontecimientos, sino que tiene el significado objetivo de haberlo hecho posible.

Dicho con otras palabras, la división de tareas vincula a los intervinientes cuando la aportación individual no tiene otro sentido que no sea el de ser continuado por un tercero que es quien finalmente ejecuta el hecho.

De este modo, en el caso de reparto de tareas que vincula en lugar de aislar los intervinientes no sólo han de responder de sus prestaciones sino también por el ulterior desarrollo de los acontecimientos.

La división de tareas fundamenta la imputación recíproca de las aportaciones entre los intervinientes.

Por esta razón, se considera que el ejecutor, mediante la ejecución, no solo lleva a cabo su propio aporte a la realización del tipo, sino que además ejecuta la obra de todo el colectivo que conforman con el resto de los intervinientes.

A su vez, el partícipe que interviene en la fase previa ejecuta también el hecho, pero a través de la mano del ejecutor.

Dicho brevemente, los partícipes conforman con el ejecutor una persona colectiva cuya obra es la ejecución, de modo que tanto el ejecutor como quienes intervienen en la fase previa cometen el hecho.

Por ello, **la accesoriadad no debe ser entendida en el sentido de que alguien se apoya en un injusto ajeno**, pues el injusto también es del partícipe en razón del reparto de tareas.

Ahora bien, la división tareas como fundamento de la competencia conjunta requiere de la intervención de personas plenamente auto-responsables.

La conformación del colectivo que integran todos los intervinientes presupone que todos quien forman parte del colectivo son personas capaces de culpabilidad.

Dicho de otro modo, se postula aquí una accesoriadad máxima que requiere no solo de un hecho típico y antijurídico como presupuesto para la punibilidad de los partícipes, sino un hecho enteramente imputable como culpable.

Quien carece de capacidad de culpabilidad no expresa el sentido jurídico-penal de la conducta, de modo que no hay colectivo posible con las personas inimputables.

Ellas solo pueden ser el instrumento de quien actúa en la trastienda, en consecuencia, rigen para estos supuestos las reglas de la autoría mediata.

Por lo demás, la importancia práctica de considerar que la ejecución no solo pertenece a quienes ejecutan el hecho, sino también al resto de los intervinientes, radica en que se deja sin sustento teórico a la tesis que sostiene que solo son autores los que ejecutan el hecho en tanto que partícipes son los que intervienen en la fase previa.

En efecto, según la opinión que aquí se sostiene, todos los intervinientes ejecutan el hecho, con independencia de quién sea la mano que se mueve para ello. Dicho a modo de ejemplo, no solo quien

dispara el arma de fuego ejecuta el tipo de homicidio. También quien facilita el arma ejecuta el hecho, solo que en lugar de hacerlo de mano propia lo hace a través de la mano del ejecutor.

3.3.2. *La distinción cuantitativa entre autores y partícipes*

Ahora, si en razón de la división de tareas todos los organizadores del hecho conforman una persona colectiva que es la que finalmente ejecuta el hecho, es decir, si todos realizan el tipo, incluso quienes intervienen en la fase previa ¿cómo se distingue entre autores y partícipes? Está claro que la distinción no puede ser cualitativa sino cuantitativa: es el peso social del aporte lo que distingue al autor del partícipe.

El autor es quien tiene el poder de configurar lo característico del hecho, en tanto que el partícipe se ocupa solo de lo accesorio.

Quien ejecuta el hecho normalmente tiene el poder de configurarlo de modo que generalmente el ejecutor será autor. Sin embargo, ello no es siempre así.

En el ámbito de **organizaciones empresariales complejas**, por ejemplo, la ejecución del hecho queda en manos de inferiores jerárquicos de la empresa cuyo aporte carece del peso determinante para ser considerado autor pese a ser el ejecutor.

Normalmente un ejecutor de estas características será un mero partícipe, en tanto que los máximos responsables de la empresa serán autores pese a que no intervienen en la ejecución de hecho sino en la fase previa.

En definitiva, tanto los autores como los partícipes cometen el hecho. Todos ellos conforman un colectivo que los hace conjuntamente competentes por la realización del tipo.

En este esquema conceptual si bien la ejecución es el hecho, quien la lleve a cabo no necesariamente debe ser imputado como autor.

Solo si **el ejecutor tiene el «sí» y el «cómo» del hecho**, es decir, solo si es el ejecutor tiene la capacidad de configurar lo característico del hecho será autor. De lo contrario será **partícipe**.

En la medida en que lo que **decide la imputación no es el dato naturalístico de quién utiliza su mano para delinquir sino la competencia del interviniente**, la ejecución tiene una importancia relativa.

Por esta razón quienes intervienen en la preparación del hecho pueden ser autores y, a la inversa, es posible encontrar cómplices durante la etapa de ejecución del hecho.

La separación entre autoría y participación no es de tipos cualitativamente diferenciados, sino que se trata de una ordenación sobre la base de cantidades de intervención (JAKOBS, G., "El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos", Cancio Meliá, M. (trad.) en El Sistema funcionalista del Derecho penal, Grijley, Lima, 6° Ed., 2000, pp. 165 ss.).

Hacia adentro del colectivo la distinción es puramente cuantitativa. Solo hacia afuera la distinción es cualitativa: la que existe entre accesoriedad y prohibición de regreso. En efecto, si se está ante un supuesto de división vinculante de tareas los intervinientes son «conjuntamente competentes» por la realización del tipo. En tal caso, dicha vinculación significa accesoriedad: todos, en más o en menos, cometen el hecho. En cambio, si los aportes son neutrales, de modo que solo contribuyen causalmente a la realización del tipo pero no tienen el sentido objetivo hacerlo posible, estamos ante un mero intercambio de prestaciones que no vincula a los intervinientes. Quien fabrica armas de fuego conforme al estándar no participa del homicidio que se comete con ella. En dicho supuesto la imputación no puede retroceder hasta al primer causante: no hay división de tareas y, en consecuencia, no hay accesoriedad sino prohibición de regreso (JAKOBS, G., **La imputación objetiva en Derecho penal, Ad-Hoc, 1997, pp. 71 ss.**). 3.4. Excursus: los delitos de posición En relación con lo expuesto, debe realizarse una salvedad respecto de un grupo de delitos cuya especialidad es producto de una técnica de tipificación, llamados

delitos especiales en sentido amplio o delitos de posición que, en contraste con los delitos de infracción de deber en sentido estricto, responden a una determinada posición institucional.

En los delitos de posición, donde el tipo penal si bien exige una determinada cualificación en el agente, esta únicamente tiene como propósito restringir la prohibición a un grupo de destinatarios que se hallan en una condición especialmente idónea para lesionar la posición jurídica protegida.

Para que el círculo de sujetos activos se abra a quien inicialmente no posee la cualificación exigida por el tipo es necesario que intervenga alguien que la ostente, no influyendo ello en la ulterior calificación como autor o partícipe. Se mencionan en la doctrina española como ejemplos dentro de esta categoría al delito fiscal y los delitos societarios. En los delitos de posición rigen plenamente las reglas de la accesoriedad.

4. La aplicación del modelo adoptado al caso de autos La distinción entre delitos de infracción de un deber negativo y delitos de infracción de un deber positivo es crucial para la dogmática de la teoría de la intervención delictiva.

Ello, en tanto su diverso fundamento material acarrea tres consecuencias sistemáticas centrales. La primera de ellas está vinculada a la obligación del autor de activar o no los conocimientos y capacidades especiales con el fin de evitar un daño a terceros. En los delitos de organización o de infracción de un deber negativo, no es necesario que el autor supere el estándar medio exigido conforme su condición o rol social. Es decir, en estos casos, la no utilización de los conocimientos especiales puede conducir a una responsabilidad por el delito de omisión de auxilio pero no por el delito en comisión por omisión. En cambio, en los delitos de infracción de un deber el mandato de proveer al bienestar de la posición jurídica ajena le obliga al agente a activar los conocimientos o capacidades especiales bajo pena de responder por el daño en comisión por omisión.

La segunda de ellas se refiere al comienzo de la tentativa. En el ámbito de las relaciones personales regidas por el principio *neminem laedere* el hecho pasa una vez y para todos del estadio preejecutivo al estadio ejecutivo, y de éste a la consumación.

Ello en tanto, la división del trabajo vincula y la mano ajena pasa a ser propio en el marco de una obra común. Sin embargo, cuando el agente se encuentra obligado a fomentar una relación con base en su pertenencia a la institución, lo que interesa es la infracción de ese deber, y este se produce en momentos distintos para cada uno de obligados especiales. La relación con la institución es personalísima y, por ende, el hecho comienza para cada uno de los especialmente obligados conforme el momento que se infringió el deber. Finalmente, la distinción apuntada incide en la operación del principio de accesoriedad: mientras en los delitos de infracción de un deber negativo rige plenamente, en los delitos de infracción de un deber positivo –en principio– la institución no es accesible para el extraneus, esto es, quien no se encuentra atravesado por el deber. Así, en los delitos comunes el hecho puede llevarse a cabo en división de tareas, siendo posible que cada uno de los co-intervinientes responda a título de autor, coautor o partícipe, según el quantum de competencia por el delito en tanto obra total –también se admite la autoría mediata–.

Por el contrario, en el ámbito de los delitos de infracción de un deber en sentido estricto cada agente responde a título de autor individual, no siendo posible que alguien le dispute esta calificación o acaso comparta el delito como coautor.

Por su lado, quienes impulsen el hecho, pero no sean titulares de un deber de fomento o bienestar para con la institución, podrán responder –a lo sumo– a título de partícipes. El fundamento material diverso de ambos grupos de delitos y las consecuencias sistemáticas precisas que acarrearán en el ámbito de los conocimientos especiales, el comienzo de la tentativa y la operatividad del principio de accesoriedad, hace

imprescindible determinar en la interpretación de los tipos de la Parte especial del Código penal, si nos movemos en uno u otro dominio.

Aclarado lo anterior, lo primero que corresponde, a los efectos de resolver los problemas planteados por los recurrentes, es determinar a qué categoría delictiva pertenecen las figuras penales atribuidas. Dicho de otro modo, debemos establecer si los delitos de homicidio calificado por el vínculo, homicidio por precio o promesa remuneratoria y femicidio son delitos de competencia por organización, delitos de competencia institucional o si únicamente se trata de figuras con una técnica de tipificación específica que da lugar a un delito de posición. Determinar con claridad esta cuestión es central, pues de ello dependen las reglas de imputación aplicables al caso.

4.1. El delito del art. 80, inc. 1 del Código penal –homicidio agravado por el vínculo– como delito de infracción de un deber Quien mata en el marco de una relación en la que se encuentra no solo obligado a no dañar al otro, sino, además, a proveer a su bienestar, infringe primero un deber negativo y, al mismo tiempo, un deber positivo. Este es el fundamento de la agravante que se concreta en el mayor contenido de injusto que da lugar a un mayor reproche de culpabilidad reflejado en la diversa escala penal entre la figura del art. 79 CP y la casuística del art. 80, inc. 1 CP. Respecto del homicidio calificado por el vínculo, la doctrina mayoritaria coincide en que se trata de un delito de infracción de deber en sentido estricto. En consecuencia, y como se dijo, no rigen las reglas de la accesoriedad. Esto es correcto, pues los únicos obligados especiales por la institución del matrimonio no son otros que los propios cónyuges. De este modo, es autor del delito de homicidio agravado del art. 80 inc. 1 tanto el cónyuge que mata al otro de propia mano –actos propios de autoría material– como el que no evita la muerte de su cónyuge –comisión por omisión– como el que le alcanza un arma a un tercero para que mate a su cónyuge –actor materiales de participación–. En el caso de autos, L. H. es el único imputado que tiene la calidad especial para ser autor del delito homicidio agravado por el vínculo, por ser el cónyuge de la víctima H. , como organizador de la muerte no solo cosificó a su esposa, infringiendo su deber negativo de no empeorar el ámbito de organización de la víctima, sino que, a su vez, infringió su deber positivo derivado de la institución matrimonial de mejorar su ámbito de organización de la víctima.

En consecuencia, con base en la aplicación de las reglas de imputación precedentes, H. no puede ser sino autor del delito del art. 80 inc. 1 CP. Ello es así aunque su aporte material sea el de un inductor. El cónyuge que induce al homicidio de su otro cónyuge no es partícipe sino autor del delito de homicidio agravado por el vínculo. Por lo tanto, la imputación por la que fue condenado H. , esto es, como instigador del delito de homicidio agravado por el vínculo, es a todas luces errónea, pues se ha condenado al intraenus como si fuera un extraneus. A la inversa, también los ejecutores materiales del homicidio agravado por el vínculo han sido mal condenados como autores. Aquí los extraneus han sido condenados como si fueran intraneus. En efecto, al no estar vinculados con la víctima mediante un deber positivo de proveer al bienestar de la institución, podrían ser considerados solo partícipes en el hecho, pero nunca autores.

El aparato teórico postulado en mi voto fundamenta sin problemas esta conclusión: la ejecución dice mucho sobre quiénes deberán ser considerados los «Señores del hecho» en los delitos de organización, pero no en el ámbito de los delitos de infracción de un deber, donde lo relevante es quién lo titulariza y cuándo lo infringe.

La infracción de un deber en el marco de una institución sella a fuego la calificación de la intervención a título de autoría. En definitiva, L. H. debió ser condenado como autor de un homicidio calificado por el vínculo pese a ser materialmente un inductor y J. C., A. y K. G. debieron ser condenados como partícipes

del homicidio en el hecho a título de inductor (el primero) y de partícipes primarios (los segundos) aunque estos últimos hayan sido los ejecutores del hecho.

4.2. El delito del art. 80, inc. 11 del Código penal –femicidio– como delito de posición

Nuevamente, previo a todo, se impone determinar en el marco de qué categoría delictiva operamos: delitos de infracción de un deber negativo, delitos de infracción de un deber positivo o delitos de posición. Si bien he hecho referencia a estos tres grupos de delitos, no debe perderse de vista que, en rigor, el fundamento de la responsabilidad del agente responde o a la infracción del deber de no lesión o a la infracción de un deber calificado de cooperar con una institución determinada. Es que los delitos de posición, como expliqué, hacen referencia a una particular calidad del agente o posición que le facilita agredir la posición jurídica protegida.

Sin embargo, a ellos no subyace institución alguna. Se trata en verdad, de una técnica de tipificación legal en la que, una vez que se verifica que alguno de los co-intervinientes ostentaba esa posición, rigen plenamente las reglas de la accesoriedad. Y, efectivamente, el núcleo de la antinormatividad de la figura del femicidio, en tanto que en estos delitos la delimitación del círculo de autores resulta únicamente formal, consiste en ser un varón que ejerce violencia de género, posibilitando un ataque al bien jurídico vida desde una posición específica que resulta especialmente reprochable para el legislador penal. Así, una vez que es aportada la calidad por alguno de los miembros del colectivo, rigen plenamente las reglas de la accesoriedad. En consecuencia, quien ostenta la calidad o condición típica, si bien usualmente será autor, a diferencia de los delitos de infracción de deber, esta posición puede ser «usurpable» por otros intervenientes que la controlen, hasta devenir autores, coautores o autores mediatos. De este modo, los delitos de posición, también llamados falsos delitos de infracción de un deber positivo, son en verdad, delitos de competencia por organización. Esta toma de posición es crucial, pues nos determinará los límites del círculo de intervenientes a los que les compete el hecho en los femicidios ejecutados en división de tareas (primer nivel). En el art. 80, inc. 11 CP la plataforma que le permite al colectivo poner en tela de juicio la vida de la mujer es la de ser un varón que ejercer violencia de género, dicho de otro modo, un sujeto activo varón que ejerce violencia de género contra la mujer. Sobre el alcance de la violencia de género, me remito en lo pertinente a mi voto en «Di Césare». Bien, en el caso de autos, se verificó que el femicidio fue llevado a cabo en división de tareas y que uno de los intervenientes –H. – ejercía violencia de género para con la víctima. De este modo, se constata que la ejecución se llevó a cabo con la violencia de género en tanto medio comisivo puesta a disposición del colectivo por un varón violento. Dicho esto, el femicidio, es femicidio para todos los co-intervinientes, en tanto la violencia de género ha de ser considerada como un elemento transmisible de autor a partícipe y de autor a coautor, siempre y cuando se pueda acceder a la posición que permite el acceso al tipo. Pero aún resta determinar la calificación de la intervención. Esto es, cuál es el título que le cabe a cada uno de los miembros del colectivo. Respecto de este segundo nivel analítico, que es infrecuente –aunque bien podría suceder– que alguien le dispute el título de autor a quien pone a disposición del colectivo la posición específica que se utilizará para dañar típicamente al bien jurídico. Puesto en otros términos, aun cuando H. no ejecutó el hecho de propia mano –el homicidio– fue él quien ejerció violencia de género sobre la víctima y, a su vez, organizó lo característico del hecho. Debió responder entonces como coautor del femicidio y no como un mero instigador. Sobre la base de lo expuesto, si bien fue H. quien ejerció violencia de género sobre N.C., la adaptación de J. C., K. y A. G. a este contexto de agresión los hace parte del ámbito vital en el que el legislador ha previsto la máxima afectación de la vida de la mujer. A tal punto, que las aportaciones organizacionales de K. y A. G. al dar muerte a la víctima, significan una apropiación de un tramo del hecho que bien puede hacerlos

responsables a título de coautoría. En efecto, si bien generalmente la ejecución no es siempre determinante, cuando el delito de homicidio es un delito organización –aunque sea de posición como el femicidio– la ejecución normalmente ocupará un papel central. Por ello los hermanos G. debieron haber respondido como coautores del femicidio, junto con H. , el gran configurador del hecho, pese a que no se manchó las manos con la sangre de la víctima. A este respecto, entiendo que el distanciamiento de H. de la ejecución del hecho no implica que deba ser considerado necesariamente un inductor, como lo hizo la sentencia condenatoria. En efecto, la gradación de la intervención permite identificar al menos tres clases de impulso al delito que no deben identificarse siempre y necesariamente con la inducción. Se trata de tres clases de «determinadores». En primer lugar, deben considerarse casos como los de autos en los que el determinante es ante todo un configurador del hecho –selecciona los medios, encarga a una persona precisa la comisión del hecho, paga, indica dónde se encuentra la víctima, etc.–. En este caso, el inductor no se limita a «poner el dolo en la cabeza del autor» sino que además configura lo principal y característico del hecho. En este sentido, corresponderá que la autoría desplace a la instigación al momento de calificar la intervención. Es lo que ocurre con el caso de autos en relación a H. De la prueba obrante se desprende que fue el gran configurador del homicidio de N.C. Esto, porque era quien tenía los motivos para llevar adelante la muerte de N.C. En este aspecto, han sido claros los testimonios de la hermana de la víctima R.D.C., así como de su abogada S. E. B., de su nuera S. L. O., de S. P. R., de sus hijos J.G.G.C y D.G.C., del contador de L. H., E. Z., y las constancias que surgen de la audiencia de ocurrencia de fecha 22 de mayo de 2019 en autos P-20055/2018. También fue L. H. fue quien puso los medios para llevar adelante el hecho, su organización: J. C. G. era su empleado de confianza, y los ejecutores materiales del hecho, a su vez, son los hijos de éste. En segundo lugar, también podrán existir agentes que impulsen el hecho en menor medida, manteniéndose ajenos a la ejecución material del hecho, me refiero a los inductores en sentido estricto, que determinan dolosamente a otro u otros a la comisión del delito. Este es el caso de J. C. G.. Y, finalmente, podrán existir «pequeños inductores» que realicen aportaciones psíquicas al delito, cuya valoración de la intervención habrá de discurrir por la complicidad psíquica o incluso una participación secundaria. En suma, respecto del femicidio de N.C, entiendo que estamos frente a un caso de coautoría entre H. , A. y K. G.. El primero no salió a escena, pero desde la trastienda aportó el marco de violencia de género exigida por el tipo y configuró el hecho, al que se adaptaron con una aportación decisiva los ejecutores materiales. Por su parte, J. C. G. debe ser considerado inductor –en cadena– del homicidio del art. 80 inc. 11 CP. 4.3.- La figura del art. 80, inc. 3 del Código penal –homicidio agravado por precio o promesa remuneratoria– como delito de posición Idénticas reflexiones a las del apartado anterior merece la imputación del homicidio por precio o promesa remuneratoria. L. H. fue el mandante que ofreció el precio, sin embargo, esto no implica que deba ser considerado instigador. Nuevamente, se trata de un gran configurador que indujo, pero antes le dio impresión a la forma final al hecho, aún cuando permaneciera en la trastienda. Por ende, también debe ser considerado autor junto con K. y A. G.. Quien paga para que se lleve a cabo un homicidio lo delimita respecto de todo el círculo de autores como una muerte por encargo especialmente aberrante: un homicidio por compraventa. Y una vez que este es el contenido de injusto de la muerte, lo es para todos los co-intervinientes. De lo expuesto, se deriva que la calificación correcta de la intervención de los acusados, conforme la prueba obrante, debería haber sido la de autor de un homicidio calificado por el vínculo para H. con la participación primaria de K. y A. G. y la inducción en cadena de J. C. G.; respeto de los delitos de homicidio por precio y femicidio coautoría para H. , K. y A. G. e inducción en cadena para J. C. G.. Todo en concurso ideal. 5. La condena de A. G. como partícipe secundario de robo calificado por homicidio Llegados este punto, entonces, corresponde

formularnos dos preguntas. La primera, si las consideraciones precedentes implican que les asiste razón a las defensas de L. H. y J. C. G. en sus planteos y, la segunda, si corresponde realizar alguna corrección en esta instancia procesal a la condena a A. G. con base en la figura del art. 165 CP. Ambas respuestas deben ser negativas. Los recurrentes intentan derivar de la condena de A. G. por el delito de robo calificado por homicidio, consecuencias favorables para sus defendidos. Se trata de una aplicación inversa del modelo teórico de la accesoriedad limitada que, podríamos sintetizar del siguiente modo: si A. G. en tanto partícipe no lesionó por sí mismo la norma de comportamiento contenida en el tipo delictivo del 165 CP, sino que su injusto residió en que co-causó la lesión de la norma del autor, entonces este –así como el resto de los intervinientes– llevó a cabo un hecho principal de robo calificado por homicidio. Este razonamiento es únicamente válido en un plano de lógica formal si se lo disocia de las constancias de la causa que dan cuenta de que, materialmente, el significado del homicidio discurrió por las figuras del femicidio, el homicidio calificado por el vínculo y homicidio por precio. Por lo tanto, la medida y el fundamento del injusto de L. H. y J. C. G. no puede derivarse, en lo que sería una especie de accesoriedad inversa, del injusto de A. G.. Como dijimos, la condena de A. G. como partícipe secundario en un hecho principal inexistente se presenta como una anomalía que se enraíza en unas instrucciones, litigadas por las partes, que omitieron la disyuntiva excluyente a la que obligaban las opciones de la acusación en relación con el resto de los codelincuentes. Ahora bien, respecto de la condena que pesa sobre A. G. como partícipe secundario en el delito de robo calificado por homicidio, cabe decir, tal como se anticipó que su condena se encuentra firme, por lo que no son necesarias mayores precisiones.

6. Conclusiones Lo expuesto hasta aquí ha permitido demostrar las dificultades que presenta el concepto restrictivo de autor y la teoría de la accesoriedad limitada para fundamentar la responsabilidad penal en casos de pluralidad de intervinientes. Estos problemas se agravaron cuando sus postulados internos fueron trasladados al jurado a través de las correspondientes instrucciones, litigadas por las partes, en función de sus teorías del caso. Por esta razón, el jurado incurrió en calificaciones legales e imputaciones erróneas. Así, no pudo conocer que el delito de homicidio agravado por el vínculo es un delito de infracción de deber, por ello condenó como partícipe al autor y condenó a los partícipes como autores. Calificó erróneamente el comportamiento de uno de los ejecutores del hecho y condenó por instigador y no como coautor al mayor responsable del suceso lesivo. Por ello, se ha intentado demostrar que con una teoría de la intervención delictiva más desarrollada se hubieran alcanzado mejores resultados. Sin embargo, está claro que estas dificultades que presenta la causa no pueden ser subsanadas en esta etapa procesal, pues ello afectaría garantías procesales cuya observación constituyen un mandato constitucional. En efecto, como adelanté, no es posible jurídicamente modificar las calificaciones en este caso por tres razones: i) por los límites que impone el principio acusatorio; y ii) por el límite del recurso de la defensa, que no puede derivar en una solución que perjudique al recurrente en virtud de la prohibición de reformatio in peius o «reforma para peor» prevista en nuestra norma procesal; y, iii) la firmeza alcanzada por una de las condenas. En suma, la resolución del jurado debe ser respetada pese a que no se comparten aquí algunas de sus conclusiones.

ASÍ VOTO. SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. JULIO R. GÓMEZ ADHIERE, POR SUS FUNDAMENTOS, AL VOTO QUE ANTECEDE. SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, EN VOTO AMPLIATORIO, DIJO: Comparto la solución a que se arriba en el voto preopinante en cuanto corresponde desestimar los agravios esgrimidos por las defensas técnicas de los acusados L. H. , J. C. G. y K. G. D., y en consecuencia, confirmar la sentencia impugnada. En cuanto a las consideraciones sobre la importancia de la institución del juicio por jurados y su compatibilidad con el derecho del acusado a la revisión de la sentencia condenatoria me remito, en lo pertinente, a mi voto en el precedente «Peteán Pocoví». Asimismo,

entiendo conveniente hacer hincapié en estándares internacionales de protección de derechos humanos de las mujeres víctimas de violencias por razones de género, que surgen de organismos internacionales, convenciones, declaraciones, informes, recomendaciones y jurisprudencia internacional e interamericana, aplicables al caso que nos ocupa. Ello, en consideración a las circunstancias de la realización del crimen de NC, las pruebas que lo acreditan referidas en el voto que me antecede, y los delitos previstos en el art. 80 del CP por los que fueron condenados los acusados. En particular, en relación al elemento normativo del delito de homicidio agravado de una mujer por un hombre mediante violencia de género incorporado en el inciso 11º por ley 26.791 (2012), en atención a la polisemia y complejidad de la expresión «violencia de género». Ante todo, cabe señalar que en anteriores precedentes jurisprudenciales he destacado, en cuanto a la valoración de los elementos de prueba con perspectiva de género en el proceso penal, acerca de la importancia de partir de un análisis de los hechos en los que las mujeres son víctimas de violencias en sus diversas manifestaciones, por encontrarse histórica, sistemática y estructuralmente sujetas a patrones de dominación masculina que reproducen discriminaciones y estereotipos negativos de género en los distintos ámbitos donde desarrollan sus relaciones interpersonales, producto de relaciones jerárquicas desiguales de poder y sometimientos, generadas y reforzadas por un sistema patriarcal (ver al respecto, por ejemplo, «Galdeano Reyes», «Merlo Lassa», «Concha, Jesús», «Alaniz Pineira», «Reyes Cortelezzi», «Di Césare», «Acuña», entre otros). De ahí que el estándar punto de partida en el ámbito internacional para la investigación y juzgamiento de femicidios es el derecho a la igualdad y no discriminación que surge de la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer –CEDAW– incorporada a la Constitución Nacional en el artículo 75 inciso 22º y aprobada por ley 23.179 (1985). Ahora bien, en atención al dinamismo de este instrumento internacional por el que se adapta a la evolución del derecho internacional, «[...] forma parte de un amplio marco jurídico internacional de derechos humanos cuyo objetivo es asegurar el goce de todos los derechos humanos por todas las personas y eliminar todas las formas de discriminación contra la mujer por motivos de sexo y género» (Recomendación General nº 28 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer –CEDAW– (2010), párr. 2 y 3), y por ende, debe interpretarse con las recomendaciones generales adoptadas por el Comité de la CEDAW (art. 21, párr. primero de la CEDAW). Así, por ejemplo, en relación a la interpretación de los términos «sexo» y «género», la Recomendación General nº 28 citada expresa que si bien la Convención solo menciona la discriminación por motivos de sexo en el art. 1, de su interpretación con el art. 2 párr. f) y el art. 5, también abarca la discriminación por motivos de género (párr. 5). En el mismo párrafo, establece que el término «sexo» hace referencia «a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer», y que el vocablo «género» lo hace «[...] a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que la sociedad atribuye a esas diferencias biológicas, lo que da lugar a relaciones jerárquicas entre hombres y mujeres y a la distribución de facultades y derechos en favor del hombre y en detrimento de la mujer. El lugar que la mujer y el hombre ocupan en la sociedad depende de factores políticos, económicos, culturales, sociales, religiosos, ideológicos y ambientales que la cultura, la sociedad y la comunidad pueden cambiar». También aclara que en la aplicación de la CEDAW en cuanto a la discriminación por motivos de género, en razón de la definición contenida en el art. 1, «[...] se desprendería que el trato idéntico o neutro de la mujer y el hombre podría constituir discriminación contra la mujer cuando tuviera como resultado o efecto privarla del ejercicio de un derecho al no haberse tenido en cuenta la desventaja y la desigualdad preexistente por motivos de género» (párr. 5). Asimismo, la Recomendación General nº 19, sobre «La Violencia contra la Mujer» (1992) aclara –por ejemplo– que

en la definición de la discriminación contra la mujer del artículo 1º, se incluye «[...] la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada» (párr. 6). Por su parte, la Recomendación General Nº 35, «Sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general núm. 19» (2017), subraya –entre otros aspectos– que las causas y efectos de las violencias se basan en el género y en la violencia más como un problema social que individual y requiere respuestas integrales de los Estados partes (párr. 9). Otro estándar internacional específico de protección de derechos de la mujeres es el derecho a la vida libre de violencias que emana de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer – Convención de Belém do Pará– que adopta un nuevo paradigma de los derechos humanos de las mujeres, adolescentes y niñas, al reconocer que lo privado es público y que los Estados tienen el deber indelegable de prevenir, erradicar y sancionar hechos de violencias basados en su género, tanto en los ámbitos públicos como privados. Este paradigma se basa en un diagnóstico que evidenciaba que es en el espacio privado donde las mujeres sufrían los mayores ataques a su dignidad por medio de diversas manifestaciones de violencias (MEJÍA G., L., «La Comisión Interamericana de Mujeres y la Convención de Belém do Pará: Impacto en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos», Revista IIDH, nº56, 2012, pp. 189-213).

A su vez, la mencionada Convención Interamericana debe interpretarse y aplicarse con las recomendaciones, informes y declaraciones emitidos por el Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI/OEA) y el Comité de Expertas del MESECVI (CEVI). Así, por ejemplo, el CEVI «[...]llama la atención sobre el femicidio como la expresión más extrema e irreversible de la violencia y discriminación contra la mujer», que consolida en el tiempo «[...] la visión hegemónica del hombre sobre la mujer como objeto de transgresión y el símbolo de la debilidad, una configuración de la estructura del poder del sistema patriarcal de dominación» (OEA/MESECVI, Tercer Informe Hemisférico sobre la Implementación de la Convención de Belém do Pará: Prevención de la Violencia contra las Mujeres en las Américas». Caminos por Recorrer, 2017, párr. 111).

En el mismo sentido, el CEVI enfatiza que, tanto los femicidios o feminicidios como la muerte violenta de mujeres, «[...]tienen su raíz en la desigualdad estructural entre mujeres y hombres, que encuentra en la violencia de género un mecanismo de reproducción de la opresión de las mujeres.

El sistema patriarcal ubica al hombre en una posición de poder en relación a la mujer que, a partir de mandatos culturales histórica y socialmente construidos, habilita la visión ostentada por los hombres para considerarla su pertenencia u objeto de dominación.

Esta relación se perpetúa a través de sistemas ideológicos y culturales que legitiman o naturalizan las distintas manifestaciones de violencia contra las mujeres» (OEA/MESECVI, Ley Modelo Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Muerte Violencia de Mujeres y Niñas (Femicidio/Feminicidio). Exposición de motivos, 2018, p. 11.).

En cuanto al estándar internacional de la debida diligencia reforzada, he afirmado –con cita del precedente de la Corte IDH en el Caso «**González y otras (Campo Algodonero) vs. México**»– que «[...] en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención de Belém do Pará» (sentencia del 16 de noviembre de 2009 párr. 258). Ligado a ello señalé –también en base a la jurisprudencia de la Corte IDH– que si el Estado argentino no actúa con debida diligencia en la investigación y sanción de este tipo de hechos, las autoridades pueden ser responsables por dejar de «[...]

ordenar, practicar o valorar pruebas que hubieran sido de mucha importancia para el debido esclarecimiento de los homicidios».

Asimismo, «[...] cuando existan indicios o sospechas concretas de violencia de género, la falta de investigación por parte de las autoridades de los posibles móviles discriminatorios que tuvo un acto de violencia contra la mujer, puede constituir en sí misma una forma de discriminación basada en el género» (Corte IDH, «**Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala**». Excepciones Preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 19 de mayo de 2014, parr.195 y 208; «**Caso de los Niños de la Calle vs. Guatemala**». Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C, N° 64, parr. 230) (ver, al respecto, mi voto en el fallo en pleno «Acuña»).

Ahora bien, en situaciones de violencias de mujeres durante una relación de pareja prolongada, con hijos y/o hijas en común y en familias patriarcales, se produce la naturalización de las violencias familiares y de género que conlleva la invisibilización –sobre todo– de las manifestaciones simbólicas, psicológicas y patrimoniales/económicas.

En estas familias construidas sobre los binarismos de la sexualidad y de género (femenino y masculino), los roles o papeles que mujeres y hombres deben desempeñaren el ámbito personal, familiar, social, laboral, etc. se basan en el determinismo biológico y cultural heterocentrado, y en un pensamiento dicotómico y jerarquizado de los sexos y relaciones sociales asimétricas de poder entre los géneros, en que la dominación masculina recurre incluso a la violencia extrema para lograr la subordinación de las mujeres y perpetuar su posición hegemónica y privilegiada en el sistema patriarcal (véase al respecto «**Scifo Rufini**»).

De ahí que otro estándar es el derecho de las mujeres en situaciones de vulnerabilidades, del que se desprende –por ejemplo– la obligación de analizar en el contexto situado cómo es la estructura y organización familiar y si existe el carácter cíclico de la violencia, en el que mujeres entrampadas en la relación de pareja y el amor romántico, creen que la pareja agresora cambiará al asumir actitudes de conquista, cuando en realidad su comportamiento funciona como reforzador para que ellas sigan en la relación de sometimiento (ver Recomendación General N.1 del Comité de Expertas del MESECVI sobre legítima defensa y violencia contra las mujeres de acuerdo al artículo 2 de la Convención de Belém do Pará, punto B.2, citada en «**González Sosa**»).

Núñez Noriega

Pues, en la heterosexualidad patriarcal, los binarismos sexuales y de género se apropian del discurso amoroso y construyen el amor romántico basado en que hombres y mujeres tienen naturalezas, roles, jerarquías y poderes diferentes, que se oponen y complementan destinados a unirse y atraerse –metáfora de «la media naranja»– para proveer a la pareja reproductiva que reproduce la familia y la sociedad patriarcal, con la consecuente deslegitimación de nuevas nociones de parejas, de amor y/o de familias entre personas que no participan de las concepciones dominantes patriarcales (NÚÑEZ NORIEGA, G. ¿Qué es la diversidad sexual?. 2ª ed. 2016. México: Ediciones Culturales Paidós, S.A. de C.V.pp. 61/78).

Por tanto, en investigaciones y juzgamientos de femicidios con perspectiva de género, resulta de gran relevancia no sólo transversalizar una mirada de género, sino también incluir la interseccionalidad de las discriminaciones en los análisis de las diversas manifestaciones de violencias contra mujeres, en razón que no integran un grupo homogéneo.

Así, por ejemplo, es diferente el contexto de violencia de género que rodea al entorno de una **mujer heterosexual, casada, adulta mayor orientada en los roles normativos del ser mujer** y que pudo ser

asesinada por violencia patrimonial, que la muerte violenta de una mujer joven, bisexual que subvertía el orden normativo (párr. 121 del Protocolo Latinoamericano).

Asimismo, en **femicidios de mujeres adultas mayores** es importante analizar si existe una historia de violencia previa, las características de la víctima y del victimario, la escena del crimen y las lesiones halladas en la autopsia.

Así, la violencia excesiva en el cadáver es propia de los femicidios íntimos por la resistencia que suele presentar la víctima, y entre los mecanismos de muerte más habituales se utiliza el apuñalamiento con instrumentos domésticos de fácil acceso y los traumatismos con la utilización de las manos (párrs.147, 148 y 217 del Protocolo Latinoamericano).

En el caso en revisión, la víctima era una mujer adulta mayor, con una historia previa de violencia de género, cuya escena del crimen y mecanismo de muerte mediante cincuenta y cinco apuñaladas demostró que fue atacada por sorpresa en la primera media hora del día 5 de marzo de 2018.

De las pruebas objetivas e indicios mencionados en el voto preopinante, se desprende que N.C. se defendió porque conocía con anterioridad a sus atacantes por haber realizado trabajos en su domicilio, como también, porque pudo haber advertido que su esposo los había mandado, ya que eran los hijos de su empleado de confianza, J. C. G..

De ahí la cantidad de lesiones propinadas a la víctima con los cuchillos que estaban en la cocina y la cantidad de manchas hemáticas en las habitaciones de la vivienda donde vivía, por las que se desplazó defendiéndose sin poder resguardar su vida, ante el propósito homicida de K. G., quien a pesar de haber recibido un llamado a su celular por parte de personal penitenciario al dispararse una alarma de su tobillera electrónica mientras la agredía –porque se encontraba con prisión domiciliaria–, no desistió hasta asesinarla para llevar a cabo el encargo de su padre y así poder obtener una recompensa o precio del empleador de su padre, el acusado L. H.

Rita Segato

La modalidad en que se llevó a cabo el femicidio de N.C. interpela también en el análisis de la intervención de los varones acusados –en tanto sujetos genéricos en una sociedad patriarcal– a la comprensión de cómo se construyen las relaciones de poder y de dominación masculina, por ejemplo, desde la teoría de género de Rita Segato a la que hice referencia en el caso «Di César».

La antropóloga feminista citada, en su tesis sobre etiología de la violencia afirma que «la comprensión de las relaciones de género juega un papel central [...] y que] parte del principio de que el fenómeno de la violencia emana de la relación entre dos ejes interconectados» (Las estructuras elementales de la violencia: Ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos, 2ª ed., Buenos Aires: Prometeo Libros. 2010. p.249).

Señala que en el sistema patriarcal, **la producción de la masculinidad** responde a procesos diversos a los de la femineidad, y a partir de evidencias de una perspectiva transcultural sostiene que la masculinidad «[...]es un estatus condicionado a su obtención -que debe ser reconfirmada con una cierta regularidad a lo largo de la vida- mediante un proceso de aprobación o conquista y, sobre todo, supeditado a la exacción de tributos de otro que, por su posición naturalizada en este orden de estatus, es percibido como el proveedor del repertorio de **gestos que alimentan la virilidad**» (La escritura en el cuerpo de las mujeres asesinadas en Ciudad Juárez: Territorio, soberanía y crímenes de segundo estado.1ª ed., Buenos Aires: Tinta Limón. 2013.pp. 23/24).

La autora explica que el primer **eje es horizontal y está formado por relaciones de alianzas o competición alternadas, organizadas** sobre la concepción de contrato entre iguales que rige categorías clasificadas

como pares o semejantes, donde la dinámica de la violencia se corresponde con la noción antropológica clásica de la circulación de las dádivas o trueques. El segundo eje que es vertical, se caracteriza por estratos marcados por un diferencial jerárquico y grados de valor, y las relaciones son de exacción forzada o de entrega de tributo, como en el género donde el tributo es de naturaleza sexual.

Señala que ambos ejes se articulan, se influyen mutuamente y se cruzan para formar un sistema único en el que el equilibrio es inestable y de consistencia deficiente, por lo que al contaminarse mutuamente el contrato y el estatus necesitan de un imput violento para mantener el orden interno, donde el contrato compele y coacciona a sus miembros a extraer y presentar el tributo apropiado en las relaciones de estatus en que participan, para no ser expulsados del orden de pares o desplazados como subordinados dentro del orden jerárquico.

De ahí que el requisito indispensable para formar parte del orden de pares es la capacidad de exacción en una economía de estatus, y el tributo que se obtiene –en una **economía simbólica** entre desiguales– es la credencial que los miembros se exigen para incluirse como semejantes, e incluso para la creación de fraternidades que sellan pactos de lealtad y silencio cuando manchan sus manos con la sangre de las mujeres asesinadas, donde el tributo rendido –el cuerpo femenino– «[...]es un festín macabro» destinado a acreditar el ingreso o permanencia en el orden de pares.

Por tanto, según **Segato, los crímenes y violencias en sus diversas tipologías giran en espiral a partir del mandato de poder del patriarcado**, por lo que género y patriarcado «[...] son la misma e indisoluble estructura» (La guerra contra las mujeres, 1ª.ed. Madrid: Traficantes de Sueños. 2016. pp. 250/255).

A partir de esta **teoría de género** y conforme las pruebas mencionadas en el voto preopinante, en las conversaciones de K. G. con sus pares A. y T. –en las que les comenta la forma como asesinó a NC, refiriéndose a ella como «**la vieja**», ya pesar que intentó defenderse y por cuyo crimen obtendría «un puro cheque»– se pueden analizar los dos ejes de interlocución de la teoría de género de Segato.

Así, en el **mensaje del eje vertical**, le habla a la víctima a través de un **discurso punitivo** en el que el destino de la mujer es ser víctima sacrificial, disciplinada, censurada, reducida por el acto violento; y en el eje horizontal, se dirige a sus pares para demostrarles su poder a través de su agresividad, compite con ellos para ocupar una posición destacada en una fratría viril que solamente reconoce un lenguaje jerárquico y una organización piramidal (cfr. SEGATO, R., La guerra contra las mujeres, pp. 39/40).

Aunado a lo expresado, no debe perderse de vista que la existencia de **prejuicios personales y estereotipos de género** que sostienen las desigualdades y discriminaciones de género, es otra de las causas y consecuencias de la violencia de género contra mujeres que «distorsionan las percepciones y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de hechos, lo que a su vez puede dar lugar a la denegación de justicia, incluida la revictimización de las denunciantes» (Corte IDH, Caso «López Soto y otros vs. Venezuela». Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de setiembre de 2018. Serie C No. 362, párr. 235/236; Caso «Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala», Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015. Serie C. No 307, párrafo 180).

Por consiguiente, y ante desigualdades y discriminaciones por razones de género, se erige también el estándar de amplitud probatoria libre de estereotipos y prejuicios de género – incorporado en el **art. 16 de la ley 26.485**– para acreditar los hechos de violencias contra mujeres, «teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos», en tanto el **art. 31** conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes (ver, al respecto, mis votos en los

precedentes «Galdeano Reyes» y «Acuña», así como el Modelo de protocolo latinoamericano citado, capítulo V, pp. 71/92).

Asimismo, como se ha mencionado en el voto preopinante y he referido en el **pleno «Acuña»**, el Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio) –basado en normas y estándares internacionales y regionales de derechos humanos–, contiene lineamientos y recomendaciones en casos de muertes violentas contra mujeres en contexto familiar y de género, en particular con relación a la indagación de los signos, indicios y circunstancias que rodearon la muerte, los antecedentes de la relación y la posible existencia de violencia de género previa (párr.224 y ss.).

También indica la relevancia de tener en cuenta la historia de la mujer víctima para contextualizar la investigación y poder resolver adecuadamente el crimen (párr. 227) (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Oficina Regional para América Central y ONU Mujeres. Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las mujeres violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio).

Aplicados los estándares mencionados al crimen de NC advierto –al igual que se expresa en el voto que lidera este pleno– que durante el debate quedaron acreditadas las diversas situaciones de violencias de género en sus manifestaciones psicológicas y patrimoniales que NC padeció por parte de su esposo, L. H.

De igual manera, el móvil que llevó a éste **«encargar» a su empleado de confianza, J. C. G.**, que le diera muerte a NC a como diera lugar para impedirle que efectivizara el divorcio y acciones penales en su contra, como **último acto de sometimiento y dominación masculina.**

Así ocurrió en la primera hora del día 5 de marzo de 2018, el día en que NC se iba a encontrar con sus abogados y abogada para concretar las acciones judiciales.

Me interesa también destacar que el Protocolo mencionado señala que «[n]o se trata de explicar el femicidio por las características del agresor, sino de **encontrar el agresor por las características del femicidio»** (párr. 127), e investigar no sólo «[...] el resultado de la conducta y su impacto en la víctima y en la escena del crimen, sino también en la repercusión que tiene en el agresor el crimen en términos de «recompensa» o «beneficios» para entender por qué se decide a llevar a cabo el femicidio» (párr. 99, el destacado me pertenece).

Esto es así porque la violencia contra mujeres es multifacética, por lo que para lograr un análisis y revisión integral de los **femicidios con perspectiva de género**, es importante también tener presente también el modelo ecológico feminista que recomienda el Protocolo Latinoamericano (párr.110).

Modelo ecológico feminista que recomienda el Protocolo Latinoamericano

Pues, este **modelo abarca cuatro esferas de análisis en cuatro niveles a saber:**

1) Nivel social o macro sistema: compuesto por las actitudes, creencias y representaciones culturales sobre los sexos y su influencia en estereotipos de lo que es ser hombre y ser mujer; prácticas patriarcales que legitima la violencia contra la mujer y se basa en relaciones de poder desiguales y opresivas; noción de masculinidad ligada a dominación, rigidez de roles de género; aprobación de la violencia como forma de resolución de conflictos cotidianos; idealización del amor romántico que legitima la subordinación de la mujer y dominación del hombre, el menosprecio de las capacidades de las mujeres, entre otros aspectos (párr. 111 a 113).

2) Nivel comunitario, exosistema o ecosistema: asociado a factores estructurales donde se desarrollan las relaciones de poder, tales como la dicotomía público/privado para aislar a la mujer de sus redes

familiares y sociales, y la afirmación de la identidad de grupo donde la violencia contra las mujeres es parte de un contexto de violencia organizada (párr. 114).

3) Nivel relacional o microsistema: relacionado con la organización familiar y entornos inmediatos de convivencia, como el ordenamiento familiar patriarcal, la dominación económica del varón, el conflicto familiar y las formas en que se transmiten los desacuerdos al interior de la familia y el consumo de sustancias adictivas (párr. 115 y 116).

4) Nivel individual, de historias personales o esfera microsocia: comprende la dimensión individual y la social, para analizar al presunto feminicida y antecedentes personales de la víctima y del victimario, a través de análisis de estereotipos personales y justificaciones de enfermedades, entre otras (párr. 117 y 118).

De modo entonces, que como la ley penal argentina no define el elemento normativo «violencia de género» contenido en el inc. 11º del art. 80 del CP, hay que interpretar y aplicar el marco convencional mencionado en investigaciones y juzgamientos de feminicidios, como también, **la ley nacional 26.485 que garantiza y protege todos los derechos reconocidos en las Convenciones citadas, entre otras normativas (art. 3 y conc.).**

Finalmente, entiendo necesario también subrayar que a pesar del marco normativo vigente en materia de derechos humanos y de violencia contra mujeres, el feminicidio de NC engrosa las estadísticas de feminicidios en los que son mayoría los perpetrados por la pareja o ex pareja, en la vivienda compartida o de la mujer, con arma blanca, los fines de semana a la madrugada y por violencias domésticas, según el Informe del **Registro Nacional de Feminicidios de la Justicia Argentina del año 2021**, elaborado por la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Por tanto, también debe tenerse presente que el momento de la ruptura de la pareja es de mayor riesgo para la mujer cuando ella toma la decisión e inicia acciones en tal sentido.

Es por ello que debe ser debidamente asesorada, patrocinada y acompañada con medidas preventivas de protección suficientes e integrales, proporcionadas tanto por el entorno familiar –de ser posible– como por los diversos efectores estatales y de la sociedad civil que deben intervenir con mujeres en situaciones de violencias de género, en consideración a la **multicausalidad del fenómeno de la violencia contra mujeres.**

Por las razones expuestas, y al considerar que no proceden los recursos interpuestos por las defensas de L. H. , J. C. G. y K. G., debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL TRIBUNAL EN PLENO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTAMOS.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL TRIBUNAL EN PLENO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTAMOS.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Suprema Corte de Justicia en pleno RESUELVE:

- 1.- Rechazar los recursos de casación interpuestos por las defensas técnicas de L. H. P. , J. C. G. O. y K. Y. G. D..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente las reservas del caso federal efectuadas.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. DALMIRO F. GARAY CUELI Ministro DR. JULIO R. GOMEZ Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro DRA. MARÍA TERESA DAY Ministro

14- HERRERA y ots. 22-09-22

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	M NN A	-	AF	PCE	-	EGT	A	-	CR	UP	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=889>

Lex: Art. 79, 41 Bis, 55, 162, 41 quater y 42 del CP

Vox: Homicidio agravado. Arma de fuego. Concurso real. Hurto simple agravado. Participación de un menor. Unificación de pena.

Summa:

El TPC condenó a la pena de **dieciséis años de prisión** por el delito de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego (art. 79 en función con el art. 41 bis del CP); y por el delito de hurto simple agravado por la participación de un menor de edad en grado de tentativa (arts. 162, 41 quater y 42 del CP). Asimismo unificó la pena con la anteriormente impuesta, disponiendo la **pena única de diecinueve años de prisión** mediante método aritmético. (Art. 58 CP)

La defensa interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP). Agravios: interpretación de la prueba y la calificación legal (Art. 95 o 34 inc. 6 del CP).

El Procurador General entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La SCJM rechazó el recurso de casación. Indicó que quien invoca un vicio **in iudicando** debe atenerse a los hechos fijados por el a quo, sin discutirlos ni modificarlos (L.S. 464-080).

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1886, pronunciada por el TPC N° 2-1° CJ.

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Palermo (Licencia).

Fallo

CUIJ: 13-06803409-9/1((018602-33276)) FS. C/HERRERA KEVIN HERNÁN, GUAJARDO RIVERO CARLOS DAVID, HERRERA SANCHEZ RODRIGO P/HOMICIDIO SIMPLE AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO (33276) (33276/20) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106057281*

En Mendoza, a los veintidós días del mes de septiembre del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-06803409-9/1, caratulada “F. / RODRIGO SEBASTIAN HERRERA SANCHEZ P/ HOMICIDIO SIMPLE AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO, y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa del acusado Rodrigo Sebastián Herrera Sánchez interpone recurso de casación contra la sentencia n° 1.886 y sus fundamentos, en cuanto condena al acusado a la pena de dieciséis años de prisión por el delito de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego (art. 79 en función con el art. 41 bis del CP); y por el delito de hurto simple agravado por la participación de un menor de edad en grado de tentativa (arts. 162, 41 quater y 42 del CP).

El pronunciamiento fue dictado en las causas N° P-33.276/20 y N° P-84.341/20, respectivamente, por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial. En el mismo pronunciamiento, se unificó la pena impuesta por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 a la pena de tres años de prisión de ejecución condicional dictada para fecha 7 de agosto de 2018 en los autos N° P-71.826/12, con la aplicada en los presentes, condenando al nombrado a la pena única de diecinueve años de prisión de cumplimiento efectivo.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde? TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La resolución cuestionada establece, en lo que aquí respecta, que ha quedado acreditado en el debate que «[e]l día 26 de abril de 2020, siendo aproximadamente las 5:00 hs., José Humberto Herrera se encontraba en la puerta de su casa ubicada en Ruta Provincial n°23, frente al asentamiento Santo Tomás de Aquino, El Algarrobal, Las Heras. Luego de un altercado que se habría ocasionado con algunos vecinos, la víctima fue abordado por Rodrigo Sebastián Herrera Sánchez, quien se le acercó y le efectuó un disparo de arma de fuego a la altura de la sien izquierda, lo que produjo su deceso».

Para así decidir, el tribunal de sentencia valoró, entre los elementos de juicio más relevantes, las declaraciones testimoniales de Estefanía Bazán, Mariela Vargas y Mercedes López, el informe de necropsia de fs. 211/212, los informes RC N° 449/20 y 450/20 de Policía Científica de fs. 126/134, el informe del Laboratorio de Microscopia Electrónica de Barrido de fs. 113.

2.- Recurso de casación

La defensa plantea recurso de casación contra la resolución antes individualizada, en razón de lo dispuesto por el art. 474, incs. 1 y 2 del CPP.

Es decir, por adolecer el pronunciamiento cuestionado de **vicios sustanciales y vicios de procedimiento**.

Señala que la sentencia resulta arbitraria ya que existió un claro **vicio de motivación**, en virtud de que no se alcanzó el grado de certeza requerido para el dictado de una sentencia condenatoria.

Entiende que el tribunal sentenciante fundó la responsabilidad de Herrera Sánchez en las declaraciones de testigos ambientales, lo que fue considerado como prueba esencial y no como un indicio.

Sostiene que no se agotó la investigación en profundidad, violándose el derecho de defensa y el debido proceso, lo que de no haber sido así podría haber evitado la elevación a juicio.

En este sentido, considera que **debió realizarse una inspección ocular**, ya que es un medio de prueba que permite una percepción directa del magistrado de las cosas y huellas del lugar del hecho.

Del mismo modo, asegura que debió realizarse una reconstrucción del hecho ya que, de acuerdo a las declaraciones recibidas, se podría haber comprobado si los hechos acontecieron o pudieron acontecer del modo que lo describió el acusado. Sostiene que el tribunal de grado no valoró la prueba producida en autos de manera correcta y completa.

En este sentido, entiende que se el tribunal consideró corroborados los testimonios ofrecidos por el representante del Ministerio Público Fiscal, sin meritar aquellas declaraciones con las pruebas materiales.

Asegura que el tribunal de la instancia anterior desvirtuó de manera categórica la versión de los hechos brindada por el acusado Herrera, quién no negó la existencia de una riña, un forcejeo ni haber tenido contacto físico con el arma de fuego.

De este modo sostiene que, de acuerdo con lo declarado por su asistido, se produjo una riña entre Moyano Quiroga y el acusado Herrera Sánchez, en donde el primero tenía un arma de fuego, y en el forcejeo ambos tomaron el arma.

En tal circunstancia, el acusado desvió el arma que apuntaba contra su persona y es allí donde se disparó el arma de manera accidental.

Así, el proyectil de ese arma impactó en la víctima, en el momento en que ésta se acercaba desde atrás del acusado para defender a Moyano Quiroga.

Agrega que la mecánica de los hechos es evidente por las circunstancias que lo rodearon. Por un lado, la edad y contextura de Rodrigo Herrera y, por otro, la de las personas enemistadas con él, siendo éstos jóvenes, fuertes, mucho más grandes físicamente y superiores en cantidad de integrantes.

Sostiene que si bien no existen pruebas objetivas que avalen los dichos de su defendido, no por ello debe meritarse como falaz la declaración de Rodrigo Herrera, ya que las pruebas deben valorarse teniendo en cuenta su estado de inocencia.

Luego de transcribir todas las declaraciones testimoniales producidas durante el debate, asegura que todos **son testigos de «oídas» del momento** preciso de la discusión, pelea y forcejeo entre Oscar Santos Moyano Quiroga y el acusado Rodrigo Herrera.

Luego de describir las contradicciones en los testimonios prestados por Santos Quiroga durante la investigación penal preparatoria y en el debate sobre lo acontecido el día del hecho –con motivo de lo cual se le pidió compulsar por falso testimonio–, destaca que el testigo negó conocer al acusado Rodrigo Herrera. Luego, señala que tampoco dijo saber algo respecto de la muerte de la víctima.

Asegura que con esta declaración su parte se vio privada de contar con una declaración verdadera, que era fundamental para el descubrimiento de la verdad real.

Menciona que otro aspecto de la acusación que fue controvertido se vincula con que el fiscal hizo mención a los golpes y «cachazos» que supuestamente efectuaron los coimputados en la cabeza de la víctima, pero tales extremos fueron desestimados por el informe del Cuerpo Médico Forense.

Agrega que por ello el representante del Ministerio Público Fiscal decidió no mantener la acusación formulada para los demás acusados en autos.

Concluye que al no meritar el tribunal de sentencia la prueba objetiva, descalificar la declaración del acusado, sin siquiera cotejarla con los hechos acordados, debe aplicarse el beneficio de la duda y absolver al acusado Herrera Sánchez.

De manera subsidiaria, solicita se aplique el tipo penal de homicidio en legítima defensa u homicidio en ocasión de riña. Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General estima que el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado no puede prosperar, **en tanto no se advierte en la sentencia cuestionada una inobservancia de las normas que pudiera acarrear la nulidad**, debiendo confirmarse la validez de la sentencia.

Señala que de la lectura de los fundamentos de la resolución cuestionada se advierte que para arribar a la certeza acerca de la existencia material de los hechos y la autoría del acusado, el plexo probatorio fue analizado y cotejado en su totalidad por el tribunal de sentencia.

En este sentido, advierte que el tribunal de juicio efectuó una valoración en conjunto de la prueba existente, y justificó de manera detallada la adopción de la versión aportada por los testigos de cargo y la consideración de inconsistente de la declaración del acusado y los testigos de descargo.

Concluye que la sentencia atacada se encuentra debidamente motivada, por lo que el planteo de la defensa es infundado y no debe prosperar.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia condenatoria dictada en la presente causa corresponde adelantar que, por los motivos que a continuación se exponen, la impugnación no resulta procedente. Veamos.

a- Acerca de la errónea valoración de la prueba

De manera previa resulta pertinente destacar que el censurante dirige sus agravios en relación con los fundamentos brindados por el tribunal sentenciante en la causa N° P-33.276/20 donde el acusado Rodrigo Sebastián Herrera Sánchez resultó condenado como autor del delito de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego.

De tal manera, el pronunciamiento dictado en la causa N° P-84.341/20, en donde el acusado fue condenado por el delito de **hurto simple agravado por la participación de un menor de edad en grado de tentativa**, al no haber sido recurrido se encuentra firme.

Sentado ello, en lo que sigue me abocaré a explicar por qué los vicios invocados no pueden ser recibidos, en tanto **no advierto en la sentencia cuestionada vicios capaces de calificarla como un acto jurisdiccional inválido**.

De manera preliminar, es preciso aclarar que la defensa mediante sus críticas pretende obtener, a partir de sus consideraciones sobre **la omisión de pruebas objetivas relevantes y de una interpretación parcial –y menos gravosa– de los distintos elementos de juicio agregados al debate, una modificación de los hechos y, en consecuencia, una calificación legal que lo beneficie**.

De este modo, se advierte que la defensa en esa tarea no realiza un análisis crítico de cada uno de los argumentos desarrollados por el tribunal sentenciante para sostener la responsabilidad de Herrera Sánchez en el hecho que se le atribuye, lo que deriva en un **déficit argumentativo en sus pretensiones**.

En concreto, la defensa para sostener su postura sobre la ocurrencia de los hechos, por una parte, omite considerar las conclusiones de los distintos informes obrantes en la causa que sostienen la hipótesis acusatoria y, por otro lado, intenta desvirtuar lo declarado por los testigos en audiencia de debate, con el solo argumento que se tratan de **testigos de «oídas»**.

En primer orden, debo destacar que el tribunal de sentencia, al valorar la versión de los hechos brindada por el acusado, argumentó suficientemente el **rechazo de su verosimilitud como hipótesis alternativa a la acusación presentada por el acusado**.

Así, el tribunal de grado al reseñar lo manifestado por el acusado en oportunidad de ejercer su defensa material, destacó que Herrera Sánchez sostuvo que en ocasión de mantener una discusión con Oscar Moyano Quiroga, éste extrajo un arma de fuego y lo apuntó a la cabeza. En ese instante, tomó el arma de fuego y comenzó un forcejeo entre ambos.

Sostuvo que en ese momento la víctima «se me viene como para quererme agarrar de atrás y yo ahí levanto el arma y se escucha la detonación».

Agregó que en el forcejeo todos se encontraban de pie, y la víctima se encontraba «cerquita, no muy lejos, casi llegando a mí».

Al respecto, el tribunal de la instancia anterior consideró que la versión de los hechos brindada por el acusado Herrera Sánchez, no encontraba sustento en ningún medio probatorio y que, por lo contrario, se contraponía abiertamente a la prueba objetiva que ha sido legítimamente incorporada al proceso.

De este modo, en primer orden analizó los informes elaborados por la **Policía Científica** (informes RC N° 449/20 y 450/20) donde se concluyó que, de acuerdo a la incidencia de fuerza de origen, el autor del hecho se posicionó por delante y a la izquierda de la víctima.

Entendió el tribunal de grado que «[a]quí aparece el primer aspecto relevante que desvirtúa los dichos del justiciable, por cuanto según su versión, la víctima se le aproximó por su lado izquierdo «como queriendo agarrarlo de atrás» (ver fundamentos, pág. 6).

Otro aspecto considerado por el tribunal sentenciante es **la distancia** –respecto de la víctima– en que el autor habría efectuado el disparo de arma de fuego. En este punto, destacó el informe elaborado por el Laboratorio de Microscopia Electrónica de Barrido, de donde se desprende que el disparo fue realizado a una distancia comprendida entre dos y diez centímetros respecto de la víctima.

Entendió que ello es «francamente incompatible con la posición graficada por el encartado». Al respecto, reiteró que el acusado refirió que la víctima estaba «“cerquita, casi al lado”, pero jamás dijo que su cabeza se encontraba casi pegada a la punta del arma de fuego» (ver fundamentos, pág. 6).

En el mismo sentido, el tribunal sentenciante consideró el informe de la necropsia realizada a la víctima por el Cuerpo Médico Forense, de donde se desprende que **la trayectoria del proyectil** es de adelante hacia atrás, de izquierda a derecha y de arriba hacia abajo.

En este orden, el tribunal destacó que «[...] ya la trayectoria descendente también resulta ostensiblemente incompatible con la secuencia narrada por el encartado Rodrigo Herrera».

A lo señalado, agregó que de acuerdo con la altura de la víctima (dieciséis centímetros más alta que el acusado) y la dinámica de los hechos descrita por Herrera Sánchez, donde aseguró que ambos estaban parados en el momento en que se produjo el disparo de arma de fuego que lesionó a la víctima, la trayectoria del disparo debió haber sido de abajo hacia arriba.

Así, concluyó el tribunal de la instancia anterior que «[...] sencillo es concluir que el disparo jamás pudo haber descrito la trayectoria de «arriba hacia abajo», fehacientemente constatada por el Cuerpo Médico

Forense», por lo que «[t]al extremo termina por destruir la endeble estrategia defensiva intentada por el justiciable» (ver fundamentos, pág. 7).

Por su parte, el tribunal de sentencia entendió que la prueba objetiva analizada corroboraba lo declarado por Estefanía Bazán, quien –contrariamente a lo señalado por el recurrente– aseguró que pudo observar el preciso momento en que el acusado Rodrigo Herrera Sánchez disparó el arma de fuego contra la víctima.

Consideró el tribunal de sentencia creíble el testimonio de Bazán, no sólo porque no se advertía un interés en perjudicar ilegítimamente al acusado, sino también porque desvinculó de la ejecución del disparo de arma de fuego que lesionó de manera letal a la víctima a los que fueron también sindicados como coautores del hecho (ver fundamentos, pág. 7).

Agregó el tribunal de grado que las testigos Mariela Vargas y Mercedes López, si bien –como lo destaca la defensa– no fueron testigos presenciales, sí **confirmaron las circunstancias concomitantes al hecho**, como así también, lo manifestado por Bazán en cuanto a quién fue el autor del disparo que terminó con la vida de José Humberto Herrera.

Por tal razón, no procede el cuestionamiento de la defensa respecto de la valoración de aquellas declaraciones testimoniales, puesto que no sólo no constituyeron un argumento central en los fundamentos de la responsabilidad del acusado, sino que la defensa no realiza **un análisis global con los elementos periféricos objetivos que fundaron principalmente la solución condenatoria**.

En definitiva, y al como se dijo, frente a estas consideraciones del tribunal de juicio, la defensa no presenta argumentos que logren desvirtuar su razonamiento.

En función de ello, y como adelantara, debe desestimarse la pretensión de la defensa, en tanto no se comprueba en el presente la violación a las normas legales denunciadas por el quejoso, siendo la sentencia que se recurre una resolución suficientemente fundada a la vez que respetuosa de las reglas de la sana crítica en la valoración de la prueba.

b.- Críticas acerca de la calificación legal

Habiéndose rechazado los **vicios formales en torno a la valoración probatoria** de los extremos de la imputación que conforman los fundamentos de la resolución atacada, corresponde analizar los **vicios sustanciales** expuestos por el censurante de manera subsidiaria.

Tal como se adelantara, la defensa del acusado reprocha que la sentencia condenatoria aplica erróneamente el derecho, al encuadrar la conducta desplegada por su representado en una calificación jurídica que, en su opinión, resulta errónea, debiendo subsumirse los hechos en la figura del homicidio en riña (art. 95 del CP) o en el supuesto legal contemplado en el art. 34 inc. 6 del CP.

No obstante no explicar el recurrente de qué manera entiende que su hipótesis sobre la ocurrencia de los hechos podría encuadrar en los tipos penales propuestos, su planteo no puede prosperar.

En efecto, atento a la vinculación entre los agravios formales y sustanciales expuestas en el inicio del presente análisis, el rechazo a los primeros conduce necesariamente a la negación de los segundos.

Es que al haberse confirmado la plataforma fáctica que el tribunal de sentencia tuvo por acreditada en oportunidad de dictar sentencia condenatoria, la pretensión de la defensa acerca de la modificación del encuadre jurídico de la conducta endilgada a su defendido, debe ser rechazada.

Dicho de otro modo, si el agravio sustancial encuentra como único sustento una modificación de la plataforma fáctica sobre la que se asienta la calificación legal, denegado el primero, debe ello tener virtualidad manifiesta sobre lo segundo.

Al respecto, cabe señalar que la expuesta es la posición asumida por este Tribunal, en tanto el recurrente debe **ceñir su pretensión impugnativa a los hechos acreditados, toda vez que quien invoca un vicio sustantivo no puede desconocerlos ni modificarlos.**

Esta exigencia formal deriva de la esencia misma del control que permite este motivo casatorio, ya que con él se procura analizar el vicio sustancia atribuido a la resolución objetada, el que siempre versa sobre una interpretación propiamente jurídica, sin que se puede evaluar ni alterar el material fáctico alcanzado por esa interpretación, el que queda fijado por el Tribunal inferior. (L.S. 473-163).

De tal modo, la invocación de un vicio sustantivo supone el respeto inexorable de los hechos fijados en la sentencia, por ende no puede esgrimirse un error en la aplicación de la norma sobre la base de un error en la motivación del fallo.

En definitiva, quien invoca un vicio **in iudicando** debe atenerse a los hechos fijados por el a quo, sin discutirlos ni modificarlos (L.S. 464-080).

Por todo ello, y en sentido coincidente con el señor Procurador General, entiendo corresponde contestar negativamente la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado, confirmándose la sentencia impugnada en su totalidad. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

Sobre la misma cuestión el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede.

Con lo que se terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, RESUELVE:

- 1.- Rechazar al recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de Rodrigo Sebastián Herrera Sánchez y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 1.886 dictada por el Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese.

DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP).
Secretaría, 22 de septiembre de 2022.-

15- SOSA. 13-10-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	-	-	-	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	200

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=924>

Lex: Art. 84, 2° párrafo, 2, 12, 29 inc. 3 CP. Ley 25189. Art. 48 de la Ley 6082. Ley 4976.

Vox: Homicidio culposo. Conducción antirreglamentaria. Víctimas fatales plurales. Condena efectiva. Los abogados deben tener una conducta ajustada a los principios de lealtad, probidad y buena fe. Compulsa al Colegio de Abogados.

Summa:

El TPC condenó al nombrado a la pena de **cuatro años de prisión y diez años de inhabilitación especial** para la conducción de vehículo automotor por encontrarlo autor penalmente responsable del delito de homicidio culposo por la conducción antirreglamentaria de un vehículo automotor y por ser más de una las víctimas fatales (arts. 84, segundo párr. –TO **Ley 25189**–; 2, 12 y 29 inc. 3 del CP).

La defensa interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP). Sus agravios: nulidad por déficit en la grabación, valoración probatoria y modalidad de cumplimiento de la pena.

El Procurador General entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La SCJM rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1467, pronunciada por el TPC N° 2-1°CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Sobre nulidad.

- «Brizuela Garro»
- «Lorente»
- «Flores Blanes»
- «Rojas Cabezas»
- «Ramírez Terán»

Sobre modalidad de cumplimiento y quantum de la pena.

- «Chacón Azeglio»
- «Gutiérrez Farias»

Precedentes relacionados

a-SCJM

- Ver Ortubia Zabaleta. 29-03-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=760>

SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo

Fallo

CUIJ: 13-05677104-7/1((038601-2484)) F. Y Q. PARTICULAR C/ SOSA JULIO RICARDO P/ HOMICIDIO CULPOSO AGRAVADO POR LA CONDUCCION ANTIRREGLAMENTARIA DE UN VEHICULO AUTOMOTOR Y POR SER MAS DE UNA LAS VICTIMAS FATALES (2484) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105860862*

En Mendoza, a los trece días del mes de octubre del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-05677104-7/1 caratulada “F. y Q. PARTICULAR c/ SOSA JULIO RICARDO P/ HOMICIDIO CULPOSO AGRAVADO POR LA CONDUCCIÓN ANTIRREGLAMENTARIA DE UN VEHÍCULO AUTOMOTOR Y POR SER MÁS DE UNA LAS VÍCTIMAS FATALES (2484) S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, Dr. MARIO D. ADARO, segundo Dr. JOSÉ V. VALERIO y tercero Dr. OMAR A. PALERMO.

El defensa de Julio Ricardo Sosa Lucero interpone recurso de casación contra la sentencia n° 2.204 dictada por el Tribunal Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción que lo condenó a la pena de cuatro años de prisión y diez años de inhabilitación especial para la conducción de vehículo automotor por encontrarlo autor penalmente responsable del delito de homicidio culposo por la conducción antirreglamentaria de un vehículo automotor y por ser más de una las víctimas fatales (arts. 84, segundo párr. –TO Ley 25189–; 2, 12 y 29 inc. 3 del CP) en los autos P-2484/16.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El juez de la instancia anterior tuvo por acreditado el hecho esbozado en la requisitoria fiscal según el cual «[s]urge acreditado en autos que el día 29 de enero de 2016, siendo aproximadamente las 16:00hs., las víctimas María Soledad Barrios, Mario Valentín Orozco, Diego Román Orozco y Franchesco Lautaro Gautier circulaban a bordo de la motocicleta marca Yamaha 110 cc, color azul, dominio 072-CPZ con dirección de marcha hacia el Este por calle Alem s/n, casi intersección con calle Mariana Gómez, de la Ciudad de Rivadavia, cuando JULIO RICARDO SOSA LUCERO, quien circulaba en sentido de marcha contrario por la referida arteria al mando de un rodado Iveco modelo Daily, dominio PKJ-9151, color blanco, violando lo establecido por el artículo 48 de la Ley 6082, de manera antirreglamentaria, invadió carril de circulación de las víctimas e impactó de frente a las mismas provocando su muerte».

Para así decidir, el juez valoró, entre los principales elementos de prueba, las declaraciones de Julio Ricardo Sosa Lucero, Tamara Soledad Scacciante, Sabrina Verenice Sánchez, Claudia Marilyn Pérez, Paula María de los Ángeles Pérez, Leila Rocío Amar Oliva y toda la prueba instrumental incorporada al debate.

2.- Recurso de casación

La defensa interpone recurso de casación de conformidad con el art. 474 inc. 2 del CPP.

En primer lugar, afirma que se ha incumplido con la fundamentación de la sentencia, lo que da lugar a la declaración de su nulidad absoluta.

Manifiesta que debido a una **deficiencia técnica no se puede oír la totalidad de los fundamentos** expuestos por el tribunal de la instancia anterior forma oral.

Especifica que el último día de debate se le otorgó un pendrive con la grabación de audio y video de la totalidad del debate y la sentencia con sus fundamentos orales. Detalla que, por razones técnicas, no se puede escuchar desde el minuto 11:25 a 13:23 y desde el minuto 13:40 al 25:32 en los que se encontraban registrados parte de los fundamentos de la sentencia de condena.

A ello agrega que la sentencia no ha fundado el rechazo a la solicitud de la defensa de que, en caso de imponer pena, se hiciera bajo la modalidad de condenación o ejecución condicional.

Al respecto puntualiza que la determinación de la pena no se encuentra fundada y se omitió requerir los informes para formar criterio a los fines de la modalidad de ejecución de la pena a imponer. Ante lo puesto en conocimiento por la defensa de Sosa Lucero, se procuró la ecualización de la grabación audiovisual de la audiencia en la que se expuso la sentencia con sus fundamentos.

El resultado del proceso a cargo de **la Oficina de Comunicaciones de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza** fue puesto a disposición de la defensa, emplazándosela para que en el término de quince días, desde aquél momento, expusiera sus agravios.

Al momento de contestar la defensa del acusado el emplazamiento cursado cuestiona el plazo otorgado por esta Sala Segunda. Afirma que éste es ilegal y nulo, de nulidad absoluta.

Reitera que el audio original es nulo en virtud de una deficiencia técnica porque no permite a la defensa escuchar los fundamentos de condena.

A ello, agrega la denuncia de que mediante la ecualización de la audiencia grabada se ha manipulado su audio y, en consecuencia, afirma la manipulación de los fundamentos de la sentencia. Cuestiona la aplicación del plazo previsto por el art. 191 del CPP –tres días– para la expresión de agravios. Mantiene sus cuestionamientos de nulidad absoluta a los fundamentos de la sentencia de condena por la deficiencia técnica por ausencia absoluta de audio.

En segundo lugar, en relación con la **pena impuesta crítica**:

- a) que los argumentos expresados sobre la determinación de la pena resultan contradictorios y no se tuvo en cuenta las razones atenuantes expresadas en el debate,
- b) la falta de fundamentos de la imposición de condena bajo la modalidad de pena de cumplimiento efectivo,
- c) la omisión de requerimiento de informes para la formación de criterio y resolución de aplicación de una pena de cumplimiento condicional.

Agrega que la sentencia posee fundamentación arbitraria por exponer una errada valoración de la prueba, con omisión de declaraciones de testigos y de lo informado en el informe de accidentología vial. Puntualiza que no se ha explicado la posibilidad de que el accidente vial se produjera como consecuencia de un acto reflejo, por lo que sostiene que mantiene la existencia de duda que debería beneficiar al acusado con su absolución.

Finalmente, manifiesta que ha puesto en conocimiento de la **Comisión Interamericana de Derechos Humanos** de las presentes actuaciones por violación del derecho al recurso o doble conforme.

Ello en tanto se desarrolló un debate y se condenó a Sosa Lucero mientras se espera la resolución del recurso de queja interpuesto ante el Máximo Tribunal Nacional por una solicitud defensiva de suspensión del juicio a prueba rechazada en todas las instancias anteriores. Finalmente, tanto en su presentación inicial como en la segunda oportunidad formula la reserva de caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General dictamina a fs. 515/516 vta. en relación con el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado Sosa Lucero.

Afirma que el remedio casatorio procede formalmente –con salvedad de lo que identifica como tercer agravio–, mas no corresponde hacer lugar desde lo sustancial.

Respecto del **planteo de nulidad por deficiencia en la grabación del audio** en el que se expusieron los fundamentos del Tribunal para condenar a Sosa Lucero en las presentes actuaciones, considera que no corresponde hacer lugar al planteo por **no haberse afectado** el derecho de defensa en el caso de autos.

Ello, en tanto que todas las partes se encontraban presentes en la audiencia en la cual el tribunal de la instancia anterior dictó sentencia de forma oral y expuso los fundamentos de su decisión.

En segundo lugar, respecto a la pretensión de **imposición obligatoria de condena condicional** cuando lo solicita la defensa, también propicia su rechazo.

Afirma que el art. 26 del CP establece **una facultad al tribunal que no implica una obligación legal**.

A ello agrega que considera razonable los fundamentos expuestos en la sentencia para aplicar la pena que impuso de forma efectiva.

Por otra parte, refiere que la fundamentación arbitraria denunciada resulta un agravio genérico que no permite realizar el análisis pretendido por la defensa y propicia su rechazo formal.

En relación con los agravios de la defensa luego de la ecualización del audio de la audiencia en la que se dictó la sentencia con sus fundamentos, reafirma su posición sobre el su rechazo sustancial del recurso.

Respecto del decreto dictado por esta Suprema Corte de Justicia, descarta los argumentos defensivos en razón de que los requisitos para la interposición del recurso de casación según el Código Procesal Penal impone la indicación de cada motivo con su fundamento y que la precisamente al subsanarse el defecto técnico y concederse un nuevo plazo se garantizó el derecho de defensa.

Reitera su criterio sobre que la realización de la audiencia de dictado de sentencia con sus fundamentos en presencia de todas las partes es lo que ha resguardado el ejercicio de aquel derecho.

Además, entiende que ello contesta al planteo defensivo sobre manipulación de los fundamentos, debido a que las razones de condena se desarrollaron en presencia de todas las partes.

Sobre los cuestionamientos a la valoración probatoria, destaca que la sentencia **analizó debidamente, y en conjunto el plexo probatorio**, con especial atención en las declaraciones testimoniales de quienes presenciaron el accidente vial.

Por lo que reitera el criterio de confirmación de la sentencia. En consecuencia, considera que debe confirmarse la sentencia de la instancia anterior.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación interpuesto entiendo que, por los argumentos que a continuación se exponen, corresponde rechazar la impugnación.

Los agravios expresados por la defensa pueden ser ordenados en tres ejes diversos a los fines de su tratamiento.

Así, se distinguen críticas sobre nulidades relativas con la videograbación de la audiencia en la que se dictó sentencia, sobre la valoración del plexo probatorio incorporado durante el debate y sobre la modalidad de ejecución de la pena impuesta en la condena.

a.- Nulidades relativas al registro de la audiencia de sentencia de condena

Respecto al registro de la audiencia desarrollada en fecha 23 de diciembre de 2020 los cuestionamientos a abordar son los siguientes:

1) la nulidad de la sentencia en virtud de las deficiencias técnicas en el registro del audio de la audiencia en la que se dictó sentencia y se expusieron sus fundamentos; y,

2) la nulidad del plazo concedido a la defensa por esta Suprema Corte de Justicia a los fines de expresar agravios una vez ecualizado el audio bajo crítica y la denuncia de manipulación de esta Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia del audio registrado y de los argumentos expresados durante la audiencia. En relación con las deficiencias técnicas advertidas en el registro del audio debe señalarse que al ser advertido aquello por la Secretaría del Tribunal se procuró su solución.

En este sentido, se solicitó la intervención de la Oficina de Comunicaciones de la Tercera Circunscripción, la que logró ecualizar el sonido de la audiencia en cuestión. Salvado el defecto técnico, se puso a disposición de la defensa el registro audiovisual ecualizado, en el cual constaban los fundamentos orales de la sentencia cuestionada, y se le otorgó a la defensa el plazo de quince días para que expresara agravios. Téngase presente que idéntico plazo prevé el **art. 480 del CPP** para interposición del recurso de casación. La defensa de Sosa Lucero, luego de ello, mantiene el planteo de nulidad por deficiencia técnica sin apreciar que el inconveniente ha sido salvado y que, de acuerdo con las particularidades del caso, se le otorgó un plazo que, como se dijo, es idéntico al previsto en el art. 480 del CPP.

Estimo que esta pretensión de la defensa constituye un pedido de nulidad por la nulidad misma. Esto, por cuanto no explica las razones por las que mantiene la solicitud cuando ya se logró ecualizar el sonido ni cuál sería la afectación de derechos que se produciría, lo que decide el rechazo de su pretensión.

Al respecto, debe recordarse el criterio de esta Sala, que sostiene que la sanción procesal de nulidad no constituye un fin en sí mismo, sino que tiene por objeto preservar todas las garantías constitucionales, motivo por el cual debe primar un criterio de interpretación restrictiva y sólo cabe pronunciarse por la anulación cuando exista **un derecho o interés jurídico legítimo lesionado**, de modo que causa un perjuicio irreparable, de acuerdo a lo dispuesto por el **art. 200 del CPP** (ver al respecto «Brizuela Garro», «Lorente» y «Flores Blanes»).

Asimismo, ha dicho este Cuerpo que «[...] las nulidades no pueden ser declaradas en el solo beneficio de la ley [...]» y que «[...] declarar la nulidad por la nulidad misma implica un formalismo excesivo que no tendría razón de ser, entre otros motivos, por razones de economía procesal. Así la ley procesal, se aparta del culto de las formas y exige que de ellas provenga un concreto agravio a los derechos de las partes» (ver **al respecto «Rojas Cabezas» y «Ramírez Terán»**).

Similar situación se presenta en relación con la crítica al plazo otorgado para que la defensa presentara agravios. La defensa del acusado expone con extensión su posición respecto a las modificaciones legislativas sobre diversos plazos que posee el Código Procesal Penal respecto de distintos actos procesales.

Sin embargo, no explica en qué consistiría la nulidad o cómo se afectarían derechos del acusado al habersele concedido, tal como se dijo, quince días hábiles para analizar el audio de registro de la audiencia una vez ecualizado y, sobre su base, presentar los agravios que estimara pertinentes para estudio por esta Sala.

La defensa sostiene, que el plazo correcto debería haber sido de tres días y pretende la nulidad de un plazo mayor –quince días–, pero sin dar razón alguna de cómo se ha perjudicado al acusado.

Respecto a estos planteos corresponde decir que, en primer lugar, el acto sentencial se produjo en presencia de todas las partes el día de la audiencia, por lo que pudieron apreciar con sus propios sentidos los argumentos del Tribunal para condenar a Sosa Lucero por homicidio imprudente por la conducción antirreglamentaria de un vehículo automotor y por ser más de una las víctimas fatales.

En segundo lugar, como ya expliqué, se tuvo en consideración el planteo sobre el registro de la audiencia y se logró su ecualización.

En tercer lugar, se le concedió plazo suficiente – mayor al que la defensa estima correspondiente– para analizar el audio y expresar agravios.

Entiendo importante advertir que la intervención de la Oficina de Comunicaciones resultó efectiva al punto tal que en la segunda expresión de agravios de la defensa ha podido detallar sus cuestionamientos a la valoración probatoria expuesta por el tribunal de la instancia previa, lo que no pudo efectuar en su primera presentación.

Ello es demostrativo de la posibilidad de escuchar el registro auditivo y advertir los puntos que esa parte entiende criticables y detallarlos para que sean analizados en esta instancia.

En consecuencia, al no advertirse afectación perjudicial de derechos del acusado corresponde la desestimación del planteo. En relación con la denuncia efectuada por la defensa respecto a la manipulación del registro auditivo y la afectación de los argumentos expuestos en primera instancia, entiendo relevante recordar que tanto la **ley provincial 4.976** de ejercicio de la abogacía y procuración en su art. 25 establece que son deberes de los/as abogados/as «[...]observar **una conducta ajustada a los principios de lealtad, probidad y buen fe**», como el Código de Ética provincial en su art. 16 asevera que «[e]n sus expresiones verbales o escritas el abogado debe usar la moderación y energía adecuada, tratando de decir nada más que lo necesario al patrocinio que se le ha confiado. En la crítica del fallo o de las actuaciones de un Magistrado o Tribunal debe cuidarse de proceder con el máximo respeto a las personas e instituciones, absteniéndose de toda expresión violenta o agraviante».

Con mayor especificidad el Código de Ética estima en su **art. 49** que «[e]s deber del abogado guardar el debido respeto a jueces y otras autoridades en atención a la función que cumple». Debo destacar que la acusación efectuada por la defensa resulta de gravedad institucional y que debería sustentarse en prueba que acredite los hechos que plantea.

Considero que el respeto entre las partes y para con los magistrados judiciales y la buena fe procesal debe primar en todos los procedimientos institucionales y, en particular, los que se desarrollan en el ámbito del Poder Judicial y ante esta Suprema Corte de Justicia. La defensa denuncia «manipulación de los fundamentos de una sentencia de condena» sin expresar cuáles serían las manipulaciones realizadas.

Resulta relevante reiterar que todas las partes se encontraban presentes al momento del dictado de la sentencia y exposición de fundamentos, por lo que serían quienes en mejor posición se encontrarían para advertir la divergencia argumental entre lo que se produjo en la audiencia, lo grabado en el registro audiovisual sin ecualizar y luego de su ecualización.

Ello no se ha realizado, no se ha detallado si existe alguna divergencia, ni cómo una ecualización de sonido puede producirlo. Además, estimo relevante distinguir entre el procedimiento llevado a cabo –la remisión al área técnica a los fines de la ecualización–, y la suplantación del audio que denuncia la defensa.

En ningún momento se ha suplantado lo registrado en la audiencia y la referencia que realiza la denuncia de la defensa no acredita ningún extremo de que ello haya ocurrido.

Denunciar algo de tal gravedad institucional sin puntualizar en qué consistiría, es impertinente y contrapuesto con la buena fe procesal y el respeto institucional que la resolución de conflictos por medio de la intervención del Poder Judicial merece.

b.- Valoración probatoria

La defensa al momento de cuestionar la valoración de la prueba expuesta por el juez de la instancia previa para condenar a Julio Sosa Lucero, detalla que se omitieron ponderar las declaraciones de testigos y lo informado en el informe accidentalológico.

Luego de analizar la valoración del plexo probatorio realizada en la sentencia cuestionada, considero que corresponde rechazar las críticas defensivas. En relación con la crítica relativa a la afirmación expuesta en la sentencia sobre el cansancio del conductor debido a la cantidad de actividades que se encontraba realizando durante esa semana por las actividades vendimiales, entiendo que es correcta la valoración del juez de la instancia previa. La defensa plantea que las declaraciones de las concursantes a reina de la vendimia no habrían sido coincidentes y detalla las actividades que mencionaron durante sus exposiciones. Sin embargo, de la declaración testimonial brindada por Tamara Scaciante durante el debate oral y contrastado con lo expuesto en la declaración testimonial de Leila Rocío Amar Oliva durante la investigación penal preparatoria que fue debidamente incorporada por lectura al debate, considero que la intensidad de actividad laboral de Sosa Lucero se encuentra probada. Al respecto resulta relevante detallar que Scaciante fue única testigo que presencié toda la colisión vehicular por haberse encontrado sentada en el asiento del acompañante del vehículo que conducía el acusado.

En tanto que si bien al momento del impacto Amar Oliva se encontraba durmiendo en el vehículo, aportó información sobre el cronograma que se venía desarrollando en la semana del suceso. La defensa plantea que los testigos han declarado que la última actividad la tuvieron en fecha 21 de enero de 2016 y destaca que el hecho se produjo el día 29 siguiente. Sin embargo, tal interpretación resulta fragmentaria de todo lo relatado por los testigos. Ello, en tanto que Scaciante hizo hincapié en el cansancio del conductor y que Sosa Lucero había manifestado que la noche anterior había dormido poco, por haber tenido que trabajar en el festival Rivadavia Canta al País y que había comenzado con los traslados de las candidatas muy temprano la mañana siguiente. Por su parte, Amar Oliva explicó que Julio Sosa Lucero había sido el chofer encargado de trasladarlas a todos los eventos que tenían en agenda en razón de las actividades vendimiales, que el día del hecho investigado conducía un vehículo del tipo van –habitualmente conocido «Traffic»– más grande y nuevo.

Asimismo, que Sosa Lucero había referido que estaba cansado porque la noche anterior había trasladado a los artistas que se habían presentado en el festival y a las 7 hs. había comenzado a buscar a las candidatas para conducir las hasta el Canal 7, que a las 13:30 hs. había arribado nuevamente a Rivadavia y a las 15 hs. había vuelta a buscarlas para la siguiente actividad. En relación con las actividades de las candidatas especificó que habían comenzado el día 21 de diciembre y que venían teniendo varias actividades. Por su parte, el juez también valoró la declaración de Sabrina Sánchez quien aportó detalles similares a los aportados por Scaciante.

En este sentido, entiendo que la crítica defensiva no acierta al tomar en consideración únicamente el cronograma de actividades de las candidatas a reina de la vendimia del departamento para valorar la intensidad de trabajo a la que se encontraba expuesto Sosa Lucero. Las funciones del acusado residían en el traslado de diferentes personas que intervenían en las actividades vendimiales que el departamento de Rivadavia se encontrando realizando.

Así, estimo correcta la valoración judicial respecto al cronograma de actividades que debía cumplir el acusado, el que excedía al traslado de las candidatas. En otro aspecto, también considero que debe ser rechazada la crítica relativa a la valoración de la pericia accidentalológica, la que fue confeccionada en el expediente N°56.484 radicado en el Primer Tribunal de Gestión Judicial Asociada en lo Civil por los daños

y perjuicios ocasionados por la colisión vehicular y que fue incorporada en las presentes actuaciones penales. En primer lugar, la defensa considera que el informe del Ing. Roberto Giambastiani resulta «[...] clar[o] y precis[o], en establecer científicamente que, el imputado, “NO estaba dormido al momento de la maniobra y del impacto”, lo que hace, que de haber sido desarrollada, el “resultado final” del caso, hubiera sido claramente, “otro”». Sin embargo, del informe referido se advierte que aquel profesional brindó conclusiones totalmente diversas a la que propone la defensa. Ante el punto pericial «Conforme al relato de la testigo presencial del hecho (fs. 17/18) el Sr. Sosa ha conducido adormilado, o somnoliento momentos previos a la colisión, en caso afirmativo si manejar en ese estado pierde su capacidad de reacción o concentración en el manejo», el Ing. Giambastiani expuso que «[...] todo informe accidentalológico serio, se debe basar[se] exclusivamente en elementos objetivos o evidencias físicas que posean un sustento o verificación por medio de las leyes de la física, motivo por el cual no puedo dar respuesta a lo aquí solicitado.

Solo puedo informar que una persona adormilada o somnolienta posee una menor capacidad de reacción ante la vicisitudes del tránsito».

En otras palabras, lo informado en el punto pericial consiste en afirmar que no se cuenta con evidencia física para poder expedirse sobre el caso en concreto, pero que en términos generales una persona somnolienta posee menor capacidad de reacción en el ámbito vial. En consecuencia, no le asiste razón a la defensa el identificar que la pericia esclarece el estado en el que se encontraba el conductor momentos antes de la colisión ni aporta información alguna que sostenga la hipótesis que propone.

Finalmente, considero que también corresponde rechazar el cuestionamiento sobre el mantenimiento de duda razonable que no habría sido abordado en la sentencia y que conllevaría a la absolución de Sosa Lucero. La defensa mantiene la hipótesis expuesta en sus alegatos respectiva a que la maniobra efectuada por Sosa Lucero configuró un acto reflejo evasivo en razón de la aparición de un perro.

Comparto la valoración expuesta por el juez de la instancia previa acerca de que se logró acreditar de forma suficiente el estado de cansancio en el que se encontraba el conductor Sosa Lucero. Asimismo, que la hipótesis de la aparición de un perro surge únicamente de la declaración del acusado y no se aportó prueba alguna que acreditara la hipótesis.

Téngase presente que de la declaración de Scaciante no surge la existencia de perro alguno que se cruzara delante del vehículo, elemento de prueba este que contradice la afirmación del acusado.

c.- Modalidad de cumplimiento de la pena impuesta

En último lugar, abordaré los cuestionamientos relativos a la modalidad de cumplimiento de la pena impuesta. La defensa critica que la resolución judicial carece de fundamentos y puntualiza que el art. 26 del CP lo requiere bajo pena de nulidad.

Agrega que las razones expuestas por el juez en la sentencia resultan contradictorias por tomar en consideración variadas circunstancias atenuantes y, a pesar de ellas, imponer una pena de cuatro años de prisión de cumplimiento efectivo. Denuncia la falta de requerimiento de informes para la formación de criterio, los que entiende obligatorios.

Considero que estos cuestionamientos deben ser rechazados en virtud de que se encuentra **suficientemente fundada la modalidad de imposición de la pena** y que la crítica no logra rebatir las razones expuestas por el tribunal. Veamos.

El tribunal de instancia anterior explicó que entre las pretensiones de las partes respecto a la pena –la defensa solicitó el mínimo de la escala, en tanto que el Ministerio Público Fiscal y la querrela el máximo–

correspondía considerar todas las circunstancias personales y fácticas, en los términos de lo que establece el Código Penal en sus **arts. 40 y 41**.

A ello agregó que el marco penal de referencia para establecer la pena en concreto es el impuesto por la **ley 25.189** en virtud de la aplicación del principio de **ley penal más benigna**, teniendo presente la fecha en la que ocurrió el hecho.

Así, la escala penal del delito atribuido posee un mínimo de dos años de prisión y un máximo de cinco años de prisión.

En este contexto de lo solicitado por las partes y la escala penal aplicable, el tribunal de instancia anterior analizó las circunstancias atenuantes y agravantes a los fines de imponer la pena y justificó las razones por las que estimó pertinente que fueran de cumplimiento efectivo.

En este sentido, estimó como atenuantes que el conductor no había ingerido alcohol, que no poseía antecedentes delictivos, que el acta correspondiente dejó constancia que en la carpeta asfáltica no se encontraron reductores de velocidad, que las víctimas eran cuatro personas –lo que excede la cantidad de ocupantes del motovehículo– y no llevaban puestos cascos al momento de la colisión y que la Municipalidad de Rivadavia posee gran responsabilidad por haber generado las condiciones para que el hecho se produjera.

También tuvo en consideración las posibilidades económicas del acusado y la dificultad para ganarse el sustento económico.

A lo que agregó que para la correcta medición de la pena, debía valorar todo lo expuesto junto con el resultado ocurrido en el hecho del que destacó su dañosidad.

De tal manera, entendió que la pena correspondiente debía ser de cuatro años de prisión, en efectivo. Como bien ha expuesto esta Sala Segunda con anterioridad, la sentencia representa una unidad lógica, por lo que las consideraciones efectuadas relativas al quantum de la penalidad impuesta se encuentran directamente relacionadas con la modalidad de cumplimiento de la misma (ver, al respecto, «Chacón Azeglio» y «Gutiérrez Farias»).

Criterio que entiendo plenamente aplicable a la sentencia de autos, en tanto que el desarrollo argumental explica suficientemente las consideraciones tenidas en cuenta para la imposición de la cantidad de pena y su modalidad de cumplimiento.

De conformidad con lo afirmado en el **precedente «Gutiérrez Farias»**, la normativa sustancial, al regular el instituto de la condena de ejecución condicional, luego de definir claramente que su disposición es una atribución facultativa del Tribunal de sentencia, establece una suerte de limitación a su aplicación, al señalar que la resolución jurisdiccional que en tal sentido resuelva, deberá estar fundada en «[...]la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de la libertad» (art. 26 del CP).

Así, las razones por las cuales la sentenciante decide que no resulta posible aplicar el instituto pretendido, surgen directamente de las circunstancias valoradas en forma precedente, le resultan demostrativas de la inconveniencia de dejar en suspenso su ejecución, y, por tanto, lo inclinan a aplicar efectivamente la privación de libertad.

Respecto a la crítica efectuada por la defensa relativa a la falta de requerimiento de informes para la formación de criterio por parte de la judicatura a los fines de resolver, estimo que también corresponde su rechazo.

En primer lugar, porque la valoración efectuada por el tribunal demuestra la gran cantidad de información que surgió del debate a los fines de poder decidir sobre el punto a resolver.

En segundo lugar, porque la defensa **no especifica cuáles son los informes** que deberían haber sido requeridos y cómo hubiera impactado en una valoración diferente.

En tercer lugar, debo destacar que el art. 26 del CP especifica que las partes pueden aportar prueba útil a tal efecto, por lo que la defensa tuvo la oportunidad de ofrecer la información que pudo estimar pertinente en su debida oportunidad.

De acuerdo con todo lo señalado, considero que del análisis de la sentencia cuestionada y del recurso interpuesto surge que la primera **no posee los vicios** atribuidos por la defensa, pues el tribunal de instancia anterior ha fundado sólidamente la resolución dictada.

Por lo expuesto, entiendo que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Palermo. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Julio Ricardo Sosa Lucero.
- 2.- Extraer compulsas de las presentes actuaciones, en su parte pertinente, y remitirla al Colegio de Abogados y Procuradores de la Primera Circunscripción Judicial, a sus efectos.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 5.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

16- MENDEZ CASTRO. 13-10-22. (JJ)

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	FS	M	AF	PCE	-	-	A	-	-CR	-	-	-	-	474 489

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=925>

Lex: Art. 80 inc. 9 y 41 bis, 55, 104 del CP

Vox: Homicidio agravado. Arma de fuego. Calidad del sujeto activo. Concurso real. Juicio por Jurados. Plenario.

Summa:

El TPC condenó al nombrado a la pena de **prisión perpetua** como autor penalmente responsable de los delitos de **homicidio doblemente agravado por la calidad del sujeto activo y por el uso de arma de fuego en concurso real con abuso de armas** (arts. 80 inc. 9, 41 bis, 55 y 104 del CP.)

La defensa interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP) y de inconstitucionalidad.

El Procurador General entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La SCJM resolvió rechazar formal y sustancialmente el recurso de inconstitucionalidad y rechazar el recurso de casación interpuesto.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1817, pronunciada por el TPC N° 1-1°CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Petean Pocoví: 07-02-20 <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=276>
- Tizza. 08-01-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=449>
- Acuña. 07-12-21. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=710>
- Zúñiga. 07-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=803>
- Vildoza. 15-06-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=856>
- Hisa. 26-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=880>

Precedentes relacionados

a-SCJM

- Farías Toledo. 19-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=805>
- Cataldo Ortiz. 29-07-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=868>
- García Rivera. 01-12-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=961>
- Ponce Rubio. 02-12-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=954>

b-CSJN

- «Canales». 02-05-19: <https://inecip.org/wp-content/uploads/000084206.pdf>

c- CIDH

- V.R.P., V. P. C. y otros vs Nicaragua:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_350_esp.pdf

SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio. Garay. Gómez (Licencia). Llorente. Dra. Day. **Plenario.**

Fallo

CUIJ: 13-06758273-4/1((018601-709615)) F C/ MENDEZ CASTRO P/ HOMICIDIO (709615/19) (709615) (63385/18) (63385) P/ REC.EXT.DE INSCONSTIT-CASACIÓN *106014728*

En Mendoza, a los trece días del mes de octubre del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-06758273-4 caratulada "F. Y QUER. PART. P/ HOMICIDIO DOBLEMENTE AGRAVADO POR LA CALIDAD DE SUJETO ACTIVO Y POR EL USO DE ARMA DE FUEGO EN CONCURSO REAL CON ABUSO DE ARMAS S/ CASACIÓN"

De conformidad con lo determinado en la audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO; segundo, DR. OMAR A. PALERMO; tercero, DR. JOSÉ V. VALERIO; cuarto, DR. PEDRO J. LLORENTE; quinto, DR. DALMIRO GARAY CUELI y sexto, DRA. MARÍA TERESA DAY.

La defensa de José Alexis Méndez Castro interpone recurso de **casación e inconstitucionalidad** contra la sentencia n° 1.817 pronunciada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial, luego de la realización del **juicio por jurados** populares previsto por la ley 9.106, por la cual se condenó al acusado a la pena de prisión perpetua como autor penalmente responsable de los delitos de homicidio doblemente agravado por la calidad del sujeto activo y por el uso de arma de fuego (P-709.615/19), en concurso real con abuso de armas (P-63.385/18), previstos y penados por los arts. 80 inc. 9, 41 bis, 55 y 104 del CP.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La decisión impugnada condenó al nombrado a la pena de prisión perpetua a raíz de que el jurado popular encontró al acusado culpable por el hecho que tuvo como víctima a Ricardo José Bazán Zárate y que fuera calificado como homicidio doblemente agravado por la calidad del sujeto activo y por el uso de arma de fuego. De esta manera, se consideró probado en los autos n° 709.615/19 que: «[e] l día 1 de mayo de 2019, siendo las 22:30 horas aproximadamente, en calle Libertad entre calles Las Rosas y el Algarrobal, Barrio Nueva Esperanza, La Favorita, ciudad de Mendoza, personal de Comisaría 59° se encontraba requisando y realizando palpado de armas a Francisco Javier Alisas Cruzate y Ricardo José Bazán Zárate, momento en que este último salió corriendo del lugar hacia calle Libertad con dirección hacia el oeste. Seguidamente el auxiliar P.P. Méndez Castro salió en persecución del mismo, empuñando su arma reglamentaria y al ingresar al pasillo de calle Libertad el acusado efectuó varios disparos a Bazán Zarate, impactando uno de ellos en su cuerpo, ingresando el proyectil por la región dorsal derecha causándole la muerte». Por su parte, en la causa N° P-63.385/18, también consideró acreditado que: «[e] l día 29 de julio de 2018, siendo aproximadamente las 2:00 hs., en calle Patricias Mendocinas a la altura del tanque de agua de la escuela Tula, La Consulta, San Carlos, el acusado Méndez Castro desde el interior de un vehículo marca Focus de color negro, efectuó dos disparos de arma de fuego hacia la víctima Cristian Orellana Gómez, provocándole una herida en su pierna izquierda».

Del mismo modo, con relación al hecho en donde resultó víctima Cristian Emanuel Orellana Gómez los miembros del jurado también consideraron acreditada la teoría del caso del Ministerio Público Fiscal, en tanto el jurado popular se expidió por la culpabilidad en relación con acusado por el delito de abuso de armas. La sentencia n° 1.817 da cuenta de las instrucciones iniciales impartidas al jurado, de las instrucciones finales que se proporcionaron una vez clausurado el debate, de los veredictos unánimes y de la individualización de pena efectuada por el juez técnico.

2.- Recurso de inconstitucionalidad y casación

En primer orden, la defensa de José Alexis Méndez Castro interpone recurso de inconstitucionalidad contra **los arts. 24 y 41 de la ley 9106**, de juicio por jurados, por cuanto –según entiende– vulneran el debido proceso adjetivo y sustantivo, las garantías de la igualdad ante la ley y la defensa en juicio. Ello, conforme con la Constitución Nacional y la Constitución de Mendoza, como así también en los distintos tratados internacionales (**arts. 2 y 8, Convención Americana de Derechos Humanos; arts. 8, 10 y 11, Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 2 y 14, Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos; arts. 18, 28, 33 y 75 inc. 22, CN; y arts. 7 y 8, CMza.**).

Sostiene que la garantía del debido proceso constitucional está plasmada, en especial, en el art. 18 de la CN. Entre las garantías que se desprenden de la mencionada manda constitucional, tales como el derecho a ser oído y el de ofrecer y producir pruebas.

Destaca en este aspecto el derecho a una decisión fundada. Con relación al art. 24 de la citada ley, entiende que no posibilita la debida fundamentación del veredicto del jurado popular, dejando a su defendido sin razones para entender la condena.

Cita el **precedente “Petean Pocovi”** de esta Sala Segunda, en el que se considera que no existen causales para sancionar con la máxima sanción de inconstitucionalidad la citada ley. Alude al art. 39 de la ley de juicio por jurados el que –según su criterio– indica, a contrario sensu, que la expresión de los fundamentos de la decisión de los hechos probados y la culpabilidad del acusado debe quedar en manos del jurado popular.

Advierte que ello no ha ocurrido en autos. Aclara que la formación del veredicto en el juicio por jurados muestra un sistema acorde con los enunciados constitucionales, en tanto la decisión es tomada por unanimidad lo que garantiza el principio de imparcialidad. Sin embargo, sostiene que ello no es suficiente a los fines del debido proceso, ya que éste finaliza con la posibilidad de requerir la intervención de la justicia, es decir, cuando ha finalizado la etapa recursiva.

Expresa que para intentar cualquier recurso se necesita de la fundamentación de la resolución que se intenta atacar.

Entiende que presumir que el veredicto tiene motivación, sin que se tenga conocimiento de ello, acota de manera drástica el derecho de defensa, el debido proceso adjetivo y, en definitiva, las garantías constitucionales enunciadas. Asegura que **la ley 9.106**, al no exigir la fundamentación del veredicto, pone a cualquiera de los sujetos del proceso en la necesidad de transitar el camino de decir que se presume que el jurado fundamentó su decisorio, lo que –a su criterio– significa casi “inventar” los mismos para poder fundar las quejas en etapa recursiva que no devengan de fallas de carácter formal o estructural de las convenidas en el artículo 41. Con relación al art. 41 de la citada ley, entiende que limita los casos que posibilitan la revisión de la sentencia, y que las causales de revisión enumeradas son sólo agravios de carácter formal, no sustancial. Cita en apoyo de su postura el **voto ampliatorio del Dr. Omar Palermo en el precedente «Petean Pocoví»**.

Concluye que la **lesión constitucional** que deviene de los artículos criticados de la ley 9.106 tiene la suficiente decisividad para vincular el caso con los preceptos constitucionales vulnerados. De tal manera, su relevancia establece la modificación de la sentencia recurrida.

En segundo orden, la defensa plantea, de manera subsidiaria, recurso de casación contra la sentencia ya individualizada. Ello por cuanto entiende que la decisión adolece de vicios in iudicando y vicios in procedendo (art. 474 incs. 1 y 2 del CPP).

Señala que el veredicto carece de motivación y fundamentación suficiente al no valorar o hacerlo de manera errónea o arbitraria las pruebas incorporadas al proceso.

Del mismo modo, sostiene que los miembros del jurado han incurrido en una defectuosa valoración de los extremos fácticos conducentes, por lo que –según entiende– nos encontramos frente a una sentencia arbitraria e ilógica. Sostiene que en el presente caso se presume que el veredicto siguió las instrucciones iniciales y finales, las normas aplicables al caso y las reglas para la valoración de las pruebas rendidas en el debate.

Sin embargo, la defensa entiende que los miembros del jurado no valoraron o lo hicieron de manera inadecuada el informe realizado por profesional del Cuerpo Médico Forense, Ingeniero Juan Fernando Zalazar, a cargo del Laboratorio de Microscopía Electrónica de Barrido.

Señala que del mencionado informe se desprende que el proyectil hallado en el cuerpo de la víctima fue disparado al suelo con fines disuasorios, para evitar que Bazán Zárate continuara con su huida, extremo que el profesional mencionado reitera en su declaración testimonial en audiencia de debate, y coincide con la versión de los hechos brindada por el acusado en oportunidad de ejercer su defensa material.

Entiende que el mentado informe le quita el control al tirador sobre el destino final del disparo, más aun, tratándose de un disparo realizado a la carrera. Concluye que todo ello permite sostener que no hubo por parte del Méndez Castro intención directa o eventual de causar el resultado muerte.

Señala que esta prueba científica, objetiva e indubitada ha sido omitida o mal valorada por los miembros del jurado popular, ya sea por ignorancia o error, o por no seguir debidamente las instrucciones que les fueron brindadas oportunamente por el juez técnico.

En otro orden, **cuestiona las instrucciones finales** brindadas por el juez técnico al jurado, en tanto identificó el concepto de dolo con intención, como así también, sostiene que no explicó con mucha claridad el dolo específico del **art. 80 inc. 9 del CP**, el que, a su modo de ver, consiste en «la voluntad e intención de querer matar a otro abusando de su función, cargo o condición por ser miembro de las fuerzas de seguridad». Cita en apoyo de su postura el voto ampliatorio del doctor Omar Palermo en el **precedente «Petean Pocoví»**.

Agrega que es muy difícil que el jurado popular lego haya podido realizar un proceso correcto de razonamiento si las premisas bases para su decisión no estaban definidas con absoluta precisión, contando el juez técnico con todos los medios para haber podido brindar tales definiciones.

Aclaran que si bien el momento oportuno para criticar el contenido de las instrucciones finales fue en la etapa de litigación y acuerdo sobre las mismas por todas las partes, aún sería oportuno por ser éste el momento, al intentar reconstruir la secuencia lógica del jurado para arribar al veredicto que se recurre.

Concluye que en términos lógicos, de la unanimidad no se sigue necesariamente la imparcialidad o falta de arbitrariedad. Agrega que un acuerdo unánime alcanzado bajo condiciones no ideales de deliberación puede arribar a un acuerdo injusto. Cita al respecto el voto del doctor Omar Palermo en el precedente mencionado.

Por lo expuesto, solicita se declare la inconstitucionalidad de **los arts. 24 y 41 de la ley 9.106**, y disponga la nulidad del veredicto y la sentencia recaída en autos. En consecuencia, requiere la realización de un nuevo juicio con jueces técnicos que apliquen el método de la sana crítica racional.

Solicita la misma solución para el hipotético caso que se rechace el recurso de inconstitucionalidad planteado y se trate el recurso de casación interpuesto de manera subsidiaria. Hace reversa del caso federal y de acudir ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

3.- Dictamen del Procurador General

En su dictamen, el titular del Ministerio Público Fiscal considera que corresponde rechazar formalmente los agravios que integran el recurso de inconstitucionalidad. Ello por entender que este remedio procesal previsto por el art. 489 del CPP, procede para cuestionar sentencias o autos mencionados en el art. 475 del mismo cuerpo normativo, que hayan denegado un planteo previo de inconstitucionalidad. Señala que no surge de las constancias obrantes en autos que la parte recurrente haya introducido oportunamente la cuestión constitucional ante el tribunal que dictó la resolución recurrida.

Cita doctrina y jurisprudencia en apoyo de su postura. Con relación al recurso de casación planteado en subsidio por el recurrente, entiende que, si bien procede formalmente, no corresponde hacerle lugar en el fondo. En este sentido, advierte que se ha dado acabado cumplimiento al procedimiento dispuesto en la ley 9.106 que regula el juicio por jurado, en cumplimiento del art. 24 de la CN.

En particular, destaca que se aplicó debidamente el art. 33 de la citada ley, plasmando las instrucciones dadas al jurado en forma verbal y escrita, dejando constancia de que las partes manifestaron su expresa conformidad con las mismas. Cita en apoyo de su postura el precedente «Quispe Espinoza y otros» de esta Suprema Corte de Justicia.

Sostiene que el resultado al que arribó el veredicto luce lógico y consecuente con la totalidad de las pruebas rendidas y analizadas, tal como se recomienda en la instrucción dirigida a la valoración de la prueba y, específicamente, sobre la estimación de la prueba pericial o de expertos que cuestiona la defensa.

Por ello, propone que se desestimen los agravios esgrimidos en tal sentido.

Con relación al concepto de dolo, entiende que se usaron términos claros y sencillos, como así también, se instruyó sobre la complejidad que implica la relación entre la palabra dolo e intención en el ámbito del Derecho penal, la que debía evitarse para que el jurado pudiera resolver el caso.

Asimismo, advierte que las **agravantes del homicidio fueron explicadas con un lenguaje de fácil comprensión** para el jurado.

Sostiene que la **claridad de las instrucciones**, sumado a que –como consta en autos– las partes prestaron su expresa conformidad con las mismas, lleva a recomendar el rechazo del agravio esbozado.

Por ello, estima que el recurso intentado ser desestimado, ya que constituye una discrepancia con el resultado adverso para su asistido, pero que de ninguna manera denota arbitrariedad en el veredicto.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento adelanto que, en base a los motivos que expondré a continuación, corresponde rechazar los recursos de inconstitucionalidad y casación interpuestos por la defensa de José Alexis Méndez Castro.

En consecuencia, deben confirmarse los veredictos de culpabilidad del jurado popular interviniente, así como la sentencia pronunciada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción

Judicial. Sentado ello, debo señalar que el modo en que han sido planteados los agravios casatorios por el recurrente, justifica metodológicamente establecer un orden lógico de tratamiento.

De esta manera, en primer lugar (a) abordaré la procedencia formal y sustancial del recurso de inconstitucionalidad de los artículos 24 y 41 de la ley 9.106 (a).

En segundo lugar (b), analizaré los agravios relativos a la sentencia como acto jurídico válido, mediante la revisión tanto de los aspectos formales o externos como en sus aspectos internos o de razonabilidad intrínseca.

a.- Sobre la pretendida inconstitucionalidad de los arts. 24 y 41 de la ley 9106

Examinado el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la defensa, se advierte que el mismo resulta formalmente improcedente.

En este sentido, coincido con lo afirmado por el Procurador General en su dictamen, en tanto sostiene que el recurso de inconstitucionalidad previsto por el art. 489 de la ley adjetiva, procede para cuestionar sentencias o autos mencionados en el art. 475 que hayan denegado un planteo previo de inconstitucionalidad. En el caso traído a estudio, la ley 9.106, de juicio por jurados populares establece que la competencia para este tipo de procedimiento será respecto de los «[...] delitos previstos en el artículo 80 del Código Penal de la Nación, y los que con ellos concurren según las reglas de los artículos 54 y 55 de ese Código, siempre que deban ser juzgados simultáneamente con aquéllos. La competencia se determinará con la calificación de los hechos con los que se eleva la causa a juicio» (art. 2).

De este modo, y conforme surge de las constancias de autos, se advierte que el representante del Ministerio Público Fiscal sostuvo la calificación legal que habilita la sustanciación del debate mediante el procedimiento de juicios por jurados en la oportunidad procesal señalada por la norma y, aun, desde los primeros momentos de la investigación (ver decreto de avoque de fs.6/9 y auto de citación a juicio de fs.706/718).

Sin embargo, se advierte sin mayor hesitación que el planteo de inconstitucionalidad fue introducido coetáneamente al recurso de casación contra la resolución que se pretende impugnar.

En razón de ello, entiendo –como adelantara– que corresponde su rechazo formal, en tanto **no se verifican los requisitos del art. 489 del CPP.**

No obstante ello, advierto que el censurante **no ha logrado demostrar la inconstitucionalidad de los preceptos cuestionados.**

En efecto, el recurrente cuestiona –en definitiva– que la falta de motivación del veredicto emitido por los integrantes del jurado, constituye un obstáculo grave en orden a la revisión de la sentencia condenatoria de su asistido.

Ello por cuanto no se puede saber cuáles fueron los elementos probatorios analizados por los integrantes del jurado, es decir, no se puede conocer el iter lógico seguido por el jurado para llegar a la conclusión de culpabilidad.

Al respecto, debo señalar que en el **precedente «Petean Pocoví»** analicé la validez constitucional del enjuiciamiento por jurados populares en función de las garantías del debido proceso. Entendí en aquella oportunidad que el modelo previsto por la ley 9.106 no conculca el derecho a un fallo razonado y el derecho a la revisión de la sentencia condenatoria.

Ello en tanto prevé mecanismos procesales para asegurar que el debido proceso sea respetado en plenitud. De esta manera sostuve en el citado precedente que la sentencia que prevé la ley 9.106 debe considerarse debidamente motivada –en abstracto y en cuanto a su diseño institucional– por cuanto se

compone de las instrucciones iniciales, las instrucciones finales, el veredicto del jurado y la resolución de imposición de pena.

En este sentido, considero que el secreto de las deliberaciones del jurado no implica déficit alguno de motivación en tanto el modelo de enjuiciamiento adoptado supone una forma de fundamentación procedimental de la decisión, compatible con las garantías del debido proceso legal.

Del mismo modo, entendí que esta estructura procesal tampoco supone un menoscabo a la garantía de doble conforme.

Ello en tanto el material revisable en segunda instancia no se limita al veredicto del jurado, sino que abarca todos los actos procesales que dan lugar al juicio, así como los que se desarrollan durante las audiencias con el jurado y los posteriores.

Esto permite a la defensa controlar y exigir el control de cada uno de los actos procesales que resultan relevantes para la deliberación del jurado popular. Finalmente, también el sentido del veredicto puede ser evaluado en su razonabilidad y apego a la prueba, tal como lo dispone el art. 14 de la ley. 9.106. Dicho en términos claros, no es el veredicto lo único que se revisa en esta instancia, sino toda la sentencia y el procedimiento previo que ésta lleva ínsito.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos –con referencia a jurisprudencia sobre la misma cuestión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos– ha expresado que «[l]a falta de exteriorización de la fundamentación del veredicto no vulnera en sí misma la garantía de la motivación.

En efecto, todo veredicto siempre tiene motivación, aunque como corresponde a la esencia del jurado, no se expresa.

Pero el veredicto debe permitir que, a la luz de las pruebas y el debate en la audiencia, quien lo valora pueda reconstruir el curso lógico de la decisión de los jurados, quienes habrían incurrido en arbitrariedad en el supuesto en que esta reconstrucción no fuera viable conforme a pautas racionales» (**Corte IDH, Caso V.R.P., V. P. C. y otros versus Nicaragua, considerando 259, con referencia a TEDH, «Taxquet vs. Bélgica»**).

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en el precedente **«Canales»** sostuvo que «[l]uego de confrontar sus argumentos, dar razones y deliberar, los miembros del jurado deciden su voto en función de un sistema de valoración de la prueba conocido como “íntima convicción”, que no requiere expresión o explicación de los motivos que conformaron el convencimiento sobre la resolución adoptada para el caso» (CSJN, fallo del 2 de mayo de 2019, «Canales», considerando 19).

A su vez, en el citado precedente, la CSJN ha enfatizado que el examen de la resolución del jurado puede cuestionarse a partir de un análisis de las premisas en que se fundamenta y la conclusión a la que arriba: «[el veredicto del jurado] no impide una adecuada revisión de lo decidido, toda vez que la verdadera fundamentación no radica en la expresión escrita de razonamientos, sino en la coherencia entre las afirmaciones de las partes, las pruebas y el sentido de la sentencia. [...]

Pese a la ausencia de fundamentación escrita, es perfectamente posible cuestionar una resolución de un jurado en base a la incongruencia entre precedentes o premisas (afirmaciones y pruebas) y conclusión (culpabilidad o inocencia).

Siendo pertinente recordar, *mutatis mutandi*, que esto es así por cuanto el Tribunal ya remarcó que “la propia Constitución no puede interpretarse en forma contradictoria, o sea, que el principio republicano de gobierno impide entender un dispositivo constitucional como cancelatorio de otro” (Fallos: 328:3399, considerando 24)» (v. CSJN, «Canales», considerando 19).

La defensa también sostiene la inconstitucionalidad del art. 41 de la citada ley, en tanto, a su entender, limita los casos que posibilitan la revisión de la sentencia. Entiendo que el agravio esgrimido en este sentido tampoco puede prosperar en esta instancia. Ello por cuanto la misma norma, cuya validez cuestiona la defensa, remite a las reglas generales del recurso de casación previstas en nuestro ordenamiento procesal.

Al respecto, este Tribunal ha sostenido en el mencionado **precedente «Petean Pocovi»** que «[...] los cuatro puntos expresados en la norma citada conforman la base de cuestiones que el tribunal de revisión deberá –en todos los casos en que se invoquen como motivos de agravio– examinar. Sin embargo, la remisión a las reglas contenidas en el Código Procesal Penal implica que, también, deberá posibilitarse la revisión de posibles vicios in iudicando e in procedendo, contenidos en el art. 474 del CPP».

De tal manera, las razones señaladas me convencen de que el juicio por jurados establecido para la provincia de Mendoza satisface las exigencias constitucionales y convencionales vinculadas al debido proceso.

b.- Análisis del recurso de casación de la defensa:

cuestionamientos de la sentencia como acto jurídico válido. Analizada la validez constitucional de la normativa cuestionada, y descartada la pretensión de la defensa, corresponde ahora ingresar al análisis de los agravios que sustentan el recurso de casación interpuesto de manera subsidiaria por la defensa.

De manera previa resulta pertinente destacar que el censurante dirige sus agravios en relación con el veredicto de culpabilidad y la sentencia dictada en su consecuencia por el juez técnico en la causa N° P-709.615/19, donde el acusado José Alexis Méndez Castro resultó condenado como autor del delito de homicidio agravado por la calidad del sujeto activo y por el uso de arma fuego.

De tal manera, se encuentra firme el pronunciamiento dictado en la causa acumulada N° P-63.385/18, en donde el acusado fue condenado por el delito de abuso de armas. Sentado ello, y con relación a la causa que es objeto de impugnación en esta instancia, la defensa señala que los miembros del jurado optaron por un veredicto de culpabilidad, acogiendo la hipótesis acusatoria del representante del Ministerio Público Fiscal. Asegura que para ello, el jurado popular omitió o interpretó de manera errónea o arbitraria un elemento, a su criterio, relevante en orden a acreditar la intención que tuvo Méndez Castro al efectuar el disparo que terminó con la vida de Bazán.

Precisó en este sentido que el informe realizado por el Ingeniero Juan Fernando Zalazar, permite sostener que no hubo por parte de su defendido la intención directa o eventual de causar el resultado muerte.

Ello en tanto quedó acreditado que el proyectil hallado en el cuerpo de la víctima, previo impactar en ésta, fue disparado por el acusado con dirección al suelo con el fin de disuadir y evitar que Bazán Zárate continuara con su huida. Señala que este extremo fue ratificado por el profesional en la audiencia de debate, y coincidiría con la versión de los hechos brindada por el acusado en oportunidad de ejercer su defensa material.

A partir de los conceptos señalados en el punto anterior, sobre los distintos elementos que deben evaluarse para determinar la arbitrariedad o razonabilidad de un veredicto de culpabilidad, corresponde analizar si la versión de los hechos que tuvo por acreditada el jurado –que encontró al acusado culpable del delito de homicidio agravado por la calidad de sujeto activo y por el uso de arma de fuego– puede razonablemente derivarse de las pruebas que le fueron expuestas. Veamos.

En primer orden, cabe destacar que de la instrucción n° 6, sobre «Cuestiones sobre la prueba», brindada a los integrantes del jurado popular, se desprende que las partes realizaron un acuerdo probatorio con

relación a las circunstancias modales del hecho y a la participación de Méndez Castro como el autor del disparo que ocasionó la muerte de Bazán.

En segundo orden, y para afirmar que la calificación legal seleccionada por el jurado, de acuerdo a las instrucciones que fueron oportunamente consentidas por las partes, puede ser derivada racionalmente de la prueba que fue expuesta a sus integrantes tengo en cuenta diversas razones.

Por un lado, entiendo que lo sostenido por la defensa no encuentra asidero en las constancias audiovisuales en tanto realiza una interpretación sesgada y ajustada a sus intereses de las conclusiones a las que arribo el Ing. Zalazar.

De este modo, si bien el proyectil extraído del cuerpo de la víctima presentaba evidencias que indicaban que impactó en el piso previo a ingresar al cuerpo de Bazán, ello no autoriza a sostener, como pretende la defensa, que el acusado actuó conforme lo indica el procedimiento policial, de acuerdo con las circunstancias que el caso requería.

Al respecto, el Ingeniero Zalazar explicó que un disparo seguro debe realizarse a 45°, de manera que el impacto del proyectil en el suelo permita su destrucción. En el caso, sostuvo que el disparo que realizó el acusado y que terminó con la vida de Bazán, no fue compatible con las características referidas.

Ello por cuanto fue un disparo alto, prácticamente paralelo al piso, que impactó en el suelo a unos once metros de distancia del tirador, lo cual significa que no fue realizado en el ángulo referido. Aseguró que el rebote del proyectil en estas condiciones es de alto riesgo (ver registros audiovisuales, día 14/09/21, a partir del minuto 8:10. De igual manera, ver el informe de fs. 662/669).

En el mismo sentido, declararon Andrea Brahim del CMF (ver, a partir de la hora 1:49:15); el Of. Ricardo Rodríguez de Policía Científica, Reconstrucción Criminal, (ver, hora 1:23:45); el Oficial Gabriel Barroso (ver, 1:14:27); y el Subcomisario P.P. Claudio Aranda, Coordinador Operativo de Capital al momento de los hechos (ver, minuto 27:20). A ello debe agregarse que, tal como quedó acreditado, el acusado efectuó seis disparos en un tramo de doscientos metros aproximadamente, de los cuales al menos cuatro fueron realizados de la forma precedentemente descrita (ver, declaración testimonial del Of. Rodríguez, a partir de la hora 1:12:50). A lo señalado debe sumarse que en el cuerpo de la víctima impactaron dos proyectiles, uno que ingresó por la zona escapular de la espalda –y le provocó la muerte–, y otro que rozó la costilla izquierda, provocándole a la víctima una escoriación (ver, declaración de la Dra. Brahim del CMF, a partir de la hora 1:49:15).

En el mismo sentido, declaró el Of. Ricardo Rodríguez, (ver, hora 1:21:40). Del mismo modo, cabe señalar también que la defensa al describir los hechos que conforman su hipótesis defensiva, afirma que la víctima Bazán portaba un arma casera tipo tumbera con la cual habría apuntado a Méndez Castro en su persecución, lo cierto es que no controvierte los distintos elementos de juicio que indican lo contrario.

En efecto, este extremo fue objeto de una amplia discusión durante la audiencia de debate, en donde varios testigos indicaron que la víctima no portaba ningún arma de fuego en aquella oportunidad, no obstante haberse secuestrado en el lugar de los hechos un arma de estas características. Al respecto, cabe destacar lo declarado por el Of. Gabriel Barroso Jofré, quien tuvo a su cargo la requisa de la víctima previo a que ésta emprendiera su huida.

El testigo aseguró que Bazán no portaba ningún arma de fuego, y al exhibirle tanto el señor fiscal como el representante del querellante particular el arma de fuego tipo tumbera secuestrada en el lugar de los hechos, el testigo Barroso aseguró que es imposible no haber advertido la existencia de un arma de ese tamaño entre las prendas de Bazán al momento de ser requisado (ver, minuto 40:20 y hora 1:01:10, respectivamente. Ver también declaraciones testimoniales del Oficial P.P. Gabriel Martínez –ver, hora

1:33:01–), Víctor Pasten Robles –ver, hora 1:41:01–, y el Ayudante Fiscal, Dr. Mauricio Speche –ver, minuto 23:25–).

A ello se suman otros indicios que sustentan esta postura, tales como que el arma secuestrada no tenía las huellas dactilares de Bazán (ver, informe pericial de fs. 353), las vainas servidas secuestradas en el lugar del hecho no eran compatibles con el arma tumbera, cuya portación pretende atribuirle la defensa a la víctima (ver, 1:08:21, declaración del Of. Maximiliano Machi de Policía Científica, Div. Balística), y que ésta al momento de la inspección del lugar del hecho estaba ubicada unos metros después del lugar donde la víctima recibió el disparo letal.

Esta última circunstancia constituyó un indicio relevante para la teoría del caso del Ministerio Público Fiscal, en orden a desestimar la postura de la defensa en este punto, en tanto quedó acreditado que de acuerdo a la posición en la que quedó la víctima y la del arma de fuego, no resulta razonable que ésta haya sido portada por Bazán (ver, declaración del Oficial Rodríguez y del Subcomisario Aranda –ver, minuto 25:15).

Todos estos aspectos que –según creo– pudieron lógicamente contribuir a formar la convicción de los integrantes del jurado respecto al dolo del acusado, no fueron cuestionadas por la defensa. Del mismo modo, entiendo que de todas estas circunstancias se deriva que el acusado actuó incumpliendo sus obligaciones de funcionario público conforme a la ley 6722, de procedimiento policial. Por otro lado, la defensa cuestiona las instrucciones finales brindadas por el juez técnico a los integrantes del jurado, en tanto en éstas identificó el concepto de dolo con el de intención.

Señala que el juez técnico no explicó con mucha claridad el dolo específico del art. 80 inc. 9. Según la defensa éste consistiría en «la voluntad e intención de querer matar a otro abusando de su función, cargo o condición por ser miembro de las fuerzas de seguridad». Agrega que es muy difícil que el jurado popular lego haya podido realizar un proceso correcto de razonamiento, si las premisas bases para su decisión no estaban definidas con absoluta precisión.

Entiendo que los agravios esgrimidos en este sentido no pueden ser acogidos en esta instancia.

Resulta decisivo, para arribar a esta solución, considerar que luego de clausurado el debate el juez convocó a las partes a efectos de confeccionar y proponer modificaciones a las instrucciones finales que serían impartidas al jurado, evento que fue registrado en soporte audiovisual. Si bien el registro no permite conocer en detalle la discusión llevada a cabo entre las partes ante el juez –lo cual sería recomendable, a efectos de maximizar las posibilidades revisoras de este Tribunal–, lo cierto es que, tanto la defensa, como el Ministerio Público Fiscal y el querellante, manifestaron su conformidad con las instrucciones que debían leerse al jurado (ver registro audiovisual de audiencia del día 16/09/21, I parte, a partir del minuto 1:00).

Ello permite descartar las críticas a las instrucciones finales efectuadas por la defensa, pues la entonces defensora no manifestó oportunamente oposición a aquéllas. La norma procesal aplicable es clara respecto de que «[...] sin perjuicio de la video registración, las partes deberán especificar sus disidencias u oposiciones para el caso de interposición de recursos contra el fallo [...]» y de que «[constituye motivo específico para la interposición del recurso] c) cuando se hubieran cuestionado las instrucciones brindadas al jurado y se entendiera que éstas pudieron condicionar su decisión» (**arts. 32 y 41 inc. c, ley 9.106**).

Lo propio exige también el Código Procesal Penal, al exigir para la interposición de un recurso fundado en un vicio in procedendo, que el recurrente hubiera reclamado oportunamente la subsanación del defecto, si era posible, o hubiera hecho protesta de recurrir en casación, circunstancias que en el caso no ocurrieron.

En definitiva, el agravio no resulta procedente desde el punto de vista formal, motivo por el cual corresponde su rechazo en esta instancia. Sin perjuicio de ello, más allá de la cuestión formal antes señalada el agravio tampoco resulta pertinente desde el punto de vista material. En efecto, de las constancias de autos se desprende que el juez técnico –con acuerdo de las partes– elaboró las instrucciones incorporando, en un lenguaje claro y sencillo, los distintos elementos que conforman los tipos penales propuestos.

En particular, y con relación al concepto de dolo y de intención, y sus distinciones dogmáticas que, según la defensa, debió brindarse a los miembros del jurado popular, advierto que el juez técnico formuló, de manera adecuada, y de acuerdo a las particularidades del caso, las aclaraciones conceptuales en este punto.

Así, sobre el concreto punto de agravio de la defensa, advierto que de las instrucciones finales contenidas en el capítulo E.2. **sobre «Instrucción sobre la intención criminal (dolo)»** se desprende que se precisó que «[l]as relaciones entre las palabras dolo o intención en el ámbito del Derecho penal presentan una complejidad que aquí debemos evitar, con la finalidad de presentar el alcance de esta expresión de la forma más clara posible [...]. Pero, a la vez, debemos respetar su significado para que su veredicto sea acorde al modo en que se resuelven los casos en nuestro servicio de justicia» (ver sentencia, página 19) Luego, al analizarse la alternativa propuesta por el representante del Ministerio Público Fiscal, se precisaron los conceptos de dolo directo y dolo eventual, utilizando un lenguaje sencillo y recurriendo al relato de ejemplos para una mayor comprensión de los conceptos (ver sentencia, página 22).

Por otro lado, cabe señalar que la defensa no explica de qué manera, en el caso concreto, las distinciones dogmáticas sobre este punto pudo influir –en el caso concreto– en el proceso de deliberación del jurado popular. En igual sentido, cabe expedirse respecto de los agravios sobre las instrucciones de la agravante contemplada en el inc. 9 del art. 80 del CP, relativa al abuso de la función o cargo de policía en la ejecución del hecho. Ello, en tanto y según advierto, fueron elaboradas con la misma metodología.

De manera tal que las nociones y los conceptos transmitidos a los miembros del jurado resultaron, a mi entender, asequibles (ver sentencia, fs. 22). En razón de ello, el agravio no puede prosperar. En definitiva, a la falta de oportunidad procesal del planteo, se agrega como motivo para desestimar su improcedencia desde el punto de vista sustancial. Por las razones expuestas, corresponde contestar de manera negativa la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO, por sus fundamentos, adhiere al voto que antecede.

Voto Dres. Valerio, Llorente, Garay y Dra. Day. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN LOS DRES. JOSÉ V. VALERIO, PEDRO J. LLORENTE, DALMIRO GARAY CUELI Y MARÍA TERESA DAY, EN VOTO AMPLIATORIO, DIJERON:

Compartimos la solución a la que arriba el ministro preopinante en cuanto a la improcedencia de los agravios formulados por la defensa.

Aun así, consideramos oportuno realizar algunas **consideraciones de acuerdo a lo que hemos sustentado en diversos precedentes en relación con la institución del jurado popular establecido por ley 9.106**, en particular en los precedentes «Tizza», «Acuña», «Zúñiga», «Vildoza» e «Hisa».

En aquellas oportunidades se señaló, en relación con el **alcance y amplitud de la tarea de revisión extraordinaria de los veredictos de condena** emitidos por un jurado popular, que ese control de casación debe llevarse a cabo con una gran «deferencia» por el rol de determinación de los hechos que efectúa el jurado.

Tal decisión «**merece su irrestricto** respeto, desde que ella es consecuencia directa del ejercicio pleno de la soberanía que el pueblo se ha reservado constitucionalmente, y cuya efectivización se realiza en un marco legalmente definido, esto es, en un juicio único y público, con control adversarial de las partes en la selección (deselección) en la audiencia de voir dire, como al ingreso de la prueba, con intermediación y ejercicio efectivo de la técnica del examen y contraexamen de los testigos y de litigación de las instrucción finales, y lo que significa la poderosa deliberación secreta de los doce miembros y veredicto unánime».

Así, ese «[...] particular respeto que merece la decisión del jurado popular determina que la tarea de revisión encomendada a esta instancia no consiste en un control de la deliberación del jurado popular – la cual es secreta, conf. **art. 33 de la ley 9.106**–, sino en una evaluación de la [posibilidad] de la teoría del caso que el jurado popular consideró acreditada o que dio lugar a su veredicto de culpabilidad.

Ese control debe revisar específicamente si «[...] la sentencia condenatoria o la que impone medidas de seguridad se derive[a] de un veredicto de culpabilidad del Jurado que sea arbitrario o se aparte manifiestamente de la prueba producida en el debate» (conf. art. 41, inc. d, ley 9.106).

Dicho en otras palabras, nos toca corroborar que exista alguna [valoración] razonable de la prueba que permita sostener el veredicto del jurado popular y, en ese caso, confirmar la decisión condenatoria arribada cuando resulte posible según las instrucciones impartidas y la prueba producida e incorporada al debate»» (**ver, al respecto, «Acuña», «Zúñiga», «Vildoza Soria» e «Hisa»**, de los votos de los doctores Dalmiro Garay Cueli, José V. Valerio, María Teresa Day y Pedro Llorente).

De ese modo, cuando lo que se cuestiona es una eventual arbitrariedad del veredicto debe observarse la aludida regla de la deferencia en la instancia revisora.

Para ello, corresponderá determinar:

a) si, de acuerdo a las evidencias utilizadas en el juicio, es posible arribar al veredicto condenatorio al que llegó el jurado; y

b) si, con las teorías del caso presentadas por las partes en sus alegatos e instrucciones, el jurado tuvo los instrumentos mínimos necesarios y esenciales para deliberar válidamente y dictar aquel veredicto posible según la evidencia. Si la respuesta es afirmativa respecto de ambas cuestiones, la sentencia no puede ser revocada (**«Tizza»**).

Es que la tarea revisora que aquí nos ocupa no debe centrarse en «la búsqueda de la contestación correcta sobre la relación jurídica entre la prueba y el veredicto, porque ello es intromisión, sino sólo si es posible dentro de las probables y racionales opciones», puesto que, tal como se dijo y debe reafirmarse, «[...] la corte revisora debe guardar especial deferencia al buen juicio y al sentido común colectivo del jurado. [...] [C]uando la corte de apelaciones revisa un veredicto de culpabilidad por arbitrariedad siempre debe tener en cuenta que el jurado usualmente emplea cualidades especiales para la muy siempre dificultosa tarea de determinar dónde está la verdad. Y cierto es que las cortes de apelación pueden no compartirla» (Corte Suprema de Justicia de Canadá: R.v.W.H., 2013 SCC 22, [2013] 2 S.C.R.)» (**ver al respecto, precedente «Tizza»**, del voto del doctor José V. Valerio). Las consideraciones formuladas, a nuestro criterio, resultan de aplicación al caso analizado puesto que, tal como se refiere en el voto preopinante, y a diferencia de lo sostenido por la defensa, no existe arbitrariedad alguna en el veredicto del jurado popular que derivó en la sentencia condenatoria del acusado. Por estas razones, consideramos que debe responderse de manera negativa a la primera cuestión planteada. **ASÍ VOTAMOS.**

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. **ASÍ VOTO.**

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO, JOSÉ V. VALERIO, PEDRO J. LLORENTE, DALMIRO GARAY CUELI Y MARÍA TERESA DAY, adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a las vencidas y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO, JOSÉ V. VALERIO, PEDRO J. LLORENTE, DALMIRO GARAY CUELI Y MARÍA TERESA DAY, adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Suprema Corte de Justicia, fallando en definitiva, RESUELVE:

- 1.- Rechazar formal y sustancialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la defensa de José Alexis Méndez Castro.
- 2.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de José Alexis Méndez Castro.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 5.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. DALMIRO F. GARAY CUELI Ministro DRA. MARÍA TERESA DAY Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Julio R. Gómez no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 13 de octubre de 2022.-

17- RECOSTA ASTUDILLO. 18-10-22

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	-	-	AF	PCE	-	EGT	A	-	R	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=924>

Lex: Art. 79, 41 bis, 55, 42 del CP

Vox: Homicidio. Arma de fuego. Concurso real. Tentativa. Reedición de planteos.

Summa:

El TPC condenó al nombrado a la pena **de trece años de prisión e inhabilitación absoluta por todo el tiempo de la condena** por considerárselo autor penalmente responsable del **delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego en concurso real con homicidio agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa.**

La defensa interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

El Procurador General entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La SCJM rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1868, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

I-Reedición de planteos:

- Gallardo Soto. 25-11-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=236>
- Dolcemascolo.04-12-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=468>
- Rincón Cadiz.18-12-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=467>
- Días Bustos.28-11-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=238>

SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo

Fallo

CUIJ: 13-06792924-6/1((018601-776349)) F. Y Q. C/ RECOSTA ASTUDILLO, ELIAN FABIÁN P/HOMICIDIO AGRAVADO (776349) (776349/19) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106047248*

En Mendoza, a los dieciocho días del mes de octubre del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06792924-6/1 caratulada "F. C/ RECOSTA ASTUDILLO, ELIÁN FABIÁN P/ HOMICIDIO AGRAVADO USO DE ARMA DE FUEGO S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO Y DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa de Elián Fabián Recosta Astudillo interpone recurso de casación contra la sentencia n° 1.868, y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.

Ello, en tanto se condena a aquél a la pena de trece años de prisión e inhabilitación absoluta por todo el tiempo de la condena por considerársele autor penalmente responsable del delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego en concurso real con homicidio agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa en los autos n° P776.349/19.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El tribunal de juicio ha tenido por acreditado que el 1 de diciembre de 2019, a la 1 hs. aproximadamente, en la intersección de calles Maipú y Teniente Farías de Las Heras, Elián Fabián Recosta Astudillo y Gonzalo Daniel Coria Ríos protagonizaron una discusión verbal, en donde se profirieron insultos. Cuando Elián Recosta se retiraba le advirtió a Gonzalo Coria «ahí vuelvo». Minutos después, Elián Recosta apareció por un boquete ubicado en el paredón de la Calle Castelli y Maipú de Las Heras, y se dirigió hacia el domicilio del Barrio 20 de Julio Manzana B Casa 01 de Las Heras.

Allí, le manifestó a Carina Ríos, madre de Gonzalo Coria, «te voy a matar a tu hijo», mientras empuñaba un arma de fuego, por lo que Gonzalo Coria, que estaba en la vivienda, comenzó a seguirlo.

Al notar Elián Recosta la presencia de Gonzalo Coria, corrió hasta la intersección de calles Teniente Farías y Maipú, de Las Heras, donde se encontró de frente con Kevin Darío Coria Ríos, a quien le efectuó dos disparos con el arma de fuego, impactando uno de ellos en la zona torácica, lo que provocó su muerte.

En ese momento lo abordó Gonzalo Daniel Coria Ríos y trató de quitarle el arma de fuego y en esas circunstancias, Elián Recosta Astudillo efectuó dos disparos más con el fin de ultimarlos, impactando uno de ellos en la región facial y el restante en el miembro inferior, provocándole lesiones.

Para así decidir, el tribunal de sentencia valoró, entre otros elementos probatorios la declaración del acusado, las declaraciones testimoniales de Gonzalo Coria, de Cristian Coria, de Bricia Scacia, de Romina Paola Bazán y de Carina Ríos y demás prueba instrumental y documental, cuyo detalle quedó registrado en la audiencia.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa interpone el recurso de conformidad al art. 474 inc. 1 y 2 del CPP, por entender que la sentencia atacada adolece de vicios formales y sustantivos que la invalidan como tal.

Como vicios formales, denuncia la inobservancia del art. 416 inc. 4° del CPP, en tanto considera que el fallo impugnado es arbitrario, desprovisto de fundamentos legales, por falta e insuficiencia de motivación y razón suficiente.

Asimismo, que se han vulnerado las reglas de la sana crítica racional con relación a los elementos probatorios de valor decisivo. A partir de ello peticona la anulación de la sentencia impugnada y el reenvío para la realización de un nuevo juicio.

Considera que en la sentencia que cuestiona se margina prueba legítimamente incorporada, basado en la sola voluntad del tribunal. Expresa que los testigos presenciales del hecho investigado, que prestaron declaración testimonial durante la investigación penal preparatoria, variaron sus testimonios en el debate oral en perjuicio de Recosta Astudillo.

En particular, en lo relativo con la dirección de los disparos que provocaron la muerte de Kevin Coria y las lesiones de Gonzalo Coria.

En tal sentido, especifica que Gonzalo Coria, Cristian Coria, Bricia Scacia, Romina Paola Bazán y Carina Ríos modificaron sus declaraciones en sentido coincidente y concordante respecto a la agresión llevada a cabo por ellos previamente a los disparos efectuados por Elián Recosta Astudillo. Señala que se trató de una pelea de acción dinámica con los actores en el piso, aspecto relevante que modifica, a su criterio, la calificación legal de la plataforma fáctica fijada como objeto del presente proceso.

Agrega que las lesiones fueron constatadas por el Cuerpo Médico Forense y que según el testimonio del médico interviniente de ese organismo el tiempo de antigüedad de las lesiones del acusado coincide con la fecha de ocurrencia del hecho investigado. En el marco de los vicios sustanciales, considera que en el caso concreto el tribunal debió encuadrar la conducta de su asistido en el art. 34 inc. 6 del CP o, en su defecto, en un exceso de la legítima defensa debiendo aplicarse la pena correspondiente a la figura culposa. Formula reserva de caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

A fs. 7/10, el Procurador contesta la vista de ley y aconseja el rechazo del recurso de casación articulado, en tanto considera que la actividad impugnativa más que demostrar la arbitrariedad del fallo atacado, refleja la discrepancia de la defensa en el legítimo ejercicio de su cargo, con la interpretación dada al plexo probatorio por el tribunal de la instancia previa para tener por acreditado el hecho objeto de la investigación, la autoría del justiciable y la calificación jurídica, descartando la hipótesis defensiva.

Advierte que el tribunal de juicio valoró en conjunto la totalidad de la prueba existente, justificando detalladamente las razones por las que las variaciones en las declaraciones testimoniales, resultaban irrelevantes.

Además, refiere que el tribunal sentenciante describió detalladamente la secuencia del suceso y analizó los cuestionamientos formulados por la defensa para concluir que no existió por parte de las víctimas accionar alguno que permitiera sostener que hubo una legítima defensa o un exceso de la misma por parte del acusado.

En definitiva, el Procurador General considera que la pretensión defensiva no tiene sustento en la realidad probatoria de la causa y sólo puede ser sostenida como estrategia que ha sido desestimada en la sentencia.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso interpuesto, considero que no es procedente, toda vez que la sentencia cuestionada no adolece de los vicios formales y sustantivos denunciados. Paso a explicarlo.

De manera inicial, entiendo que oportuno destacar que el planteamiento de la defensa se dirige, esencialmente, a cuestionar la labor de valoración que del plexo probatorio ha llevado a cabo el tribunal de anterior instancia, sin lograr demostrar la existencia y entidad de los vicios formales y sustantivos que alega.

En este sentido, encuentro que el tribunal de sentencia ha analizado minuciosamente y de manera integral la totalidad del plexo probatorio, a la vez que efectuó un análisis exhaustivo del contexto en el que acaecieron los hechos aquí juzgados.

En ese orden, la defensa cuestiona las declaraciones testimoniales de quienes resultaron testigos directos del suceso, es decir Gonzalo Coria, Cristina Coria, Bricia Scacia, Romina Paola Bazán y Carina Ríos. En este orden, la defensa señala, tal como sostuvo durante el curso del debate y reitera en instancia casatoria, que los testigos mencionados variaron de manera concordante el tenor de sus declaraciones con la finalidad de incriminar al acusado.

Entiendo que, pese al esfuerzo defensivo, sus argumentos no han logrado refutar adecuadamente la contundencia de la prueba rendida y valorada en el proceso. Vinculado con lo expuesto, advierto que el tribunal de sentencia analizó detenidamente las testimoniales cuestionadas, confrontó las declaraciones primigenias con las rendidas en el debate y ofreció razones por las cuáles las variaciones destacadas por la defensa carecían de la relevancia y decisividad pretendida.

En este sentido, el tribunal entendió que las declaraciones de Gonzalo Coria, de Bricia Scacia, Cristian Coria, Carina Ríos y de Paola Bazán, resultaron relevantes toda vez que fueron testigos presenciales del hecho en el que perdió la vida Kevin Darío Coria y resultó lesionado Gonzalo Cristian Coria.

Así, Gonzalo Coria explicó que la noche de los hechos habían discutido con Recosta Astudillo, como lo hacían siempre, «que se deliraron», que él le manifestó que pelearan como hombres, pero que el acusado le dijo «ahí vengo» y se retiró del lugar para aparecer luego por un hueco con un arma de fuego.

Agregó que le dijo a su madre Carina Ríos, que «lo iba a matar», que su hermano Kevin Darío Coria estaba en la esquina, que el acusado se acercó, le pegó un golpe de puño y le disparó. Agregó, que se acercó al lugar, forcejearon y cuando Kevin estaba ya en el piso, le apuntó a la cara y le disparó en el rostro y después en el pie. Explicó también que se encontró con Recosta en el quiosco y negó que su hermano hubiera ido a esperar al imputado allí.

Al respecto, el tribunal de juicio sostuvo que si bien algunas circunstancias relatadas por Gonzalo Coria pudieron presentar alguna variación, en modo alguno las mismas eran decisivas. Asimismo, debe decirse que con su testimonio surgió acreditado que Recosta no cayó al piso, sin perjuicio de ello y aún en el supuesto de que Elián Recosta hubiera caído al piso y allí lo hubiera atacado la familia Coria, como sostiene la defensa, esa agresión posterior no justifica la conducta homicida precedente.

Por otro lado, los testimonios de Bricia Scacia, Carina Ríos, Paola Bazán, resultaron coincidentes al dar cuenta de la advertencia que Recosta Astudillo formuló a la madre de Gonzalo Coria en el sentido de que iba a matar a su hijo.

De igual manera, respecto a que luego de acaecido el hecho, volvió a sostener «viste los maté a los dos». Bricia Scacia fue ampliamente interrogada por las partes dado que estaba junto a Kevin Darío Coria Ríos y por ser así presencié los disparos y también los instantes previos y posteriores al desenlace.

En este sentido declaró en la audiencia oral celebrada 24 de agosto de 2021, y narró que el día de los hechos estaban en la vereda con Kevin Coria y ya se iban a acostar, que Gonzalo Coria fue hasta la esquina en la moto a comprar y se encontró con Elián Recosta y comenzaron a discutir, por lo que Kevin fue hasta la esquina y ella lo acompañó, que Gonzalo le dijo al acusado que se bajara de la moto y que pelearan como hombres.

A ello, Recosta Astudillo respondió «ya vengo». Pasaron alrededor de cinco minutos y Elián apareció caminando con un arma por un hueco y al encontrarse con la madre de la víctima, Carina Ríos, le dijo que no se metiera pues iba a matar a su hijo. Continuó la testigo aclarando que ellos venían bajando en dirección a la casa de los Coria y que cuando encontró a Kevin comenzó a efectuar disparos, que Kevin le dio un golpe de puño al acusado pero que cayó desvanecido. Después le disparó a Gonzalo. La testigo refirió que ella le pegó con una rama porque se escuchaban muchos disparos, y que ella gritaba pidiendo ayuda para trasladar al hospital a Kevin.

En función de ello, advierto que la defensa realiza una lectura sesgada e interpreta la declaración de Briscia Scacia con base en supuestas contradicciones respecto con su declaración prestada durante la investigación penal preparatoria y la rendida en el debate oral.

Con ello, pretende plantear que Recosta fue emboscado y que éste sólo se defendió de la agresión de la que resultó víctima por parte de Kevin Coria, Gonzalo Coria, Carina Ríos, Briscia Scacia, y luego por Cristian Daniel Coria (padre).

En este orden, son decisivas las consideraciones del tribunal de sentencia en el sentido de que las declaraciones de Cristian Castro y de Carina Ríos, fueron coherentes y explicaron el hecho desde diversas perspectivas y aportaron datos que permitieron la reconstrucción del hecho de modo coherente.

En particular Cristian Coria declaró en la audiencia del 22 de noviembre de 2021, y dijo en lo que resultó relevante, que el día del hecho estaba en su domicilio recostado, pero no dormido y que escuchó detonaciones, cuando salió a la calle no se percató que quién efectuaba los disparos era Elián Recosta Astudillo.

En este orden, son decisivas las consideraciones del tribunal de sentencia en el sentido de que las declaraciones de Cristian Castro y de Carina Ríos, fueron coherentes y explicaron el hecho desde diversas perspectivas y aportaron datos que permitieron la reconstrucción del hecho de modo coherente.

En particular Cristian Coria declaró en la audiencia del 22 de noviembre de 2022, y dijo en lo que resultó relevante, que el día del hecho estaba en su domicilio recostado, pero no dormido y que escuchó detonaciones, cuando salió a la calle no se percató que quién efectuaba los disparos era Elián Recosta Astudillo y tampoco advirtió que quién estaba tirado en el piso era su hijo Kevin Gonzalo Coria. Cuando vio a su otro hijo Gonzalo, le pegó a Recosta Astudillo, pero éste ya le había disparado a su hijo Kevin.

Agregó que su hijo Gonzalo le quiso sacar el arma y en ese momento también le disparó.

Finalmente, dijo que le sacó el arma y que el acusado se dio a la fuga.

De lo que llevo dicho hasta aquí entiendo que la hipótesis defensiva no puede ser avalada pues, los testimonios prementados, aún con las variaciones destacadas por la defensa durante el curso del debate oral, y que fueron asumidas y contestadas por el tribunal de sentencia, resultaron concordantes y precisas al momento de detallar las circunstancias y la dinámica del suceso.

Ahora bien, no sólo destaco la relevancia de las declaraciones testimoniales, en tanto resultaron testigos directos del hecho, sino que además aquéllos dichos se vieron reforzados con el examen de necropsia practicado por el Dr. Romero del Cuerpo Médico Forense, quién dio cuenta que la causa de muerte de

Kevin Darío Coria fue debido a un shock hipovolémico por herida de proyectil de arma de fuego (fs. 315/317).

Luego, durante el debate oral el profesional sostuvo que el trayecto predominante fue de adelante a atrás y de arriba abajo dentro de la cavidad torácica (registro audio visual, audiencia día 31/08/2021, minutos 12:47 a 14:15).

En cuanto al segundo orificio, el Dr. Romero explicó que ingresó por la región inguinal y salió por la región del glúteo, que hizo un recorrido horizontal, y se mantuvo en la misma línea, en el mismo plano (registro audiovisual, audiencia 31/08/2021, de 15:14 a 16´). El Dr. Romero, descartó que Recosta Astudillo y Kevin Coria hubieran estado forcejeando en el piso.

En este sentido, aclaró que no podrían haber estado uno sobre el otro forcejeando porque el halo de contusión tendría una quemadura por la cercanía (registro audiovisual, audiencia 31/08/2021, minuto 24:30) y que la distancia de disparo fue mayor a cincuenta centímetros o con algún elemento interpuesto entre el arma y la víctima, lo que significa que en caso de no haber elementos interpuestos habría tatuaje sobre la piel, porque la pólvora termina de deflagrar fuera del arma y deja puntitos de quemadura sobre la ropa o sobre la piel (registro audiovisual, audiencia 31 de agosto 2021, minutos 23:44 a 24:30).

Por su parte, el acusado en su descargo en la audiencia de debate celebrada el día 4 de octubre de 2019, sostuvo que la noche de los hechos salió de su domicilio luego de haber atendido a su hijo, a comprar marihuana a un local ubicado a seis cuadras de su domicilio y que afuera estaban esperándolo Gonzalo Coria con un cuchillo grande de cabo blanco, tipo carnicero e indicó que Kevin Coria se había escondido detrás de un árbol y entre éste y Gonzalo Coria lo hicieron caer al piso y que las mujeres tenían palos de madera grandes, que intentó escapar y que detrás de un árbol salió Kevin, que lo hizo caer.

En ese contexto, mientras le propinaban golpes, él trató de sacar el arma pero no pudo, y que cuando logró hacerlo le comenzaron a pegar para sacarle el arma; entonces se disparó hacia arriba una vez. La pelea continuó y así se escaparon los tres disparos restantes. Una vez que pudo deshacerse del padre de Kevin Coria y de Gonzalo Cristian Coria, huyó hasta encontrar a Franco Correa Pérez.

Esta versión defensiva no se ve corroborada con los elementos de la causa. Cristian Coria, padre de la víctima, negó haber estado en el lugar cuando Recosta Astudillo efectuó los disparos a Gonzalo Coria. Éste, también víctima del suceso, en razón de que recibió dos impactos de proyectil en su maxilar derecho y en el pie izquierdo, narró que su padre estaba en la vivienda familiar descansando, y que luego tomó el arma para entregarla a investigaciones.

Por su parte, Paola Bazán, novia de Gonzalo Coria; Bricia Scacia, novia de Kevin; y Carina Ríos, dijeron que ante los disparos efectuados trataron de apartar al acusado con golpes de una rama.

También la madre de las víctimas, sostuvo que durante el suceso tironeaba hacia atrás a Recosta Astudillo para apartarlo de sus hijos, pero fue enfática al sostener que las víctimas no tenían cuchillo alguno, que estaban «limpios». Todos estos elementos no hacen más que sustentar la hipótesis acusatoria.

También resultó relevante para el tribunal de la instancia previa para descartar la versión del acusado, el testimonio de la Dra. Azcurra que practicó el examen físico a Recosta Astudillo cuando resultó aprehendido el día 5 de diciembre de 2019 (fs. 323 y vta.).

La profesional aportó detalles en la audiencia celebrada el día 31/08/2019 (registro audiovisual de 3:03 a 42:51´) dando cuenta Recosta presentaba al momento del examen practicado el 5/12/2019, excoriación con costra en cara anterior de rodilla izquierda y derecho, excoriación de un centímetro en cara anterior de pierna izquierda, equimosis violácea en cara posterior de pierna derecha, herida cortante en lóbulo de la oreja izquierda, hemorragia sub conjuntival en ojo izquierdo, equimosis violácea en párpado superior

del ojo izquierdo, excoriación en cara posterior del hombro izquierdo y en región dorsal izquierda, pérdida de la uña del cuarto dedo mano derecha, con costra hemática en lecho ungueal; excoriación redondeada en cara posterior de ambos codos y dos excoriaciones en región temporal izquierda.

Asimismo, la declaración testimonial de Matías Alejandro Correa Pérez (de fs. 17/18 vta.) incorporada por lectura da cuenta que esa noche había ido a dejar a su hermana al distrito de El Algarrobal, en Las Heras, y cuando regresó a su casa ubicada en el Barrio 20 de Julio, manzana D, casa 4, de Las Heras, su hermano Franco Ernesto Correa le dijo que llevara al acusado Elián Recosta Astudillo al hospital Carrillo porque había tenido una pelea. Aclaró que no alcanzó a detener la moto y que Elián se subió en la parte de atrás y se dirigieron al hospital.

Que cuando iban por el segundo callejón Morales apareció una moto blanca que iba detrás de ellos y Elián le dijo que Gonzalo –por Coria– venía detrás y que no lo llevara al hospital porque allí estaban los otros heridos del suceso y que entonces lo llevara a su casa.

Luego dijo que le preguntó a Recosta qué había pasado pero que éste no le dijo nada. Como los seguía la policía, al llegar a su casa, Recosta Astudillo se metió corriendo a casa de Correa. Aclaró que Recosta Astudillo estaba sin remera y que no alcanzó a ver si estaba lastimado pero que aquél le manifestó que le dolía la cabeza.

De tal modo, el descargo del acusado a criterio del tribunal de anterior instancia no resultó compatible con el resultado de la prueba rendida sino que además emergió como inverosímil, sin sustento en ningún elemento probatorio del legajo.

En definitiva, de los testimonios de cargo referidos surge la concordancia de los relatos, destacada por el tribunal de la instancia previa, lo que impide acoger el planteo defensivo, en tanto intenta exhibir una plataforma fáctica diversa a la tenida por acreditada, para exponer el vicio sustantivo que no es otro que petionar de acuerdo a su perspectiva de valoración, la existencia de una causal de justificación esto es, la legítima defensa bajo la que habría actuado Recosta Astudillo o en su caso el exceso en la causal invocada.

Por otro lado, y en lo que hace al agravio sustantivo, corresponde señalar que el tribunal de juicio descartó la concurrencia de la legítima defensa invocada por la defensa, toda vez que no existió agresión –a la vez que sostuvo válidamente que en el hipotético caso de que aquella hubiese existido– no justificaba el accionar de Recosta Astudillo que advirtió que mataría a Gonzalo Coria, luego de efectuados los disparos, al expresar «viste que los maté a los dos», que luego se dio a la fuga y resultó aprehendido el día 5 de diciembre de 2019, evidenciando una conducta evasiva y omisiva (desistió de recibir atención médica, se ocultó en casa de Correa Pérez).

Estas circunstancias fueron consideradas por el tribunal de instancia anterior como una conducta incompatible con el comportamiento esperable de quién se aprecia víctima de un hecho, razonamiento en el que no advierte falencia alguna.

De ello se impone el rechazo de la pretensión defensiva, toda vez que constituye una **reedición de lo ya planteado y resuelto en el debate**, sin aportaciones de nuevas consideraciones que me conduzcan a desvirtuar el razonamiento del tribunal de instancia previa (ver, al respecto, «Gallardo Soto»; «Dolcemascolo»; «Rincón Cadiz»; «Días Bustos» entre otros).

De todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSE V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSE V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a favor de Elián Fabián Recosta Astudillo.
- 2.- Imponer las costas a la vencida diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

18- ZANNI GIAMPORTONE. 08-11-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	-	-	-	-	-	-	A	-	-	-	-	-	-	353

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=926>

Lex: Art. 84 Bis del CP. art. 47 de la ley de Tránsito N° 9024.

Vox: Homicidio culposo. Conducción antirreglamentaria. Riesgo permitido. Cumplimiento de normas de tránsito. Querellante particular.

Summa:

El TPC hizo lugar al recurso de apelación interpuesto por la Defensa ante el rechazo de oposición a la elevación a juicio, y **sobreseyó** al imputado por el delito endilgado. Entendió que el sindicado **no generó un riesgo jurídico-penalmente relevante que se concretara en el resultado.**

El querellante particular interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP). Cuestiona la actividad de valoración de la prueba.

El Procurador General entiende corresponde confirmar la validez de la sentencia impugnada.

La SCJM rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1860, pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.

Precedentes relacionados

a-SCJM

- Ver Ortubia Zabaleta. 29-03-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=760>

SCJM. Dres.: **Palermo.** Adaro. Valerio.

Fallo

CUIJ: 13-06778872-3/1((018601-5974)) F. Y QUER. C/ ZANNI GIAMPORONE OMAR ARIEL P/ HOMICIDIO CULPOSO (5974/18) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106034246*

En Mendoza, a los ocho días del mes de noviembre del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06778872-3/1 caratulada “F. c/ ZANNI GIAMPORONE S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. MARIO D. ADARO

El representante del querellante particular interpone recurso de casación contra la sentencia n° 1.860 y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción.

Ello, en tanto se hizo lugar al recurso de apelación de la defensa de Omar Ariel Zanni Giamportone y se lo sobreseyó por el delito de **homicidio culposo** (art. 84 bis. del CP) en los autos T-5.974/18.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El juez de la instancia anterior hizo lugar al recurso de apelación interpuesto por la defensa y, en consecuencia, revocó la resolución de la Jueza del Juzgado Penal Colegiado N° 1 que rechazó la oposición a la elevación a juicio y sobreseyó a Zanni Giamportone por el delito de homicidio imprudente.

El magistrado consideró que el imputado se mantuvo **amparado por el riesgo permitido** al conducir el rodado el día de los hechos. Ello, en tanto **no infringió norma de tránsito** alguna al realizar el giro que causó la muerte del motociclista.

2.- El recurso de casación interpuesto por el representante del querellante particular

El recurrente plantea su impugnación en razón de lo dispuesto por el art. 474, incs. 1 del CPP.

Se agravia, puesto que, según su punto de vista, el juez de la instancia anterior habría valorado de manera arbitraria la prueba obrante en la causa.

Todo lo cual habría conducido al juez sentenciante a dictar el sobreseimiento de Zanni de manera infundada.

En particular, se opone a la valoración de la conducción del imputado de acuerdo con el **art. 47 de la ley de tránsito**, con base en la errónea valoración de las testimoniales de Oscar Marcelo Videla y Juan Antonio Alma, el lugar dado a la declaración del acusado –quien no tiene el deber de declarar contra sí mismo– y la ponderación del resto del plexo probatorio.

Concluye que la interpretación del juez respecto de que el acusado se mantuvo amparado por el riesgo permitido es arbitraria y, por el contrario, existen elementos de convicción suficientes para sostener que llevó a cabo un comportamiento prohibido.

Formula reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

Una vez resumidos los agravios, el Procurador General considera que corresponde confirmar la validez de la sentencia impugnada.

Ello, en tanto el análisis de la prueba llevado a cabo por el juez de la instancia anterior verifica que el acusado no llevó a cabo una conducta prohibida por la ley de tránsito al momento del siniestro.

En concreto, en el dictamen referido hace especial referencia a la valoración de la mecánica del hecho, en relación con los testimonios y pericias agregadas a la causa, concluyendo, en consecuencia, que **no existió por parte del acusado una conducta penalmente reprochable.**

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso interpuesto por el representante del querellante particular considero, por diversos motivos, que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar. Paso a explicarlo.

De manera preliminar, corresponde referir que en la presente causa se le atribuyó al acusado el siguiente hecho: «que el día 24 de julio de 2018, siendo aproximadamente las 22:00 hs., momentos en que el ciudadano Omar Ariel Zanni Giamportone circulaba al mando de su vehículo VW Gol Trend color rojo dominio OZX-692 por calle Urquiza con dirección al norte se dispuso a girar hacia la izquierda siendo cuando colisionó con la motocicleta marca Honda modelo Tital 150 cc color negro dominio A068UWO que circulaba en sentido hacia por la referenciada calle y como consecuencia del impacto resultó el fallecimiento del tripulante del motovehículo, el ciudadano Emilio Gastón Carmona» (véase fs. 229 vta./230).

Respecto de este hecho, en fecha 15 de setiembre de 2021 en la audiencia de oposición a la citación a juicio, las partes expusieron sus argumentos y la jueza interviniente rechazó el planteo defensivo elevando la causa a juicio.

Este acto jurisdiccional fue apelado por la defensa de Omar Zanni, dando lugar a la audiencia celebrada el día 19 de octubre 2021, donde se hizo lugar al recurso y se dictó el sobreseimiento del acusado.

Resolución impugnada por la parte querellante mediante el recurso de casación en esta instancia analizado.

El juez de la instancia previa sostuvo en la audiencia de apelación que debía hacerse lugar al recurso de apelación de la defensa en tanto Zanni no llevó un comportamiento prohibido en el suceso investigado.

Esto es, al conducir el automóvil marca Volkswagen, modelo Gol Trend, color rojo y dominio OZX 692, que colisionó con la moto conducida por Emiliano Gastón Carmona, a la altura municipal número 3971 de calle Urquiza con dirección norte, al momento que intentaba ingresar a un predio ubicado sobre vereda oeste.

A partir de aquí, consideró que los fundamentos brindados por la jueza de grado resultaban insuficientes, pues no alcanzan el estándar mínimo requerido para erigirse como una sentencia válida.

Ello, en razón de la omisión de valoración correcta de las pruebas reseñadas.

En este orden, estimó que Zanni cumplió con las prescripciones establecidas por el **art. 47 de la ley de Tránsito**, en particular, respecto de los cuidados que deben observarse al momento de realizar un giro (véase audiencia referida min. 4 y ss.).

De tal manera, consideró que el comportamiento llevado a cabo por Zanni el día de los hechos resultaba adecuado con aquella normativa, en función de las condiciones en las que conducía Carmona.

En efecto, el art. art. 47 de la ley de tránsito prescribe que **«para realizar un giro debe respetarse la señalización, y observar las siguientes reglas:**

- a) advertir la maniobra con suficiente antelación, mediante la señal luminosa correspondiente, que se mantendrá hasta la salida de la encrucijada;
- b) circular desde treinta (30) metros antes del costado más próximo al giro a efectuar;
- c) reducir la velocidad paulatinamente, girando a una marcha moderada, dando siempre la prioridad al peatón;
- d) reforzar con la señal manual, cuando el giro se realice para ingresar en una vía de poca importancia o en un predio frentista;
- e) si se trata de una rotonda, la circulación a su alrededor será ininterrumpida, sin detenciones y dejando la zona central no transitable, a la izquierda. Tiene prioridad de paso el que circula por ella, sobre el que intenta ingresar, debiendo ceder la al que egresa».

El juez expresó que esta norma es la que contempla el estándar normativo que posibilita analizar el comportamiento de Zanni y que, al haberse verificado que el nombrado **cumplió con sus prescripciones, lo mantiene amparado por el riesgo permitido** por el tráfico vehicular (véase, audiencia de apelación, min 6 y ss.).

En esta línea, puso de relieve que, en tanto **no existía señalización** que prohibiera adelantamientos o giros a lo largo de la calzada, no se encontraba prohibido realizar tales maniobras siempre y cuando se la advirtiera con la suficiente antelación.

Lo cual se verifica, conforme el juez sentenciante, con base en lo expresado por los testigos Juan Antonio Alba y Oscar Marcelo Videla. Asimismo, valoró como convincente la declaración del propio Zanni.

Luego, analizó si las pruebas referidas permitían afirmar que Zanni colocó la luz de giro antes de doblar hacia el predio al que se dirigía y concluyó que si bien el testimonio de Juan Antonio Alba al afirmar que Zanni colocó la luz de giro, es algo parcial, pues conocía al acusado y se iban a juntar a comer, no sucede lo mismo con el testigo y conductor Oscar Marcelo Videla, quien se expresó en idéntico sentido.

A ello, sumó que el acusado brindó una versión que verifica lo anterior y que no ha sido rebatida por el querellante.

Por su parte, respecto del testigo Orlando Javier Castillo, quien auxilió a Emiliano Carmona inmediatamente ocurrido el siniestro y manifestó que éste le expresó que el conductor del Gol Trend no había colocado el guiñe, el juez ponderó que se trataba de un testigo de a oídas y que no alcanzaba para poner en duda la versión brindada por el acusado.

Así, el juez concluyó que, respecto de este primer punto, Zanni cumplió con la reglamentación vigente, del mismo modo que lo hizo respecto de la velocidad reglamentaria y la paulatina moderación de la velocidad treinta metros previo a realizar la maniobra.

En relación con esto último, ponderó el acta de procedimiento y el croquis, que dieron cuenta de la posición final del automóvil: de forma perpendicular a la calle, lo que demuestra que se encontraba realizando el giro al momento de colisionar con la motocicleta.

El juez razonó que Zanni estaba ingresando al predio, por lo que es lógico pensar que no se encontraba circulando a un exceso de velocidad (véase audiencia de apelación, min. 12).

Respecto de la valoración del comportamiento de Zanni, finalmente se ponderó en la sentencia que el dosaje de alcohol arrojó resultado negativo (véase, audiencia de apelación, min. 37).

Con base en lo anterior, y como se dijo, el juez en función de apelación sostuvo que Zanni se actuó amparado por el riesgo permitido.

Por otra parte, al analizar el comportamiento del motociclista, puso de relieve que conducía sin casco, a exceso de velocidad y que dio positivo para consumo de estupefacientes (marihuana).

Lo anterior fue razonado a partir del análisis del acta de procedimiento –respecto de la ausencia de casco–, de las declaraciones de los testigos y como derivación lógica de los daños sufridos por los vehículos y las posiciones en que quedaron ubicados.

También, el juez sentenciante sostuvo que, si la moto hubiese circulado a 20 km/h, tal como prescribe la ley, no se habrían producidos manchas hemáticas a más de doce metros de distancia del auto (véase, audiencia de apelación, min. 24).

A lo señalado agregó que un pariente de la víctima expresó espontáneamente que Emiliano Carmona había salido la noche en que se produjo el hecho a probar unas nuevas cubiertas –lo que surge del acta de procedimiento, pues esta persona no fue citada por el Ministerio Público Fiscal–.

De allí que, según el juez, el sentido común permite inferir que es muy probable que al encontrarse probando los neumáticos la víctima haya acelerado, frenado y zigzagueado, todo ello con el fin de determinar el rendimiento y calidad de los neumáticos.

La parte querellante estima en esta instancia, por el contrario, que las pruebas son suficientes para afirmar la responsabilidad de Zanni al haber realizado un giro abrupto e intempestivo que causó la muerte de Emiliano Carmona.

En particular, resalta que se priorizaron en la instancia previa, sin buenas razones, las declaraciones de Oscar Marcelo Videla y Juan Antonio Alma, frente a la de Orlando Javier Castillo, del mismo modo que se puso en un lugar central la declaración del acusado, cuando éste no tiene la obligación de declarar contra sí mismo.

De tal manera, el recurrente **discrepa en términos generales con la valoración dada al plexo probatorio** por el juez en función y considera que los testigos son parciales y, a partir de tal postura, insiste en que el giro realizado por el acusado fue abrupto e intempestivo al omitir mirar por el espejo retrovisor.

Según entiendo **el razonamiento del juez de la instancia previa aparece como válido** en tanto no advierto arbitrariedad en la valoración las pruebas obrantes en la causa, así como tampoco una interpretación y aplicación incorrecta de la normativa pertinente.

Con el mismo temperamento, entiendo que el resto del cuestionamiento al valor de las declaraciones de los testigos Videla y Alma permanecen en un plano de abstracción que no permite poner en tela de juicio la validez de la sentencia puesta en tela de juicio.

En verdad, el planteamiento del recurrente se trata de una **mera discrepancia con la resolución** puesta en crisis que no logra traducirse en un agravio concreto que desvirtúe en esta instancia la validez de la resolución recurrida.

Es importante no perder de vista que, en contra de lo que expresa la parte querellante, el juez consideró fundamental el testimonio de Videla, habida cuenta que, por un lado, fue un testigo presencial del hecho y, por el otro, su imparcialidad se deriva de que no conocía a Omar Zanni y tampoco a Emiliano Carmona. Así, entiendo que el juez acertó al momento de interpretar la prueba y concluir que Zanni **no generó un riesgo jurídico-penalmente relevante que se concretara en el resultado**.

Como es sabido, no debe confundirse causación con imputación, pues muchas veces el causante de un daño, no responde por este, si el daño se produce dentro del riesgo permitido.

El tráfico vehicular es un ámbito de interacción riesgoso que genera daños, aun cuando sus intervinientes se comporten de acuerdo con las normas de tránsito, hipótesis que se verifica en el caso de Zanni.

Más aun cuando se verificó que Emiliano Carmona conducía a exceso de velocidad, sin casco y dio positivo para marihuana.

En función de lo expuesto, entiendo justificada la apreciación del magistrado de la instancia anterior en el sentido de que no se explica suficientemente en la resolución de la jueza penal de grado, cuáles son las razones que, más allá de la causalidad, permiten atribuirle a Zanni la muerte de Carmona como su obra.

En consecuencia, no basta con verificar que existe una relación de causalidad entre un determinado comportamiento y el acaecimiento de un daño, sino que, se requiere, además, que esa afectación pueda atribuirse al causante como algo que le pertenece.

En suma, **no se ha verificado una creación de un riesgo jurídico penalmente relevante en la conducción del rodado que se haya concretado en la muerte de la víctima**, en cuanto esta se explica por su propio comportamiento arriesgado.

Con esto último me refiero a los dos niveles de imputación del tipo objetivo: imputación del comportamiento e imputación del resultado.

En suma, Zanni **no llevó a cabo comportamientos en infracción a la ley de tránsito que generaran o aumentaran el riesgo de muerte** que se concretó en la vida de Carmona de manera jurídico-penalmente relevante.

De este modo, entiendo que no le asiste razón a la querrela cuando cuestiona la actividad de valoración de la prueba a la luz de la normativa de tránsito vigente, sino que la misma ha sido analizada de acuerdo con las reglas de la sana crítica racional y justifica fundadamente el sobreseimiento del imputado.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Si bien coincido con las conclusiones del ministro preopinante, respecto de la actuación reglamentaria del acusado al momento de causar el siniestro en el que perdiera la vida Emiliano Carmona, estimo importante dejar a salvo mi criterio respecto de los presupuestos que deben seguirse al momento de interpretar las normas de tránsito.

En efecto, las circunstancias de un hecho **deben ser meritadas siempre según lo establece la ley**.

El cumplimiento de la ley no es facultativo, por ello, mientras los ciudadanos se comporten de acuerdo con ella, no podrán ser castigados.

En este caso se verificó que Zanni **cumplió con las prescripciones del art. 47 de la ley de tránsito** y que realizó la maniobra de manera reglamentaria.

De este modo, sostengo que Zanni no puede ser responsabilizado por la muerte del conductor de la motocicleta.

Su comportamiento se ha mantenido en todo momento dentro de los parámetros establecidos por la ley de tránsito y, de este modo, no se ha verificado un comportamiento delictivo que amerite una respuesta jurídico-penal. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto el representante de la parte querellante particular.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

19- GARCIA RIVERA. 01-12-22. (JJ)

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	B	FS	AF	PCE	-	EGT	P2°	-	-	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=961>

Lex: Art. 46, 80 inc. 7 y 8, 41 bis, 54, 166 inc. 2 segundo párrafo en función con ella art. 167 inc. 2° y art. 42 del CP. Art. 41, inc. d, **ley 9106**

Vox: Homicidio agravado. Criminis causa. Sujeto pasivo: personal policial (fuerza de seguridad). Uso de arma de fuego. Concurso ideal. Robo agravado por el uso de arma de fuego, en poblado y en banda en grado de tentativa. Partícipe secundario. Juicio por Jurado. Audiencia de selección. Audiencia de **Voir dire**. Examen y contraexamen de testigos. Motivación. Instrucciones.

Summa:

El **TPC** condenó al nombrado en razón del veredicto emitido por el jurado popular, a la pena de **quince años de prisión** por considerárselo **partícipe secundario** de los delitos de homicidio agravado criminis causa, agravado en perjuicio de personal policial y por el uso de arma de fuego, en concurso ideal con el delito de robo agravado por el uso de arma de fuego, en poblado y en banda, en grado de tentativa (art. 46, 80 inc. 7 y 8, 41bis, 54, 166 inc. 2 segundo párrafo en función con ella art. 167 inc. 2° y art. 42 del CP). La **defensa** interpone recurso de casación. Entiende que la decisión adolece de vicios in iudicando y vicios in procedendo (art. 474 incs. 1 y 2 del CPP; art. 41, inc. d, ley 9106). Sus agravios: falta de acatamiento de las instrucciones sobre la valoración de la prueba, y en forma subsidiaria, desproporción en el monto de la sanción.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa. Estimó que debe confirmarse el veredicto de culpabilidad del jurado popular interviniente, así como la sentencia pronunciada por el TPC N° 2°- 1°CJ.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1814, pronunciada por el TPC N° 2-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Petean Pocoví. 07-02-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=276>
- Tizza. 08-01-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=449>
- Acuña. 07-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=710>
- Zúñiga. 07-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=803>
- Vildoza. 15-06-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=856>
- Hisa. 26-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=880>

Parágrafos destacados

En aquellas oportunidades se señaló, en relación con el alcance y amplitud de la tarea de **revisión extraordinaria de los veredictos de condena emitidos por un jurado popular**, que ese control de casación debe llevarse a cabo con una gran «deferencia» por el rol de determinación de los hechos que efectúa el jurado.

Tal decisión «merece su irrestricto respeto, desde que ella es consecuencia directa del ejercicio pleno de la soberanía que el pueblo se ha reservado constitucionalmente, y cuya efectivización se realiza en un marco legalmente definido, esto es, en un juicio único y público, con control adversarial de las partes en la **selección (de selección)** en la **audiencia de voir dire**, como al ingreso de la prueba, con inmediatez y ejercicio efectivo de la técnica del **examen y contraexamen** de los testigos y de litigación de las instrucciones finales, y lo que significa la poderosa deliberación secreta de los doce miembros y veredicto unánime».

Precedentes relacionados

a-SCJM

- Farías Toledo. 19-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=805>
- Cataldo Ortiz. 29-07-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=868>
- Ponce Rubio. 02-12-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=954>

b-CSJN

- «Canales». 02-05-19: <https://inecip.org/wp-content/uploads/000084206.pdf>

c- CIDH

- V.R.P., V. P. C. y otros vs Nicaragua:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_350_esp.pdf

SCJM. Dres.: Adaro. Palermo (Licencia). Valerio (Ampliatorio) .

Fallo

CUIJ: 13-06768424-3/1((018602-91152)) F C/ GARCIA RIVERA VICTOR MIGUEL P/ HOMICIDIO CRIMINIS (91152/10) (91152) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106024438*

En Mendoza, el día primero del mes de diciembre del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-06768424-3/1 caratulada "F. C/ GARCÍA RIVERA, VÍCTOR MIGUEL P/ HOMICIDIO AGRAVADO CRIMINIS CAUSA, AGRAVADO EN PERJUICIO DE PERSONAL POLICIAL Y POR EL USO DE ARMA DE FUEGO EN CONCURSO IDEAL CON EL DELITO DE ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO, EN POBLADO Y EN BANDA EN GRADO DE TENTATIVA S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y, tercero DR. JOSÉ V. VALERIO.

La defensa de Víctor Miguel García Rivera interpone recurso de casación contra la sentencia n° 1.814 pronunciada por el Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial por la cual se condenó al acusado, en razón del veredicto emitido por el jurado popular, a la pena de quince años de prisión por considerársele partícipe secundario de los delitos de homicidio agravado criminis causa, agravado en perjuicio de personal policial y por el uso de arma de fuego, en concurso ideal con el delito de robo agravado por el uso de arma de fuego, en poblado y en banda, en grado de tentativa (art. 46, 80 inc. 7 y 8, 41bis, 54, 166 inc. 2 segundo párrafo en función con ella art. 167 inc. 2° y art. 42 del CP), que se le atribuye en los autos n° P91.152/10.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La decisión impugnada, tal como se adelantó, condenó a Víctor Miguel García Rivera a la pena de quince años de prisión a raíz de que el jurado popular lo encontró culpable, como partícipe secundario, de los hechos que fueron calificados como homicidio agravado criminis causa, agravado en perjuicio de personal policial y por el uso de arma de fuego en concurso ideal con el delito de robo agravado por el uso de arma de fuego, en poblado y en banda, en grado de tentativa.

En efecto, conforme surge del alegato fiscal de apertura se le atribuyó al acusado que «[e]l día primero de septiembre de dos mil ocho, siendo aproximadamente las veinte horas, en calle 25 de Mayo y Bombal de Guaymallén, [aquél], junto a Víctor Vargas Cabello, Darío Cantos Baigorria y tres sujetos más que no han sido identificados; utilizando armas de fuego abordaron el camión de caudales que había retirado la recaudación del banco que se encuentra en el interior de la Universidad Maza.

Ante esto, se produjo un enfrentamiento armado entre los sujetos y los efectivos policiales que custodiaban el blindado, que resultó en la muerte del Cabo Eduardo Jesús Correa y le causaron heridas graves a Natalia Cortéz». Estos hechos fueron considerados probados por el Ministerio Público Fiscal en su **alegato de cierre**, quien mantuvo su hipótesis acusatoria en tanto consideró al acusado como coautor del delito de homicidio agravado criminis causa, agravado en perjuicio de personal policial y por el uso de arma de fuego en concurso ideal con el delito de robo agravado por el uso de arma de fuego, en poblado

y en banda en grado de tentativa (ver registro audiovisual audiencia de alegatos finales, 22/09/2021, a partir del minuto 1:40).

Finalmente, debe señalarse que la sentencia cuestionada por la defensa da cuenta de las instrucciones iniciales impartidas al jurado, de las instrucciones finales que se proporcionaron una vez clausurado el debate, del veredicto unánime y de la individualización de pena efectuada por la jueza técnica.

2.- Recurso de casación

La defensa de Víctor Miguel García Rivera interpone recurso de casación contra la sentencia ya individualizada. Ello por cuanto entiende que la decisión adolece de vicios in iudicando y vicios in procedendo (art. 474 incs. 1 y 2 del CPP; art. 41, inc. d, ley 9106).

En primer orden, señala como un vicio manifiesto del veredicto **la falta de acatamiento de las instrucciones sobre la valoración de la prueba** –donde se destacó la importancia de la prueba testimonial– por parte de los integrantes del jurado sobre la intervención del acusado en los hechos.

Ello, en tanto y a su criterio, no existe un solo elemento probatorio que nos conduzca a la culpabilidad de su asistido.

En este sentido, sostiene que ninguno de los testigos advirtió la presencia de Víctor García Rivera en el lugar de los hechos.

Señala que la ubicación del acusado tampoco pudo ser determinada por la ubicación de su teléfono celular.

Entiende que **no se pudo incorporar al debate prueba directa o circunstancial que acredite la participación de su asistido**, por lo cual sostiene que quedó demostrada la absoluta arbitrariedad en la que incurrió el jurado popular.

Sostiene de esta manera la notoria falta de acatamiento por parte de los miembros del jurado popular de las instrucciones que le fueron brindadas, lo que surge del hilo conductor de las pruebas aportadas en el debate, las que no pudieron confirmar en un mínimo sentido el embate acusatorio.

Destaca que de acuerdo al sistema acusatorio adversarial, en el debate **no se pudo superar el test de la duda razonable**, lo que viola las normas del debido proceso legal.

A tal fin, reproduce los agravios vinculados a la ausencia de testigos presenciales que hayan podido advertir la presencia de García Rivera en el lugar de los hechos.

Agrega que los testigos al describir a los autores, no aportaron características físicas similares al acusado. Asegura que fue desestimada la hipótesis fiscal que vinculaba a García Rivera con el teléfono celular encontrado en el lugar donde acontecieron los hechos, como así tampoco, respecto de la localización de aquél por la ubicación de la antena que tomó las llamadas efectuadas por éste.

Señala que no puede tomarse como base de una sentencia condenatoria el hecho de que algunas de las autopartes de la camioneta con la que se cometió el ilícito, fueron encontradas en la casa de parientes de su defendido. Entiende que estos elementos no son suficientes para considerar culpable a García Rivera. Por tal motivo, reitera que los miembros del jurado se apartaron de las instrucciones brindadas en la causa, o nunca se superó el test de la duda razonable, violando las normas del debido proceso legal y la garantía de la defensa en juicio.

En segundo orden, como vicio sustantivo, y de manera subsidiaria, la defensa advierte una **desproporción en el monto de la sanción** aplicada en relación a las circunstancias previstas en los **arts. 40 y 41 del CP**.

Señala que se valoró de manera errónea las circunstancias agravantes, y se desmereció el estado de salud crítico y terminal de su defendido.

Entiende que esta situación potencia la pena aplicada y la convierte prácticamente en una condena a muerte, si se tiene en cuenta la corta sobrevida que penosamente tiene el acusado, extremo que se encuentra debidamente probado en autos.

Por tal motivo, solicita que se rebaje la pena al mínimo legal, esto es a la pena de **diez años de prisión**.

Hace reversa del caso federal.

3.- Dictamen del Procurador General

El titular del Ministerio Público Fiscal considera que si bien procede formalmente el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado Rivera García, no corresponde hacerle lugar en el fondo.

Entiende que el veredicto emitido **no surge como arbitrario a la luz del plexo probatorio** rendido durante el juicio y de acuerdo a las instrucciones brindadas al jurado.

Por ello, estima que el recurso intentado debe ser desestimado, ya que constituye una **discrepancia** con el resultado adverso para su asistido, pero que de ninguna manera denota arbitrariedad en el veredicto.

4- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento adelanto que, en base a los motivos que expondré a continuación, corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Víctor Miguel García Rivera.

En consecuencia, debe confirmarse el veredicto de culpabilidad del jurado popular interviniente, así como la sentencia pronunciada por el Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

En la exposición de las razones que me conducen a esta solución y a fin de efectuar una revisión ordenada y completa de los agravios interpuestos, abordaré en primer lugar aquellas cuestiones vinculadas a los vicios de procedimiento alegadas (a), para luego adentrarme al agravio sustancial (b).

a.- Cuestionamientos vinculados con la **arbitrariedad del veredicto**

En primer orden, tal como adelanté, analizaré los distintos argumentos a través de los cuales la defensa apoya su tesis de que el jurado valoró de manera arbitraria las pruebas producidas en el juicio y, de este modo, se apartó de las instrucciones que le fueron impartidas. Conviene aquí recordar lo que he señalado en el **precedente «Petean Pocoví»**, donde analicé la validez constitucional del enjuiciamiento por jurados populares en función de las garantías del debido proceso.

Motivación.

Entendí en aquella oportunidad que el modelo previsto por la **ley 9.106** no conculca el derecho a un fallo razonado y el derecho a la revisión de la sentencia condenatoria.

Ello en tanto prevé mecanismos procesales para asegurar que el debido proceso sea respetado en plenitud.

De esta manera sostuve en el citado precedente que la sentencia que prevé la ley 9.106 debe considerarse debidamente **motivada** –en abstracto y en cuanto a su diseño institucional– por cuanto se compone de las **instrucciones** iniciales, las instrucciones finales, el veredicto del jurado y la resolución de imposición de pena. En este sentido, considero que el secreto de las deliberaciones del jurado no implica déficit alguno de motivación en tanto el modelo de enjuiciamiento adoptado supone una **forma de fundamentación procedimental de la decisión**, compatible con las garantías del debido proceso legal.

Garantía del doble conforme

Del mismo modo, entendí que esta estructura procesal tampoco supone un menoscabo a la garantía de doble conforme.

Ello en tanto el material revisable en segunda instancia no se limita al veredicto del jurado, sino que abarca todos los actos procesales que dan lugar al juicio, así como los que se desarrollan durante las audiencias con el jurado y los posteriores.

Esto permite a la defensa controlar y exigir el control de cada uno de los actos procesales que resultan relevantes para la deliberación del jurado popular.

Finalmente, también el sentido del veredicto puede ser evaluado en su razonabilidad y apego a la prueba, tal como lo dispone el **art. 14 de la ley. 9.106**.

Dicho en términos claros, no es el veredicto lo único que se revisa en esta instancia, sino toda la sentencia y el procedimiento previo que ésta lleva ínsito.

CIDH

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos –con referencia a jurisprudencia sobre la misma cuestión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos– ha expresado que «[l]a falta de exteriorización de la fundamentación del veredicto no vulnera en sí misma la garantía de la motivación. En efecto, todo veredicto siempre tiene motivación, aunque como corresponde a la esencia del jurado, no se expresa. Pero el veredicto debe permitir que, a la luz de las pruebas y el debate en la audiencia, quien lo valora pueda reconstruir el curso lógico de la decisión de los jurados, quienes habrían incurrido en arbitrariedad en el supuesto en que esta reconstrucción no fuera viable conforme a pautas racionales» **(Corte IDH, Caso V.R.P., V. P. C. y otros versus Nicaragua, considerando 259, con referencia a TEDH, «Taxquet vs. Bélgica»)**.

CSJN

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en el precedente «Canales» sostuvo que «[l]uego de confrontar sus argumentos, dar razones y deliberar, los miembros del jurado deciden su voto en función de un sistema de valoración de la prueba conocido como “íntima convicción”, que no requiere expresión o explicación de los motivos que conformaron el convencimiento sobre la resolución adoptada para el caso» **(CSJN, fallo del 2 de mayo de 2019, «Canales», considerando 19)**.

A su vez, en el citado precedente, la CSJN ha enfatizado que el examen de la resolución del jurado puede cuestionarse a partir de un análisis de las premisas en que se fundamenta y la conclusión a la que arriba: «[el veredicto del jurado] no impide una adecuada revisión de lo decidido, toda vez que la verdadera fundamentación no radica en la expresión escrita de razonamientos, sino en la coherencia entre las afirmaciones de las partes, las pruebas y el sentido de la sentencia. [...] Pese a la ausencia de fundamentación escrita, es perfectamente posible cuestionar una resolución de un jurado en base a la incongruencia entre precedentes o premisas (afirmaciones y pruebas) y conclusión (culpabilidad o inocencia).

Siendo pertinente recordar, mutatis mutandi, que esto es así por cuanto el Tribunal ya remarcó que “la propia Constitución no puede interpretarse en forma contradictoria, o sea, que el principio republicano de gobierno impide entender un dispositivo constitucional como cancelatorio de otro” **(Fallos: 328:3399, considerando 24)**» **(v. CSJN, «Canales», considerando 19)**.

A partir de estos conceptos corresponde analizar si la versión de los hechos que tuvo por acreditada el jurado puede razonablemente derivarse de las pruebas que le fueron expuestas. A mi modo de ver, la respuesta afirmativa se impone. Veamos.

Prueba

En primer orden, la defensa sostiene que ninguno de los testigos presenciales, tales como los policías de custodia del camión de caudales, los empleados de seguridad de la Universidad Maza y Natalia Cortez – quien resultó lesionada en el hecho– ubicaron a García Rivera en el lugar de los acontecimientos.

Agrega que ninguno de estos testigos tampoco aportó una descripción física similar a la de su asistido.

Entiendo que el agravio esgrimido en este sentido no puede prosperar. Al respecto, coincido con los argumentos que en este tópico sostuvo el Ministerio Público Fiscal en sus alegatos conclusivos, al manifestar que los coautores Víctor Vargas Cabello y Darío Cantos Baigorria, ya condenados en las presentes actuaciones (autos N° P- 69.058/08, sentencia N° 3527), tampoco fueron reconocidos por los testigos presenciales.

Ello tiene su razón no sólo en la premura y el grado de violencia en que tuvieron lugar los hechos, sino también por otras condiciones, tales como el horario en que aconteció –20:00 hs. aproximadamente– lo que supone la poca luminosidad del lugar, la circunstancia de que en ese momento corriera viento zonda y que la camioneta que utilizaron los autores para perpetrar el hecho tuviera los vidrios polarizados.

No obstante estas circunstancias, las que razonablemente pudieron influir en la percepción de las precisas características de los partícipes del hecho y su posible reconocimiento, lo cierto es que la defensa no logra explicar de qué manera la falta de prueba directa que indique la presencia de García Rivera en el lugar del hecho desvirtúa los elementos de convicción incorporados en el debate que, como se explicará seguidamente, constituyen indicios serios y concordantes que explican de manera plausible la solución a la que se arribó en el veredicto del jurado popular.

En este sentido, advierto que lo observado por la defensa carece de la relevancia pretendida en orden a la intervención del acusado en el hecho y al grado atribuido –partícipe secundario–, así como las instrucciones brindadas al respecto (ver punto 20, sentencia N° 1.814, pág. 14).

En segundo lugar, la defensa señala que tampoco se pudo vincular a García Rivera con el hecho a partir de la ubicación de la antena que registró las llamadas realizadas por la línea de teléfono celular perteneciente al acusado al teléfono celular secuestrado en el lugar donde acontecieron los hechos.

Ello, en tanto –según entiende la defesa– la ubicación de aquélla no determina el lugar del equipo móvil, el que pudo estar dentro de un radio amplio.

Entiendo que corresponde desestimar el planteo de la defensa, en tanto derivan de un **análisis sesgado y ceñido a sus intereses**, sin brindar suficientes razones para fundar su postura.

En efecto, se desprende del informe de la Unidad Investigativa Especial (fs. 908/911) que las comunicaciones realizadas por el acusado Víctor García Rivera al celular secuestrado en el lugar del hecho –el cual se determinó que pertenecía al hoy condenado Víctor Vargas– fueron efectuadas a las 19:58 hs., 20:07 hs y 21:31 hs, y captadas por la antena ubicada en calle Bandera de Los Andes 2329 de Guaymallén, conforme surge del informe de fs. 2076.

Estas circunstancias fueron confirmadas en audiencia de debate por el oficial Sergio Caleri, quien en tal oportunidad cumplía funciones como Jefe de la Unidad de Investigaciones de Delitos Complejos (ver registro audiovisual, día 21/09/21, a partir del minuto 26:00).

De ello puede válidamente inferirse que las comunicaciones efectuadas entre ambas líneas telefónicas, realizadas antes e inmediatamente después del hecho (ver informe de fs. 269/273), constituye también un indicio de la participación de García Rivera en el evento.

Esto, pues resulta razonable pensar que quienes acuerdan la perpetración de un ilícito se comuniquen en momentos previos y posteriores a su perpetración.

Por otra parte, y en razón del grado de participación que el jurado atribuyó al acusado, no resulta relevante –no obstante haberse determinado un radio cercano al lugar del hecho (700 metros)– la precisa distancia en que se podría ubicar al acusado a partir del radio de localización que brinda la antena que captó la línea utilizada por García Rivera.

A partir de ello, los cuestionamientos esgrimidos en este sentido deben desestimarse.

En tercer lugar, la defensa destaca que el secuestro de algunas de las autopartes de la camioneta utilizada para perpetrar el hecho fueron encontradas en la casa de familiares del acusado García Rivera, es decir, en una vivienda donde no habitaba éste.

Por esta razón entiende que ese elemento de juicio no resulta suficiente para sostener la responsabilidad de su asistido.

Entiendo que tampoco puede prosperar el agravio esgrimido en este sentido.

Ello, en tanto la defensa separa para, de esta manera, debilitar elementos de juicio que, analizados de manera contextual y conglobada con el resto de los indicios ya analizados, permiten razonablemente sostener la responsabilidad de García Rivera en la calidad de partícipe secundario que le atribuyó el jurado, de acuerdo a las instrucciones brindadas en este punto.

En efecto, tal como lo refiere la defensa, en los dos domicilios allanados –en calle Lavalle 2238 y 2242, de Guaymallén– se secuestraron distintas partes de la camioneta utilizada para perpetrar los hechos.

Aun así, no se pudo determinar que en alguno de esos domicilios residía el acusado, en tanto éste fue detenido en un tercer domicilio –en calle Saravia 2940, de Guaymallén. Sin embargo, de tal circunstancia no se puede inferir necesariamente que García Rivera no fue quien resguardó las autopartes secuestradas del mencionado vehículo en los domicilios referidos.

Ello considerando, especialmente, los demás indicios ya analizados.

De este modo, y contrariamente a lo que sostiene la defensa, resulta razonable sostener que quien participó en un ilícito buscará evitar dejar las cosas vinculadas al delito en el lugar donde habita, y posiblemente deje esos elementos en domicilios donde habitan personas con las que mantiene algún vínculo.

En el caso, su hermano, Santos García Rivera, y sus sobrinos, Gastón y Víctor García Rivera.

A su vez, debe considerarse que los domicilios allanados fueron vinculados al acusado a través de un informe de Inteligencia Criminal donde se indicaban como los posibles lugares de residencia de García Rivera (ver testimonial del oficial Caleri a partir del minuto 41:00). Por otra parte, y según se desprende del acta de allanamiento de fs. 171/172, al proceder personal policial al secuestro del cobertor de la caja de la mencionada camioneta, Santos Héctor García Rivera manifestó que fue Martín García, hijo del acusado, quien le solicitó que guardara tal elemento y que éste pertenecía a su padre. Tales circunstancias también fueron ratificadas por el oficial Caleri.

De tal manera los argumentos esgrimidos en este sentido carecen de sustento en las constancias de la causa y, por tal motivo, devienen improcedentes.

En definitiva, conforme a lo analizado entiendo que no estamos ante un supuesto de arbitrariedad o apartamiento de la prueba por parte del jurado popular y, por ende, puede sostenerse como plausible el veredicto de culpabilidad del acusado García Rivera.

b.- Críticas de la defensa en relación con la determinación de la pena

Por último, habiéndose desestimado los agravios de la defensa en relación con la participación del acusado en los hechos atribuidos, corresponde analizar a continuación los aspectos del recurso que impugnan la motivación de la individualización de la pena; específicamente el monto de la penalidad.

Al respecto cuestiona el censurante que la jueza técnica al determinar la sanción se ha desentendido de las pautas establecidas en el art. 40 y 41 del CP.

En especial, destaca que se valoró de manera errónea las circunstancias agravantes, y se desmereció el estado de salud crítico y terminal de su defendido.

A mi modo de ver, este agravio tampoco puede prosperar en tanto considero que la jueza técnica ha brindado suficientes y adecuadas razones para determinar la sanción en el monto aplicado.

En efecto, la jueza técnica, luego del veredicto del jurado popular y de la audiencia de cesura correspondiente, al determinar la pena aplicable al acusado explicó, con cita de doctrina y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que el principio de culpabilidad impone la necesidad de que el acusado sea sancionado con una **pena cuya severidad sea proporcional a la gravedad del delito cometido y al bien jurídico tutelado**. Luego expresó las razones que la llevaban a apartarse del mínimo legal.

Así, y entre ellas, destacó «[...] la naturaleza de la acción desplegada, la que fue desarrollada con una gran violencia, lo que quedó acreditado ante todos los presentes.

La extensión del daño causado, terminando no solo con una vida, sino que la misma era en aquél entonces padre de familia de niños menores, esposo y sustento económico.

Como así también, con la carrera profesional de una de las víctimas, quien también fue pasible de manera sucesiva en los años a problemas de salud (psíquicos y físicos), que impidieron su desarrollo familiar y laboral.

Las circunstancias de tiempo, modo y lugar que lo rodearon, y la actitud de extremada peligrosidad demostrada por GARCÍA RIVERA, VICTOR MIGUEL, toda vez que el evento tuvo lugar en una zona transitada de manera permanente por civiles (principalmente por jóvenes), justifican en el caso concreto la imposición de la pena indicada».

También refirió que «[...] los informes médicos psicológicos, destacaron que el Sr. García Rivera es plenamente imputable.

Estas circunstancias denotan que al menos tenía al momento de los hechos, una madurez y una comprensión por demás suficiente como para entender con toda claridad, que conductas como la que protagonizó, implicaron un absoluto desprecio a las reglas elementales que nos vienen impuestas naturalmente por el solo hecho de vivir en colectividad y que de su violación se derivan serias y graves consecuencias» (fundamentos de la sentencia, p. 20).

Si bien no surge expresamente que la jueza técnica valorara como circunstancia atenuante los problemas de salud que tendría el acusado y que fueron indicados por la defensa, la defensa no explica de qué manera tales aspectos pudieran incidir significativamente en la determinación de la sanción aplicable, máxime considerando la gravedad del hecho investigado.

Dicho de otro modo, las circunstancias agravantes mencionadas justifican, en sí mismas, el alejamiento del mínimo legal de la escala correspondiente al delito por el que resultó condenado el acusado.

En razón de lo expuesto, estimo que la jueza técnica ha tenido en cuenta de manera correcta aquellos elementos de mensura referidos en el código de fondo (arts. 40 y 41 del C.P.) para arribar a una solución adecuada.

De tal manera, no estamos ante un caso de motivación aparente o mera dogmática, sino que la jueza técnica ha interpretado las normas correspondientes en base a las constancias de la causa, de modo tal que la sentencia debe ser confirmada como acto jurisdiccional válido también en el aspecto vinculado con la determinación de la pena.

c.- Conclusión

De acuerdo con las consideraciones realizadas en los puntos precedentes, en opinión concordante del señor Procurador General, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada.

Voto Dr. Valerio. Adhiere. Ampliatorio.

ASÍ VOTO. SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, EN VOTO AMPLIATORIO, DIJO: Comparto la solución a la que arriba el ministro preopinante en cuanto a la improcedencia de los agravios formulados por la defensa.

Aun así, considero oportuno realizar algunas consideraciones de acuerdo a lo que he sustentado en diversos precedentes en relación con la institución del jurado popular establecido por **ley 9.106, en particular en los precedentes «Tizza», «Acuña», «Zúñiga», «Vildoza» e «Hisa».**

En aquellas oportunidades se señaló, en relación con el **alcance y amplitud de la tarea de revisión extraordinaria de los veredictos de condena emitidos por un jurado popular**, que ese control de casación debe llevarse a cabo con una gran «deferencia» por el rol de determinación de los hechos que efectúa el jurado.

Tal decisión «merece su irrestricto respeto, desde que ella es consecuencia directa del ejercicio pleno de la soberanía que el pueblo se ha reservado constitucionalmente, y cuya efectivización se realiza en un marco legalmente definido, esto es, en un juicio único y público, con control adversarial de las partes en la **selección (de selección)** en la **audiencia de voir dire**, como al ingreso de la prueba, con intermediación y ejercicio efectivo de la técnica del **examen y contraexamen** de los testigos y de litigación de las instrucciones finales, y lo que significa la poderosa deliberación secreta de los doce miembros y veredicto unánime».

Así, ese «[...] **particular respeto que merece la decisión del jurado popular** determina que la tarea de revisión encomendada a esta instancia no consiste en un control de la deliberación del jurado popular – la cual es secreta, conf. **art. 33 de la ley 9.106**–, sino en una evaluación de la [posibilidad] de la teoría del caso que el jurado popular consideró acreditada o que dio lugar a su veredicto de culpabilidad.

Ese control debe revisar específicamente si «[...] la sentencia condenatoria o la que impone medidas de seguridad se derive[a] de un veredicto de culpabilidad del Jurado que sea arbitrario o se aparte manifiestamente de la prueba producida en el debate» (**conf. art. 41, inc. d, ley 9.106**).

Dicho en otras palabras, nos toca corroborar que exista alguna [valoración] razonable de la prueba que permita sostener el veredicto del jurado popular y, en ese caso, confirmar la decisión condenatoria arribada cuando resulte posible según las instrucciones impartidas y la prueba producida e incorporada al debate»» (**ver, al respecto, «Acuña», «Zúñiga», «Vildoza Soria» e «Hisa», de los votos de los doctores Dalmiro Garay Cueli, José V. Valerio, María Teresa Day y Pedro Llorente**).

De ese modo, cuando lo que se cuestiona es una eventual arbitrariedad del veredicto debe observarse la aludida regla de la deferencia en la instancia revisora.

Para ello, corresponderá determinar: a) si, de acuerdo a las evidencias utilizadas en el juicio, es posible arribar al veredicto condenatorio al que llegó el jurado; y b) si, con las teorías del caso presentadas por las partes en sus alegatos e instrucciones, el jurado tuvo los instrumentos mínimos necesarios y esenciales para deliberar válidamente y dictar aquel veredicto posible según la evidencia.

Si la respuesta es afirmativa respecto de ambas cuestiones, la sentencia **no puede ser revocada («Tizza»)**.

Es que la tarea revisora que aquí nos ocupa no debe centrarse en «la búsqueda de la contestación correcta sobre la relación jurídica entre la prueba y el veredicto, porque ello es intromisión, sino sólo si es posible dentro de las probables y racionales opciones», puesto que, tal como se dijo y debe reafirmarse, «[...] la

corte revisora debe guardar especial deferencia al buen juicio y al sentido común colectivo del jurado. [...] [C]uando la corte de apelaciones revisa un veredicto de culpabilidad por arbitrariedad siempre debe tener en cuenta que el jurado usualmente emplea cualidades especiales para la muy siempre dificultosa tarea de determinar dónde está la verdad. Y cierto es que las cortes de apelación pueden no compartirla» (Corte Suprema de Justicia de Canadá: R.v.W.H., 2013 SCC 22, [2013] 2 S.C.R.)» (ver al respecto, **precedente «Tizza»**, del voto del doctor José V. Valerio).

Las consideraciones formuladas, a mi criterio, resultan de aplicación al caso analizado puesto que, tal como se refiere en el voto preopinante, y a diferencia de lo sostenido por la defensa, no existe arbitrariedad alguna en el veredicto del jurado popular que derivó en la sentencia condenatoria del acusado. Por estas razones, considero que debe responderse de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a las vencidas y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Víctor Miguel García Rivera.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada. 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 01 de diciembre de 2022.-

20- HEREDIA VELEZ. 01-12-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	-	-	-	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=968>

Lex: Art. 79 del CP.

Vox: Homicidio simple. Exceso de legítima defensa.

Summa:

El TPC condenó al nombrado a la pena de **doce años de prisión** por considerárselo autor penalmente responsable del delito de homicidio simple (art. 79 del CP)

La defensa interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

El Procurador General entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La SCJM resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1955, pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Quien invoca **un vicio in iudicando debe atenerse a los hechos fijados por el a - quo, sin discutirlos ni modificarlos» (LS 464-080).**

SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo (Licencia).

Fallo

CUIJ: 13-06833632-9/1((018601-12438)) F C/ HEREDIA VELEZ DAVID ESTEBAN P/ HOMICIDIO SIMPLE (12438) (12438/20) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106085105*

En Mendoza, el día primero del mes de diciembre del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-06833632-9/1, caratulada “F. C/ HEREDIA VELEZ, DAVID ESTEBAN P/ HOMICIDIO SIMPLE S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO, y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa del acusado David Esteban Heredia Vélez interpone recurso de casación contra la sentencia N° 1.955 y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.

Ello, en tanto se condena a aquél a la pena de doce años de prisión por considerársele autor penalmente responsable del delito de homicidio simple (art. 79 del CP) en la causa N° P-12438/20.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

La resolución cuestionada, en lo que aquí interesa, tuvo por acreditado que «[e]l día 7 de febrero de 2020, entre las 21:30 hs. y las 22:30 hs., en el interior de la vivienda ubicada en calle Larrea 1644 de Godoy Cruz, Mendoza, David Esteban Heredia Vélez haciendo uso de una tijera de podar, le infligió a Aldo Ramón Toledo herida cortante en región frontal lateral derecha horizontal de 6 cm. que deja ver el cráneo, herida cortante superficial en región frontal [...], ocasionándole la muerte a la víctima por una concatenación de factores, shock hipovolémico por múltiples heridas de arma blanca».

Para así decidir, el sentenciante valoró, entre los elementos de juicio más relevantes, las declaraciones testimoniales de Brian Castro, Luz Castro, Nancy Fanchin, así como el acta de procedimiento de fs. 9/10, el informe de necropsia de fs. 281/283, los informes de Policía Científica de fs. 208 y ss., y demás elementos de juicio incorporados al debate.

2.- Recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa plantea recurso de casación contra la resolución antes individualizada en razón de lo dispuesto por el art. 474 inc. 2 del CPP, es decir, por adolecer el pronunciamiento cuestionado de vicios de procedimiento.

Señala que de la simple lectura de los fundamentos de la sentencia impugnada, se advierte que el juez sentenciante no observó las reglas de la sana crítica racional al momento de valorar la prueba. Alega que las conclusiones a las que arribó el juez de la instancia anterior se alejaron del recto entendimiento humano con una motivación que no fue clara y completa.

Que ello deriva en una sentencia arbitraria que contraría el derecho al debido proceso legal contenido en el **art. 18 de la CN**. En este sentido, afirma que de una correcta interpretación de las pruebas producidas en el debate se concluye que Heredia Vélez actuó con exceso en la legítima defensa, toda vez que fue atacado de manera feroz por la víctima y como consecuencia de tal agresión se defendió. Por ello,

corresponde condenarlo de acuerdo con las previsiones del **art. 35 del CP** y, por ende, revocar la sentencia condenatoria dictada en perjuicio de su asistido.

Se agravia por cuanto el sentenciante desestimó de manera deliberada la tesis defensiva, tras considerar que existió correlato entre la prueba producida y la versión de los hechos sostenida por el fiscal. Entiende que el juez se valió de cláusulas genéricas sin contenido real para llegar a la solución condenatoria. En este sentido, expresa que el sentenciante no consideró lo que –a su criterio– realmente ocurrió, esto es, una pelea entre personas de confianza.

Destaca aspectos de la personalidad de Toledo, tal como su mal carácter, como así también, asegura que la víctima no era una persona discapacitada, como lo señala el sentenciante. Explica que no obstante el vínculo de confianza entre la víctima Toledo y el acusado, éste era amenazado y presionado por Toledo por cuestiones relacionadas a distintos trabajos que le habría realizado y por un préstamo que le habría otorgado la víctima, en virtual del cual ésta le habría retenido al acusado Heredia Vélez la documentación del vehículo.

Sostiene que estas circunstancias, que encuentran sustento en la declaración del acusado y los mensajes de los teléfonos celulares de las partes, no fueron consideradas por el sentenciante.

A partir de ello, considera que el día del hecho, una vez que Heredia decidió irse con sus hijas a Córdoba, pasó por la casa de Aldo Toledo, y cuando éste se enteró que el acusado se iba a otra provincia decidió retenerlo.

Al no recibir la víctima la respuesta esperada por parte del acusado, decidió empujarlo y lesionarlo con una tijera de podar.

De este modo, asegura que **fue Toledo quien primero agredió a su defendido Heredia**, tras lo cual siguió un forcejeo que terminó con la vida del primero. Agrega que el juez de sentencia también fundó la responsabilidad de su asistido en la forma en que la víctima tenía tomada la tijera de podar al momento de ser hallado.

Alega que a partir de esta circunstancia, el sentenciante afirmó que la víctima usó la tijera para defenderse. Señala que de la observación de las fotografías agregadas a autos, se puede concluir que la tijera también pudo ser usada por la víctima para atacar, extremo que fue afirmado por el acusado al dar su versión de los hechos.

Concluye que el sentenciante no ha considerado de manera acabada los argumentos de la defensa, es decir, que lo que verdaderamente ocurrió fue una pelea, y cuando Heredia debió parar no lo hizo por el calor del enfrentamiento.

Considera que quien pelea no está en la situación de un juez en su despacho, ya que su ánimo se encuentra turbado por el temor y por la exaltación. Con base a lo expuesto, sostiene que para fundar una sentencia condenatoria se requiere alcanzar certeza positiva de que el acusado se ha comportado de una manera determinada y efectivamente ha realizado una conducta típica. Asegura que no es posible arribar a dicha certeza con los elementos agregados al debate, con lo que la solución condenatoria brindada por el sentenciante es deficitaria desde la motivación.

Por ello, solicita se case la sentencia y se resuelva condenar a David Esteban Heredia Vélez por el delito de homicidio simple cometido con exceso en la legítima defensa, previsto y penado por el art. 79 en función con el art. 35 del CP. Formula reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General estima que el recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado no puede prosperar, en tanto no se advierte en la sentencia cuestionada una inobservancia de las normas que pudiera acarrear la nulidad, debiendo confirmarse la validez de la sentencia.

Señala que de la lectura de los fundamentos de la resolución cuestionada se advierte que para alcanzar la certeza acerca de la existencia material de los hechos y la autoría del imputado, el plexo probatorio fue analizado y cotejado en su totalidad por el juzgador.

En relación con el cambio de calificación legal propiciada por la defensa, entiende que el juez de sentencia explicó acabadamente por qué en el presente caso **no resultaba procedente la aplicación del instituto del exceso en la legítima defensa.**

Concluye que la sentencia atacada se encuentra debidamente motivada, por lo que el planteo de la defensa es infundado y no debe prosperar.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia condenatoria dictada en la presente causa corresponde adelantar que, por los motivos que a continuación se exponen, la impugnación no resulta procedente. Veamos.

De manera preliminar, es preciso aclarar que la defensa no pone en crisis la existencia material del hecho ni la autoría del acusado Heredia Vélez, sino que sólo dirige sus argumentos en obtener, a partir de su interpretación de los distintos elementos de juicio agregados al debate, una modificación de la calificación legal que lo beneficie. S

in embargo, se advierte que la defensa en uno analiza de manera crítica de cada uno de los argumentos desarrollados por el sentenciante para sostener la responsabilidad del acusado en el hecho que se le atribuye, conforme lo propuso el Ministerio Público Fiscal.

En concreto, la defensa intenta demostrar que **se acreditan en el presente caso los elementos constituyentes del exceso en la legítima defensa.**

Para ello, destaca los problemas relacionales y de índole económica que mantenían la víctima Aldo Toledo y el acusado Heredia Vélez, a partir de lo cual justifica las circunstancias relatadas por el acusado al momento de ejercer su derecho de defensa.

En efecto, Heredia Vélez sostuvo que al no acceder a los reclamos de la víctima de no viajar a la provincia de Córdoba, ésta lo agredió con una tijera de podar, ante lo cual reaccionó y comenzó un forcejeo con Toledo que terminó con la vida de éste.

Señala que el trato indebido de la víctima hacia su defendido se acredita con los mensajes de textos que ambos intercambiaban.

Cuestiona que el juez de sentencia no valorara estas circunstancias previas al hecho que dan sustento a la versión del acusado según la cual fue Toledo quien primero lo agredió de manera violenta.

Entiendo que el agravio esgrimido en este sentido no puede prosperar, por cuanto el juez de sentencia dio suficientes razones para desestimar la hipótesis propuesta por la defensa.

En este sentido, y contrariamente a lo sugerido por la defensa, el juez analizó las circunstancias previas al hecho que terminó con la vida de Toledo. Sin embargo, no le otorgo la relevancia que pretende la defensa, en tanto sólo las consideró como el contexto previo al hecho que termino con la vida de Toledo y justificó el desenlace fatal.

De este modo, el sentenciante realizó un pormenorizado análisis de los argumentos que dan cuenta que la versión de los hechos brindada por el acusado –esto es, que fue la víctima quien lo agredió primero de manera violenta– y consideró que no se condecían con las constancias de autos, aspecto que no fue objeto de análisis por parte de la defensa.

En este orden, el sentenciante refirió que el acusado Heredia Vélez manifestó que fue Toledo quien primero tomó la tijera del sofá con la que lo atacó y lo lesionó en el brazo y en el pecho.

El acusado, por su parte, precisó que la víctima primero le pegó con la parte plana y después con la punta. A ello, agregó que Toledo hacía movimientos con la tijera hacia él, por lo que él se hacía para atrás para esquivarlo.

Finalmente, señaló que «[...] cuando [él] le quita la tijera a Toledo y le pega con la tijera, cuando él le quiere volver a pegar, Toledo le agarra la hoja y no la suelta. Dijo que estaban peleando, que eran casi iguales de altura. Toledo quedó en el piso, cerca de la puerta, él lo soltó y quedó en el lugar tirado» (ver fundamentos, pág. 10).

A partir de ello, el juez consideró –en criterio que comparto– que la versión de los hechos presentada por el acusado no se sustentaba en prueba alguna.

Por el contrario, entendió –de manera acertada– que existían muchos indicios que dejaban en evidencia lo inverosímil de la hipótesis de una violenta agresión por parte de Toledo.

En primer orden, **destacó la asimetría física y de edad entre el acusado y la víctima Aldo Toledo.**

En este sentido, y en relación con este último, señaló que tenía sesenta y seis años, y que padecía problemas físicos, tales como una hernia, así como problemas cervicales.

Asimismo, refirió que la víctima tenía dificultades para caminar que incluía, en algunas ocasiones, el uso de bastón y la ingesta de opiáceos para el dolor, extremos que fueron referidos tanto por sus familiares, Edith Fanchin y Nancy Fanchin, como por su empleada, Luz Castro.

Por su parte, destacó que el acusado Heredia Vélez es una persona que apenas supera los cincuenta años de edad y con un estado físico adecuado al de una persona que hace trabajos manuales, sin que existiera constancia de dificultades de salud en su cuerpo.

En segundo orden, valoró como relevante la asimetría en la dimensión de las lesiones sufridas por ambos. En este sentido, consideró que frente a las numerosas lesiones padecidas por la víctima Aldo Toledo, las supuestamente sufridas por el acusado en el contexto de la disputa (considerando que Heredia fue detenido alrededor de catorce días después del hecho) no generaron inutilidad para el trabajo ni implicaran peligro para la vida.

Consideró también que «[l]a asimetría [se] hace aún más evidente si consideramos que la víctima quedó en el lugar de los hechos con numerosas lesiones y pérdida de sangre que conllevaron la muerte mientras que Heredia pudo tomar su automóvil, sin solución de continuidad, conducir durante horas por cientos de kilómetros hasta Villa Mercedes donde se encontró con la empresa de mudanzas y, luego, hasta la Provincia de Córdoba.

Tampoco se acreditó que las supuestas lesiones hayan merecido tratamiento médico alguno» (ver, fundamentos pág. 10).

También entendió el juez de la instancia previa que si Heredia fue víctima de una agresión por parte de Toledo podría haber solicitado la presencia de las autoridades y, de este modo, intentar salvar la vida de Toledo y acreditar las lesiones que justificaban su versión de los hechos en el mismo momento que ocurrieron y no, como sucedió, meses después durante el desarrollo del juicio.

Por otro lado, la defensa también se agravia por entender que el juez de sentencia consideró que la forma en que la víctima tenía tomada la tijera de podar al momento de ser hallado el cuerpo, constituía un indicio de un acto defensivo por parte de Toledo.

Asegura que de la observación de las fotografías agregadas a autos, se puede concluir que la tijera también pudo ser usada por la víctima para atacar.

Esta circunstancia reafirmaría la versión de los hechos del acusado.

Entiendo que también corresponde desestimar este agravio de la defensa.

En primer orden, porque no brinda suficientes razones para explicar su postura, es decir, sólo afirma que la tijera también pudo ser usada por Toledo para atacar y que esta versión es la que se condice con lo declarado por el acusado.

En segundo orden, porque los argumentos brindados por el sentenciante en este punto –según estimo– no sólo fueron acorde con los principios de la experiencia, sino que también se condicen con el resto de los indicios ya analizados respecto del modo en que acontecieron los hechos.

Al respecto, el juez consideró que la fotografía del cadáver de Toledo «[...] permite observar que éste tiene la mencionada tijera tomada desde un sector con filo y no desde la empuñadura de la misma, lo que, según las máximas de la experiencia, se presenta como signo de un acto de defensa y no de agresión: tomar una tijera desde su parte afilada quita eficacia en su uso para la agresión y somete a quien lo utiliza a una autolesión, por lo que, según el común uso de la tijera, debió ser el autor quien estuvo en uso de la misma y la víctima quien la tomó para evitar la agresión con ella» (ver, fundamentos pág. 7).

Así, frente a estas consideraciones la defensa no brinda ninguna explicación a fin de desestimarlas, por lo que –como adelantara–, corresponde no hacer lugar al agravio presentado en este punto. En definitiva, el juez de sentencia concluyó –en criterio que comparto– que el propio acusado reconoció su autoría de propia mano de los hechos, y que si bien lo pretendió contextualizar como respuesta defensiva frente a una supuesta agresión previa por parte de Toledo hacia Heredia, consideró que no existía evidencia alguna de ello.

De este modo, al haberse confirmado la plataforma fáctica que el juez de sentencia tuvo por acreditada en oportunidad de dictar sentencia condenatoria, la pretensión de la defensa acerca de la modificación del encuadre jurídico de la conducta endilgada a su defendido, debe ser rechazada.

Dicho de otro modo, si el agravio sustancial encuentra como único sustento una modificación de la plataforma fáctica sobre la que se asienta la calificación legal, denegado el primero, debe ello tener virtualidad manifiesta sobre lo segundo.

Esto en razón de que cuando se invoca un agravio vinculado con la aplicación del derecho sustancial «[e]l recurrente debe ceñir su pretensión impugnativa a los hechos acreditados, toda vez que quien invoca un vicio sustantivo no puede desconocerlos ni modificarlos.

Esta exigencia formal deriva de la esencia misma del control que permite este motivo casatorio, ya que con él se procura analizar el vicio "iuris" atribuido a la resolución objetada, el que siempre versa sobre una interpretación propiamente jurídica, sin que se puede evaluar ni alterar el material fáctico alcanzado por esa interpretación, el que queda fijado por el Tribunal inferior» (LS 473-163).

De tal manera, «[l]a invocación de un vicio sustantivo supone el respeto inexorable de los hechos fijados en la sentencia, por ende no puede esgrimirse un error en la aplicación de la norma sobre la base de un error en la motivación del fallo.

Quien invoca **un vicio in iudicando debe atenerse a los hechos fijados por el a - quo, sin discutirlos ni modificarlos» (LS 464-080).**

Con base a lo expuesto, entiendo que no se comprueba en el presente la violación a las normas legales denunciadas por el quejoso, siendo la sentencia que se recurre una resolución suficientemente fundada, a la vez que respetuosa de las reglas de la sana crítica en la valoración de la prueba. Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

Sobre la misma cuestión el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia, RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de David Esteban Heredia Vélez.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 1 de diciembre de 2022.-

21- AUCACHI CISNEROS. 01-12-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	-	-	-	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474 475

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=972>

Lex: Art. 23 y 79 del CP. Art. 9 de la ley provincial 6.816. Ley 25.815 (01-12-03). Art. 475 del CPP

Vox: Homicidio. Dolo eventual. Homicidio culposo. Decomiso. Restitución vehicular. Instrumento del delito. Expresión: «cosas que hayan servido para cometer el hecho». Impugnabilidad objetiva.

Summa:

El TPC rechazó la **solicitud de restitución** promovida por el acusado a través de su representante y, en consecuencia, ordena el decomiso del vehículo secuestrado en virtud de lo previsto en el **art. 23**, primera parte, del CP. Para decidir de tal modo, la jueza de la instancia anterior ponderó que ese vehículo, secuestrado en virtud del procedimiento policial llevado a cabo luego de ocurrido el hecho (v. acta de retención, fs. 4), **servió para la comisión de los hechos** por los cuales resultó condenado el acusado, así como también, para que el mismo se diera a la fuga.

La defensa interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 CPP).

El Procurador General considera que el planteo de la defensa resulta formalmente improcedente. Subraya el principio de taxatividad legal del art. 475 del CPP.

La SCJM resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa técnica del acusado Roberto Aucachi Cisneros, **anular el auto** emitido por el tribunal impugnado de fecha **13 de abril de 2022** y, en consecuencia, remitir las actuaciones al TPC N° 1-1° CJ, a fin de que la OGAP determine el tribunal que deberá resolver el pedido de restitución del bien secuestrado en autos, conforme los términos aquí desarrollados.

Resolución cuestionada: Auto pronunciado por el TPC N° 1-1° CJ.

SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo (Licencia).

Fallo

CUJ: 13-06871177-5/1((018601-323)) F. Y QUER. C/ AUCACHI CISNEROS ROBERTO P/ HOMICIDIO SIMPLE CON DOLO EVENTUAL - DOS HECHOS EN CONCURSO IDEAL CON LESIONES LEVES CON DOLO EVENTUAL - TRES HECHOS- (323/19) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106120225*

En Mendoza, el día primero del mes de diciembre del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06871177-5/1 caratulada “F. c/AUCACHI CISNEROS, ROBERTO P/HOMICIDIO SIMPLE CON DOLO EVENTUAL –DOS HECHOS- EN CONCURSO IDEAL CON LESIONES LEVES CON DOLO EVENTUAL –TRES HECHOS– S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa de Roberto Aucachi Cisneros interpone recurso de casación contra la resolución emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de esta Primera Circunscripción Judicial.

Ello, en tanto rechaza la solicitud de restitución promovida por el acusado a través de su representante y, en consecuencia, ordena el decomiso del vehículo secuestrado en virtud de lo previsto en el art. 23, primera parte, del CP.

La resolución fue adoptada en el marco de los autos n° T-323/19. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- La resolución recurrida

El tribunal de la instancia anterior rechazó la solicitud de restitución efectuada por Roberto Aucachi Cisneros de la camioneta marca Nissan, modelo Frontier, dominio FWD-373.

En consecuencia, procedió a su decomiso.

Para decidir de tal modo, la jueza de la instancia anterior ponderó que ese vehículo, secuestrado en virtud del procedimiento policial llevado a cabo luego de ocurrido el hecho (v. acta de retención, fs. 4), sirvió para la comisión de los hechos por los cuales resultó condenado el acusado, así como también, para que el mismo se diera a la fuga.

De acuerdo con ello, resultaba procedente la solución legal contenida en la primera parte del art. 23 del CP y en el art. 9 de la ley provincial 6.816, desde que tampoco se verificaba la excepción prevista en la última parte del primer párrafo de la primera de las normas.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa de Roberto Aucachi Cisneros promueve su impugnación contra la resolución arriba individualizada, en razón de lo dispuesto en el inc. 1 del art. 474 del CPP.

Esto es, por entender que existen **vicios sustanciales que la descalifican como acto jurisdiccional válido**.

Alega que la decisión censurada no cumple la legalidad necesaria para sustentar el decomiso, porque resulta arbitraria, perjudicial, confiscatoria y, por tanto, contraria a derecho.

Reseña los antecedentes de la causa e indica que el tribunal de la instancia previa debió haber incluido en la sentencia, además de la pena de prisión e inhabilitación especial para la conducción de automotores, el **decomiso** de los bienes objeto del delito.

Ello, en tanto diferir una decisión sobre este aspecto a la espera de la resolución de los planteos de revisión extraordinaria, vulnera el derecho de defensa del acusado, quien resultó impedido de cuestionar esa decisión en oportunidad de promover el respectivo recurso de casación. Por su parte, destaca que el Ministerio Público Fiscal no petitionó el decomiso del bien.

Refiere que la doctrina y jurisprudencia mayoritaria entiende que el **decomiso previsto en el art. 23 del CP opera ante casos de delitos dolosos.**

Esto, a su criterio, encuentra sentido desde que, de admitirse su vigencia para todo tipo de delitos, entonces el decomiso de automotores debería ser impuesto en la mayoría de los accidentes viales que se producen a diario en el país, siendo que, en casi la totalidad de los mismos, se producen lesiones.

Por ello, es que, en la práctica, no se resuelve decomisar los vehículos de cada ciudadano que haya protagonizado **un accidente de tránsito con lesionados**, lo que vulneraría el derecho de propiedad previsto en el **art. 17 de la Constitución Nacional y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Interpreta que la norma del art. 23 de la ley sustantiva**, al hacer referencia a cosas que hayan servido para cometer el hecho, se refiere a elementos utilizados por el autor para llevar a cabo la conducta delictiva.

Lo que denota la existencia de una finalidad e intencionalidad en su utilización, lo que no se advierte cuando se trata de un delito culposo, como por el cual resultó condenado su representado. En función de ello, solicita que este Cuerpo admita el recurso interpuesto, considerando que la decisión ajustada a derecho debió ser la restitución del vehículo a su titular registral.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, tras reproducir los agravios formulados y evaluar la procedencia de la impugnación incoada, considera que el planteo de la defensa resulta formalmente improcedente.

Señala que, informados por el principio de taxatividad legal del art. 475 del CPP, se comprueba que la resolución recurrida no se encuentra entre aquellas que habilitan la interposición del recurso de casación, desde que resuelve una petición relativa a la restitución del rodado con el que se cometió el hecho juzgado, que no es una causal prevista en las condiciones de impugnabilidad objetiva previstas en los art. 475 y 478 del CPP.

No obstante ello, expresa que la resolución cuestionada se encuentra debidamente fundada, dado que la jueza de la instancia previa abordó los aspectos aludidos por la defensa, señalando la diferencia entre la redacción original y la actual del **art. 23 del CP, en virtud de la ley 25.815.**

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que **debe admitirse el recurso de casación impetrado por la defensa del acusado** y, en consecuencia, anularse la resolución cuestionada.

En función de la solución que propicio, en primer lugar, me expediré en orden a la procedencia formal de la impugnación sometida a consideración de esta instancia; y, luego, en relación a los cuestionamientos que tienen que ver con la validez de la resolución atacada como acto jurisdiccional válido.

a.- Sobre la admisibilidad formal del recurso interpuesto.

Aspectos vinculados a la **impugnabilidad objetiva** de la resolución recurrida.

A los fines de analizar la procedencia formal del recurso de casación deducido resulta necesario, en primer orden, determinar si el pronunciamiento **es recurrible objetivamente.**

En ese sentido, se advierte que el **decisorio emitido por el tribunal de la instancia anterior no constituye sentencia definitiva y tampoco se encuentra entre aquellas resoluciones enumeradas en el art. 475 del CPP.**

Esto, puesto que no se trata de un auto que ponga fin a la acción o a la pena, o haga imposible que continúen o deniegue la extinción, conmutación o suspensión de cualquiera de ellas, por lo que no sería susceptible de ser recurrido mediante la vía intentada.

Es decir que, en principio, aquella resolución **no superaría el control de impugnabilidad objetiva.**

No obstante ello, entiendo que la resolución que ordena el decomiso de un vehículo automotor resulta **equiparable a sentencia definitiva cuando, como en el caso, fue dictado luego de pronunciada una sentencia firme sobre el fondo de la cuestión.**

Ello, en tanto no existe otra oportunidad procesal idónea para formular el presente reclamo, con las implicancias económicas que de ello pueden resultar para el patrimonio del condenado, así como también, en su caso, para quienes ulteriormente pudieran resultar con algún derecho sobre el bien afectado.

Por ello, debe admitirse que el resolutivo atacado es susceptible de ser recurrido por la vía impugnativa intentada por el quejoso pues, de acuerdo con las circunstancias del caso, resulta equiparable a definitiva.

b.- Análisis de la validez de la resolución atacada como acto jurisdiccional válido

De manera preliminar, conviene señalar que el decomiso –desde la órbita del Derecho Penal– constituye una consecuencia pecuniaria, accesoria de la condena, que se produce cuando el autor o partícipe se vale de cosas que han servido para cometer el hecho, aun cuando quedase en tentativa, o cuando la actividad le reporta un beneficio económico las que pasan a favor del Estado Nacional, de las provincias o de los municipios, para su entrega, enajenación o destrucción, según el supuesto que se trate.

En este sentido, más allá de la discusión sobre la naturaleza jurídica de este instituto, esto es, si se trata de una **pena accesoria** o si, en su caso, presenta características que permiten asimilarlo como **una medida de seguridad**, o, por último, si no participa esencialmente de ninguna de tales características, sino que puede asumir cualquiera de ellas –según se trate de elementos pertenecientes al autor que obró culpablemente, en cuyo caso se estaría ante una pena, o de elementos que pueden no ser del autor o de una persona que no obró culpablemente pero resultan riesgosos, cuestión cuyo abordaje excede el ámbito y el interés del presente caso–, lo cierto es que este instituto presenta una regulación general en el art. 23 del CP.

Además, existen reglamentaciones dispersas en leyes penales especiales, en las que se prevén regulaciones particulares asociadas a las modalidades de ejecución de ciertas infracciones (véase, en su caso, y a modo de ejemplo, el art. **876 incs. a y b de la ley 22.415** –Código Aduanero–, que prevé el decomiso de la mercadería objeto del delito, del medio de transporte y de los demás instrumentos empleados; el **art. 30 de la ley 23.737** –sobre estupefacientes–, que dispone el decomiso de los bienes o instrumentos empleados para la comisión del delito).

Ahora bien, conforme se desprende de los argumentos dados por el recurrente para sustentar su crítica casatoria, lo que **se discute es la interpretación y aplicación del primer párrafo del art. 23 del CP.**

En especial, entre otros aspectos, sobre las categorías de elementos decomisables y la clase de infracciones penales que pueden tener esta consecuencia, a partir de la reforma legislativa producida a partir de la sanción de la ley 25.815 (B.O.1/12/2003).

Sobre estos aspectos es que se encuentra ceñida la presente controversia, a partir de las antagónicas interpretaciones que sustentan, por un lado, la decisión impugnada y, por el otro, el recurso bajo análisis. Veamos.

En efecto, la jueza de la instancia anterior interpretó que la reformulación del art. 23 del Código Penal, al haberse sustituido del primer párrafo la expresión «**instrumentos del delito**», que evocaba la noción de uso finalista de una cosa, y generaba una inescindible asociación con el actuar doloso, por la de «cosas que han servido para cometer el delito», imponía al tribunal que emite la sentencia condenatoria disponer el decomiso de las cosas **que se empleen en relación con la respectiva conducta típica**.

Ello, **abarca los casos de delitos culposos**, como es el aquel por el cual resultó condenado el acusado de autos.

Esto, siempre que, en su caso, no se verifique la **excepción prevista en la última parte de ese primer párrafo de la norma en cuestión**.

Por su parte, la defensa del acusado cuestiona ese razonamiento, sobre la base de tres argumentos, referidos a la actuación del tribunal, la posible violación del derecho de defensa como consecuencia y la hermenéutica de la norma sustantiva cuya errónea aplicación denuncia como agravio casatorio.

En ese orden, destaca que el representante del Ministerio Público Fiscal que intervino en la realización del debate contra Aucachi Cisneros, no solicitó el decomiso de la camioneta de propiedad del acusado.

Además, que la sentencia condenatoria tampoco se pronunció expresamente al respecto.

Estas circunstancias, a su entender, **vulneran el derecho de defensa en juicio del acusado**.

Sumado a ello, denuncia que a diferencia de lo que interpretó la jueza de grado, la actual redacción del art. 23 del CP no produjo una modificación sobre los alcances que la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria le asignan a esa norma legal. Interpreta que el decomiso continúa operando sólo para los casos de condena por **delitos dolosos**, porque la referencia legal a «**cosas que hayan servido para cometer el hecho**» persiste denotando que los únicos elementos que pueden ser decomisados, dentro de la categoría que antiguamente se mencionaba bajo la expresión «**instrumentos del delito**», son aquellos que fueron utilizados por los sujetos condenados para llevar a cabo la conducta delictiva.

Así, **la ausencia de finalidad e intencionalidad en el uso cuando se trata de delitos culposos**, como en el que se le atribuyó, y por el que se condenó al acusado, determina que el decomiso resulte inaplicable.

Por lo tanto, según la tesis defensora, el auto cuestionado vulneraría por ello no sólo el **derecho a la propiedad y la prohibición de confiscación de bienes –art. 17 de la CN y art. 21 de la CADH–** sino, también, el de **proporcionalidad de las penas** –derivado de los principios de igualdad y de razonabilidad de los **arts. 16 y 28 de la CN, y 24 de la CADH–**.

Ahora bien, de acuerdo con lo que se adelantara al comienzo del presente acápite, la decisión adoptada por la jueza de la instancia anterior no constituye derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias comprobadas de la causa, lo cual configura un supuesto de arbitrariedad que justifica su descalificación como acto procesal válido.

Específicamente, en cuanto aplica, de manera errónea, la ley sustantiva al caso, específicamente de la figura prevista en el **primer párrafo del art. 23 del CP**. Me explico en lo que sigue.

En primer lugar, y siguiendo el orden de los planteos recursivos, debe decirse que, **tras la reforma del art. 23 por ley 25.815**, el decomiso debe ser **dispuesto expresamente por el tribunal de juicio al momento del dictado de la sentencia condenatoria**.

Sin perjuicio de ello, y por resultar –como se dijo– una **consecuencia accesoria de la condena** y que su aplicación está estrechamente vinculada a los hechos por los que se condena, es válido su dictado

posterior por el mismo tribunal –el cual mantiene su competencia– con respecto a objetos previamente secuestrados, en razón del carácter obligatorio de la medida.

Esto, de manera excepcional, siempre y cuando lo sea **dentro de un plazo razonable**, y cuando las circunstancias del caso sugieran la necesidad de sustanciar medidas judiciales útiles y pertinentes para evitar, entre otros efectos, una posible afectación de derechos patrimoniales de terceros no responsables sobre los bienes a decomisar.

Lógicamente que esa decisión, sea en el marco de la sentencia, sea dentro de una resolución posterior, debe estar provista de una adecuada motivación, a los fines de asegurar las más elementales garantías que hacen al debido proceso legal y la defensa en juicio.

Es por ello que, aquella circunstancia que fue destacada por la defensa en el primero de sus argumentos casatorios, si bien se comprueba en el presente caso, al observarse que la sentencia de condena no decidió expresamente sobre el decomiso, no alcanza por sí misma para denotar la alegada violación al derecho de defensa.

Llego a esta conclusión preliminar por tres razones.

Primero, porque no se expresan, ni se observan, qué defensas concretas esa parte se vio imposibilitada de esgrimir.

Segundo, porque tampoco se advierte de qué modo el acusado pudo verse sorprendido con la decisión, habida cuenta que se trata de consecuencia accesoria y directa de la imposición de la pena principal que, en este caso, es de prisión de cumplimiento efectivo. Tercero, porque resulta un imperativo legal para el tribunal de sentencia, disponer el destino de los bienes secuestrados, conforme manda el artículo 23 del CP.

En efecto, como bien lo destaca el recurrente y surge de la reseña efectuada por el propio tribunal impugnado en el decisorio cuestionado, el acusado Aucachi Cisneros, a través de su defensor técnico, canalizó oportuna y efectivamente su pretensión restitutiva, con planteos en la causa que fueron atendidos y resueltos por el tribunal de la instancia previa mediante una resolución que, no obstante lo que luego se analizará, brinda los fundamentos de la decisión adoptada, conforme lo dispone el art. 155 del CPP.

Así, conforme se desprende de la compulsa de autos, y del recuento del derrotero procesal descripto en el resolutivo aquí cuestionado, una vez que la sentencia condenatoria adquirió firmeza por el rechazo a los recursos de casación articulados en el marco de los autos n° 13- 05456879-1/1, frente al pedido de restitución del rodado en cuestión, la jueza de la instancia previa dispuso la realización de una serie de medidas tendientes a comprobar la titularidad en el dominio del acusado.

Luego de ello, expuso los motivos por los cuales rechazó la solicitud de restitución y ordenó el decomiso a los términos del **art. 23 del CP, y del art. 9, y cc., de la ley provincial 6.816.**

Contra esa resolución la defensa del acusado interpone el recurso en análisis en esta instancia extraordinaria. De la reseña mencionada, surge que se ha asegurado en el presente proceso el pleno ejercicio del derecho de defensa, lo que impide acoger el primero de los vicios que denuncia el recurrente. En segundo lugar, con relación a la falta de solicitud expresa del titular de la acción pública, del tenor del art. 23 del CP se desprende con claridad que **el decomiso es inherente a la condena.**

Por lo cual, verificadas por el tribunal de sentencia las condiciones para su aplicación, se vuelve una consecuencia jurídica de la misma **no sujeta a disponibilidad ni sometida a la discrecionalidad de la acusación.**

De tal manera, aun en el supuesto que el representante del Ministerio Público Fiscal no se haya pronunciado expresamente al respecto, solicitando el decomiso de los bienes secuestrados durante la sustanciación del proceso penal, **esa circunstancia no exime al juzgador de su deber de «decidir» sobre el destino de tales bienes**, disponiendo el decomiso cuando así corresponda.

Ahora bien, llegados a este punto, se observa que le asiste razón a la defensa en los motivos que alega para sostener y fundar el tercero de los puntos de agravio invocados y desarrollados en su escrito recursivo.

Básicamente, en cuanto refiere que las razones invocadas por la jueza de la instancia previa, al rechazar la restitución del vehículo secuestrado y ordenar el decomiso del mismo, no se compatibilizan con la regulación legal prevista en el primer párrafo del art. 23 de la ley de fondo.

Específicamente, en lo que tiene que ver la posibilidad decomisar bienes secuestrados cuando se trata de condena por la comisión de un delito culposo.

En este sentido, de acuerdo con su propia estructura típica, **las figuras culposas se caracterizan por la realización de conductas mediante las cuales se infringe un deber de cuidado**. Con lo cual, si el agente no obró intencionalmente en los hechos, no podría interpretarse que dispuso o preordenó la utilización de un determinado bien para la comisión de aquella conducta delictiva que, luego, se concretó en el resultado lesivo cuya provocación se le reprocha, por haberse comportado de forma imprudente, negligente, imperita o violatoria de los reglamentos o de los deberes a cargo de quien la adopta.

De allí que, según entiendo, la modificación que le introdujera la ley 25.815 al art. 23 del CP, específicamente al sustituir vocablos en la construcción de la fórmula legal del primer párrafo, no ha provocado –como lo entiende la jueza de la instancia previa– una desnaturalización del instituto del decomiso, extendiéndose la posibilidad de decomisar aquellos objetos secuestrados que fueron utilizados en un hecho culposo, es decir, en función de la **violación de los deberes de cuidado** a cargo del agente.

Pues aún cuando la reformulación legal determinó que se incorporara los términos de «cosas que han servido para cometer el hecho», lo cierto es que esa expresión no puede referirse sino a aquellos bienes utilizados dolosamente para cometer el hecho.

Esta lógica interpretativa también se impone al observar el resto de la norma en cuestión.

Así, al repasar la regulación que se le dispensa en el mismo dispositivo legal analizado a las «medidas cautelares» que el juez puede adoptar desde el inicio de las actuaciones judiciales, sea que aparezcan destinadas a asegurar el decomiso (párr. 9), o bien, para hacer cesar la comisión del delito o sus efectos o evitar que se consolide el provecho o a obstaculizar la impunidad de sus partícipes (párr. 10), se comprueba que el legislador, con la reforma de la ley 25.815, reitera los conceptos anteriormente analizados.

Ello pues, al describir los bienes que pueden ser alcanzados por este tipo de medidas, primero individualiza bienes específicos –inmuebles, fondos de comercio, depósitos, transportes, elementos informáticos, técnicos y de comunicación– y, segundo, utiliza una expresión abierta, para incluir otras categorías de bienes, cuando dice «[...] y todo otro bien o derecho patrimonial sobre los que, por tratarse de instrumentos o efectos relacionados con el o los delitos que se investiga, el decomiso presumiblemente pueda recaer» (**art. 23 párr. 9 del CP, al que luego se remite en el párr. 10 de la misma norma**).

Por todo ello, se concluye en que la norma legal citada por la sentenciante al resolver del modo en que lo hizo, y que aparece cuestionado por la defensa del acusado en esta instancia, al hacer referencia a las **«cosas que han servido para cometer el hecho»**, se refiere a los elementos utilizados por el autor –o, en su caso, partícipes– para llevar a cabo la conducta delictiva. **Aspecto volitivo** que emerge cuando se

verifica entre el bien que se trate y el comportamiento delictivo en cuestión, una finalidad e intencionalidad en su utilización, que evidentemente no se advierte cuando se trata de un delito culposo, como es aquel por el cual resultó condenado el acusado en las presentes actuaciones (homicidio culposo agravado en concurso con lesiones culposas, cometidos en un accidente de tránsito).

De esta manera, queda evidenciado el error del tribunal de la instancia previa al estimar procedente el decomiso del vehículo que conducía Aucachi Cisneros al momento de los acontecimientos que conformaron el objeto del presente proceso.

Si bien no se cuestiona que el automotor sirvió para la comisión del hecho del que resultaron las consecuencias mortales y lesivas que se le atribuyen, de acuerdo a la figura legal bajo la cual resultó encuadrada la conducta del nombrado dentro de la plataforma fáctica que se tuvo por acreditada en la sentencia que lo condenó, no se verifica en autos una vinculación intencional entre el uso y el resultado disvalioso ocurrido.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera afirmativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso formulado en autos, y anular el auto de fecha 13 de abril de 2022.

En consecuencia, deben remitirse las actuaciones al Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial a fin de que la OGAP determine el juez que deberá resolver conforme a los términos aquí desarrollados. Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO, adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas por su orden y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO, adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa técnica del acusado Roberto Aucachi Cisneros.
- 2.- Anular el auto emitido por el tribunal impugnado de fecha **13 de abril de 2022** y, en consecuencia, remitir las actuaciones al Tribunal Penal Colegiado n° 1 de esta Primera Circunscripción Judicial a fin de que la OGAP determine el tribunal que deberá resolver el pedido de restitución del bien secuestrado en autos, conforme los términos aquí desarrollados.
- 3.- Imponer las costas por su orden y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 01 de diciembre de 2022.-

22- PONCE RUBIO. 02-12-22. (JJ)

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
														474
														489
														231
														314
-	-	-	AF	PPP	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	400-3

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=954>

Lex: Art. 80 inc. 7, 55 y 166, inc. 2, párrafo segundo del CP. Art. 24, 27, 28, 37, 39 y 41 de la ley 9.106

Vox: Homicidio agravado. Criminis causa. Concurso real. Robo agravado. Arma de fuego. Pretendida inconstitucionalidad de artículos de la Ley 9106. Juicio por Jurados. **Plenario.**

Summa:

El TPC condenó al nombrado a la pena de **prisión perpetua** como autor penalmente responsable de los delitos de homicidio criminis causae en concurso real con robo agravado por el uso de arma de fuego, previstos y penados por los arts. 80 inc. 7, 55 y 166, inc. 2, párrafo segundo del CP.

La defensa interpone recurso de casación y de inconstitucionalidad.

El Procurador General entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La SCJM resolvió rechazar formal y sustancialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto y rechazar el recurso de casación incoado.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 2357, pronunciada por el TPC N° 1-3° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Petean Pocoví. 07-02-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=276>
- Tizza. 08-01-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=449>
- Acuña. 07-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=710>
- Zúñiga. 07-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=803>
- Vildoza. 15-06-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=856>
- Hisa. 26-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=880>

Precedentes relacionados

a-SCJM

- Ver García Rivera. 01-12-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=961>

b-CSJN

- «Canales». 02-05-19: <https://inecip.org/wp-content/uploads/000084206.pdf>

c- CIDH

- V.R.P., V. P. C. y otros vs Nicaragua:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_350_esp.pdf

SCJM. Dres. Valerio, Garay Cueli, Gómez, Llorente, Palermo (Licencia), Adaro (Licencia) y Dra. Day. Pleno.

Fallo

CUIJ: 13-06728343-5/1((038601-750860)) F. C/ PONCE RUBIO, MATÍAS JOEL P/ HOMICIDIO CRIMINIS CAUSAE (750860/19) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105987944*

En Mendoza, a los dos días del mes de diciembre del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-06728343-5, caratulada «F. C/ PONCE RUBIO, MATÍAS JOEL P/ HOMICIDIO CRIMINIS CAUSAE EN CONCURSO REAL CON ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO S/ CASACIÓN».

La defensa de Matías Joel Ponce Rubio interpone recurso de casación e inconstitucionalidad contra la sentencia N° 2.357 pronunciada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción Judicial, luego de la realización del juicio por jurados populares previsto por **la ley 9.106**, por la cual se condenó al acusado a la pena de prisión perpetua como autor penalmente responsable de los delitos de homicidio criminis causae en concurso real con robo agravado por el uso de arma de fuego, previstos y penados por los arts. 80 inc. 7, 55 y 166, inc. 2, párrafo segundo del CP; pronunciamiento recaído en autos N° P-750.860/19.

A fs. 12/14 vta. el entonces Presidente de la Sala Segunda de este Tribunal, Dr. José V. Valerio, convocó a la Suprema Corte de Justicia en pleno para resolver los recursos mencionados, en uso de las facultades previstas por el **art. 7 de la ley 4.969**.

De acuerdo a lo determinado en la audiencia de deliberación, la decisión adoptada por la Suprema Corte de Justicia en pleno, integrada por los jueces Dres. Dalmiro Garay Cueli, María Teresa Day, Mario D. Adaro, Julio R. Gómez, Omar A. Palermo, José V. Valerio y Pedro J. Llorente, fue por unanimidad y por sus votos. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, LOS DRES. DALMIRO GARAY CUELI, MARÍA TERESA DAY, PEDRO J. LLORENTE Y JOSÉ V. VALERIO, DIJERON:

1.- Sentencia recurrida

La decisión impugnada condenó a Matías Joel Ponce Rubio a la pena de prisión perpetua en virtud de que el jurado popular, constituido en autos conforme a las previsiones de la ley 9.106, encontró al acusado culpable por el hecho que tuvo como víctima a Franco Isaías Navarrete Gelvez y que fuera calificado como homicidio criminis causae en concurso real con robo agravado por el uso de arma de fuego. De esta manera, se consideró probado en los autos N° P-750.860/19 que: «[e]l día 15 de setiembre de 2019, siendo aproximadamente las 20.30 horas, en oportunidad en que la víctima Franco Isaías Navarrete Gelvez (de 17 años de edad) se encontraba en el interior del hall de acceso de la escuela Kairuz, hacia el norte del portón de ingreso, cerca de la verja y muro delantero de la escuela, en calle Belgrano 85 de la ciudad de Palmira del departamento de San Martín; Matías Joel Ponce Rubio le disparó a la víctima con un arma de fuego y le sustrajo el teléfono celular que llevaba consigo, marca Samsung J5 Prime de color negro, con funda de color negro; tras lo cual Matías Joel Ponce Rubio huyó del lugar con el celular sustraído en su poder. Pocos minutos después y a metros del lugar, la víctima Franco Isaías Navarrete Gelvez murió como consecuencia directa del disparo por shock hipovolémico, causado por hemorragia por perforación pulmonar». La sentencia da cuenta de las instrucciones iniciales impartidas al jurado, de las instrucciones

finales que se proporcionaron una vez clausurado el debate, de los veredictos unánimes y de la individualización de pena efectuada por el juez técnico.

2.- Recurso de inconstitucionalidad y casación de la defensa de Matías Ponce Rubio

En primer orden, la defensa de Matías Joel Ponce Rubio interpone recurso de inconstitucionalidad contra los arts. 24, 27, 28, 37, 39 y 41 de la ley 9.106, de juicio por jurados, por cuanto –según entiende– vulneran el principio constitucional del debido proceso legal, el derecho de defensa, el derecho humano adquirido y el principio convencional de juicio justo.

Ello, de acuerdo a lo dispuesto por Constitución Nacional y por la Constitución de Mendoza, como así también en los distintos tratados internacionales (**arts. 33 y 75 inc. 22, CN; y arts. 1, 8, 25, 29, 47, 48, 147, 148 y 149 de la CMza.**).

La recurrente alega la violación del art. 1 de la Constitución de Mendoza, toda vez que, mediante **la ley 9.106**, el Gobierno local desconoce garantías constitucionales y convencionales.

Sostiene que el interés substancial, concreto y definido de su defendido en la declaración de inconstitucionalidad que solicita es que, de prosperar, podrá acceder a un juicio justo, con una sentencia fundada en la sana crítica racional y en igualdad de condiciones a todos los mendocinos.

Agrega que la lesión actual se encuentra en que el acusado está ante una condena a prisión perpetua, surgida de un veredicto violatorio de las garantías constitucionales, respecto del cual no se puede hacer una crítica razonada porque no se ha podido conocer la motivación de la sentencia.

Asimismo, señala que no ha existido sentencia emanada de juez competente (art. 8 de la Constitución de Mendoza) porque ha sido emitida por una comisión especial eximida de motivarla (art. 25 Constitución de Mendoza).

Considera que las normas de la ley 9.106 que ataca también agreden la normativa del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, **especialmente en su art. 14. La defensa destaca que los arts. 24, 27, 28, 39 y 41 de la ley 9.106** implican un palmario retroceso del mandato constitucional de afianzar la justicia.

En ese orden, considera que lo dispuesto por el art. 411 del CPP, en sus incs. 2 y 3, garantiza a todos los habitantes, menos a su defendido, conocer el voto de los jueces sobre cada una de las cuestiones sometidas a deliberación y que la ley 9.106 revierte esa garantía que es símbolo del progreso del estado democrático.

De igual modo, entiende que la ley 9.106 a través de su art. 24 revoca los arts. 206 y 155 del CPP, lo que implica una transgresión del principio de no regresión de garantías procesales (arts. 47 de la Constitución de Mendoza y 33 de la Constitución Nacional).

Señala que el art. 24 de la Constitución Nacional tiene dos partes. La primera, se refiere a la progresividad e irreversibilidad de las garantías en materia penal y procesal constitucional.

La segunda, al derecho de participación política de los ciudadanos mediante el jurado popular. Al respecto, considera que la primera parte es condición de la segunda, por lo que no habrá juicio justo sin la garantía de un jurado –lego o técnico– que fundamente su decisión para exhibirla libre de arbitrariedad.

En ese sentido, solicita que se controle el núcleo central del derecho al debido proceso que impone la motivación de las decisiones judiciales, se llamen autos, sentencias o veredictos, puesto que –en el caso concreto– el acusado no puede realizar un análisis razonado de los fundamentos de la sentencia que lo condena a vivir en prisión toda su vida útil.

Asimismo, entiende que la presunción de imparcialidad no exime de cumplir con la garantía constitucional de motivar los fallos y que la afirmación de que los jueces técnicos son tan imparciales como un jurado de

jueces legos es muy dudoso cuando, en una comunidad pequeña y aislada por la pandemia, el representante del Ministerio Público Fiscal hace declaraciones autoritarias ante un medio local de amplia llegada –inclusive a los miembros del jurado–, afirmando la certeza de la condena.

Agrega que son inconstitucionales **los arts. 27 y 28 de la ley 9.106** en cuanto impiden al jurado acceder a pruebas necesarias para alcanzar la verdad real, sobre todo, si el Ministerio Público Fiscal olvida su rol. Sostiene que, cuando son designados como integrantes de un jurado popular, los particulares adquieren la calidad de funcionarios públicos, por lo que no se encuentran eximidos de las obligaciones inherentes al juez técnico bajo pena de nulidad absoluta por arbitrariedad.

Afirma que el principio de la libre valoración de la prueba (sana crítica racional) establecido por el art. 205 del CPP carece de sentido si no se lo conecta con la exigencia de motivación y control; de lo contrario, no sería «sana crítica» sino «íntima convicción». Que ello resulta contrario a la garantía del art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos (**art. 75, inc. 22 CN**).

Por otro lado, considera que la ley 9.106 vulnera el principio de igualdad, en tanto dispone que los acusados por los delitos más graves arriesguen penas gravísimas, sin mediar explicación de los motivos que justifique tal o cual íntima convicción, mientras que los acusados que no queden comprendidos en la ley podrán conocer todos los detalles de la subsunción de los hechos en el derecho, cómo se valoraron todas y cada una de las pruebas y cómo se produjo el concatenamiento lógico, conforme las reglas de la sana crítica.

Señala que en modo alguno se cumple con la garantía convencional del «doble conforme», puesto que el acusado no puede criticar fundamentos que no existen y el tribunal de impugnación no puede controlar el misterioso proceso de la íntima convicción.

Agrega que la impugnación a las instrucciones del juez al jurado no satisface el estándar de revisión amplia que exige la Convención IDH, y se pregunta cuándo una instrucción cumple con el estándar de la Convención IDH para reputarla completa o suficiente.

La defensa sostiene que la **ley 9.106** contiene una profunda contradicción entre el «leal saber y entender» que establece como regla que se debe aplicar mientras transcurre el debate (art. 20) y la «íntima convicción» con la que se valora la prueba para dictar un veredicto (art. 24); en tanto la decisión íntima puede contradecir el sentido común y está liberada de dar motivos racionales.

Añade que nadie revisará si los integrantes del jurado han incumplido los deberes a su cargo y no han considerado pruebas esenciales o atendido las instrucciones. Estima contradictorios también **los arts. 24, 27 y 28 de la ley 9.106** en cuanto se establece, por un lado, la regla de que todos los actos del proceso serán valorados por el jurado y, por otro, se excluyen todas las pruebas que no lleguen a la audiencia.

En tal sentido, sostiene que el principio de inmediación no puede ser un obstáculo para valorar todas las pruebas.

En segundo orden, la defensa plantea recurso de casación contra la sentencia ya individualizada.

Ello, por cuanto entiende que la decisión adolece de vicios in procedendo (art. 474 inc. 2 del CPP). Concretamente, considera que se ha vulnerado la imparcialidad del jurado por interferencia del órgano acusador y el debido proceso legal.

En cuanto a la imparcialidad del jurado, sostiene que en la reducida comunidad de Junín, durante la realización del juicio oral, con un procedimiento que permite que los jurados deambulen libremente y que convivan con amigos y familiares que no tienen ningún compromiso de imparcialidad, basándose sólo en su palabra de que no accederán a noticia o información sobre el caso, el representante del Ministerio Público Fiscal acudió a la prensa y emitió afirmaciones que aseguraron la condena de su defendido.

En virtud de ello, entiende que el acusado no tuvo un juicio justo y que se habría afectado la capacidad de todos o algunos de los miembros del jurado, lo que configura una violación de las garantías convencionales establecidas por Convención Americana sobre Derechos Humanos en su **art. 8.2** y por el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 14.5**.

En tal sentido, esa defensa planteó el incidente ante el juez de la causa, quien lo rechazó por considerar que la ley 9.106 prohíbe la difusión de información durante el debate y que es responsabilidad de los integrantes del jurado cumplir con la obligación de tener en cuenta, a la hora del veredicto, sólo la información recibida durante el juicio.

No obstante, la recurrente sostiene que el deber establecido por el **art. 139 de la Constitución de Mendoza** es una responsabilidad del Estado, que no puede dejarse librada a la responsabilidad del jurado ni al azar. Por otro lado, cuestiona la declaración de improcedencia de las pruebas ofrecidas por la defensa en los puntos III (declaración testimonial del agente de policía) y IV (informativa respecto de cuentas personales de la red social Facebook correspondientes a Rocío Agustina Suárez Vargas, Ana Laura Battistella Salvatierra, Exequiel Batistella, Franco Navarrete, Joel Ponce y María del Carmen Salvatierra de Batistella) de su presentación. Al respecto, considera que esa parte insistió en su procedencia y utilidad para el descubrimiento de la verdad real.

En tal sentido, expresa que se impuso a esa defensa la exigencia de individualizar al policía que dio aviso del hecho a su posible autor y que estuvo presente en la Comisaría para desviar la investigación mediante una orden o pedido directo a otro oficial de policía; todo bajo apercibimiento de rechazar la prueba por inadmisibles sin fundamento legal. Refiere que esa averiguación era sumamente sencilla para el órgano acusador y, a pesar de ello, no lo hizo durante la investigación penal preparatoria.

Agrega que el Ministerio Público Fiscal ha incumplido lo dispuesto por **los arts. 231 y 314 del CPP**, lo que torna nula la sentencia por derivar de un veredicto arbitrario.

Así, entiende que el jurado debió tener en el debate la declaración del oficial de policía aludido para conocer todas las pruebas útiles conducentes a la verdad. Sostiene que no se citó a las personas que le dijeron a María Dayana Navarrete que el autor del homicidio había sido «Coco» y que se descartó la declaración en debate de Débora Camargo, quien vio a Batistella (a) «Coco» ingresar al cajero Supervielle con una campera blanca con rayas negras que tenía manchas hemáticas a la altura del abdomen y de uno de sus puños.

Añade que tampoco se citó a los testigos Nadia Barrera y Samira Rodríguez, quienes podrían haber corroborado la declaración de Débora Camargo. Plantea también la nulidad del veredicto por apartamiento manifiesto de las pruebas rendidas en la causa y que confirman la hipótesis de la defensa. Concretamente, sostiene que el Ministerio Público Fiscal logró que un testigo experto e inobjetable –el Ing. Juan F. Zalazar, Jefe del Laboratorio de Microscopía Electrónica de barrido del CMF– dejara muy claro que participaron tres personas en el hecho: la víctima y dos agresores; que uno de los dos agresores efectuó un disparo y que el barrido dio negativo respecto de Matías Joel Ponce.

Es decir que, a su criterio, se probó que la hipótesis de la defensa era posible. Sostiene que, no obstante, el Ministerio Público Fiscal descalificó la pericia del Ing. Salazar en cuanto al valor del barrido negativo, lo que constituye una agresión al principio del debido proceso legal y, en ese sentido, resolvió el jurado popular.

En palabras de la recurrente, cuando de la prueba surgía una gran duda, el jurado no se plantó la posibilidad de la verosimilitud de la hipótesis defensiva y, de esa manera, se apartó del principio «más allá de toda duda razonable».

Se agravia, además, por la incorporación por lectura de la declaración testimonial de Carmen Nancy Henríquez Plaza, quien había fallecido al momento del juicio, a pesar de que esa defensa se opuso por no haber podido controlar su realización.

Ello, teniendo en cuenta que ninguno de los defensores anteriores fue notificado del acto –conforme prevé el art. 320 del CPP–, a pesar de ser presumible que la testigo podría no estar en condiciones de comparecer al debate debido a su edad y estado de salud. Sin perjuicio de ello, considera que la declaración de esa testigo carece de congruencia y tiene lagunas.

La recurrente se pregunta cómo su declaración puede reputarse esencial para identificar la voz de Matías Joel Ponce si declaró no haber salido de su casa, sólo haber escuchado voces, no haber visto a nadie, y cuando apenas llevaban dos semanas viviendo en el departamento. En subsidio, plantea que el hecho debe subsumirse en la figura del **art. 165 del CP**, puesto que lo único que surge probado es la actuación culposa de su defendido.

Entiende que esa hipótesis fue sugerida por el representante del Ministerio Público Fiscal al reformular su teoría del caso, durante el debate, y solicitar al jurado contemplar una condena por esa calificación. En función de ello, también solicita la nulidad del debate por haberse alterado la garantía del art. 18 de la Constitución Nacional, sustrayendo a Matías Joel Ponce del juez natural de la causa, es decir de un juez técnico.

Por lo expuesto, solicita se declare la inconstitucionalidad e inconveniencia de los **arts. 24, 27, 28, 37, 39 y 41 de la ley 9.106**, y disponga la nulidad de la sentencia recaída en autos. Hace reversa del caso federal.

3.- Dictamen del Procurador General

En su dictamen, el titular del Ministerio Público Fiscal considera que corresponde **rechazar formalmente** los agravios que integran el recurso de inconstitucionalidad.

Ello por entender que este remedio procesal previsto por el **art. 489 del CPP**, procede para cuestionar sentencias que hayan denegado un planteo previo de inconstitucionalidad.

Señala que de las constancias obrantes en autos surge que la parte recurrente no introdujo oportunamente la cuestión constitucional ante el tribunal que dictó la resolución recurrida.

Cita doctrina y jurisprudencia en apoyo de su postura. Con relación al recurso de casación planteado conjuntamente por la recurrente, entiende que corresponde su rechazo.

En cuanto a la imparcialidad del jurado, considera que no existe afrenta al decoro, a la investidura de funcionario público o a la circunspección cuando, en el marco del proceso acusatorio-adversarial oral, el representante de la acusación manifieste en los medios cuál es su expectativa respecto del resultado del juicio, como también pudo hacerlo la defensa.

Respecto de la prueba que no habría sido incorporada al debate, señala que la misma fue rechazada durante la audiencia preliminar del día 3 de mayo de 2021 por falta de individualización del supuesto policía, que los testigos que –a criterio de la defensa– deberían haber declarado fueron desistidos por el representante del Ministerio Público Fiscal sin oposición de la defensa y que la prueba sobre las cuentas personales de la red social Facebook fue admitida como prueba documental.

En cuanto a la prueba de barrido electrónico, advierte que la conclusión a la que llega la recurrente no se infiere del informe pertinente, toda vez que la existencia de dos camperas pertenecientes a dos personas en el lugar no permite adjudicarles la calidad de agresores.

Con relación a la incorporación por lectura de la declaración testimonial de una testigo que había fallecido a la época del debate, entendió que en autos se ha dado cumplimiento al **art. 400, inc. 3 del CPP** y que no resultan atendibles los argumentos de la defensa.

Agrega que el valor otorgado a esa prueba corresponde al jurado y rigen las mismas reglas que para todas las pruebas.

En cuanto al cambio de calificación propuesto, sostiene que corresponde a la interpretación del cúmulo de pruebas colectada y no a una porción de ellas. Entiende que en autos se ha dado acabado cumplimiento al procedimiento dispuesto en la ley 9.106, aplicándose debidamente las disposiciones contenidas en el Capítulo IV de la ley referida.

Considera que el veredicto emitido no resulta arbitrario a la luz del plexo probatorio rendido durante el juicio y analizado en el tiempo que tomó la deliberación secreta, de acuerdo a las precisas instrucciones impartidas.

Por ello, estima que los recursos intentados deben ser desestimados.

4.- Audiencia de informe oral

En la Sala N° 15 del Polo Judicial Penal del Poder Judicial de Mendoza, se llevó a cabo la audiencia in voce realizada a instancia de la defensa de Joel Matías Ponce Rubio. Reunido el tribunal en pleno, se le cedió la palabra a las partes en el siguiente orden: primero, la Dra. Julieta Lavallero por la defensa del acusado y, luego, al Dr. Oscar Sívori por el Ministerio Público Fiscal, exponiendo cada una de ellas sus respectivos argumentos, los que han sido digitalmente registrado en el soporte de audio y video correspondiente.

5.- La solución del caso

Voto Dr. Garay, Dra. Day, Dr. Llorente y Dr. Valerio. Preopinantes.

Puesto el Tribunal a resolver la cuestión en tratamiento, consideró que corresponde rechazar los recursos de inconstitucionalidad y casación interpuestos por la defensa de Matías Joel Ponce Rubio.

En consecuencia, debe confirmarse el veredicto de culpabilidad del jurado popular interviniente, así como la sentencia pronunciada por el Tribunal Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción Judicial.

Sentado ello, debe señalarse que el modo en que han sido planteados los agravios casatorios por el recurrente, justifica metodológicamente establecer un orden lógico jurídico de tratamiento. De esta manera, en primer lugar (a) se abordará la procedencia formal y sustancial del recurso de inconstitucionalidad de los artículos arts. 24, 27, 28, 37, 39 y 41 de la ley 9.106. En segundo lugar (b), se analizarán los agravios relativos a la sentencia como acto jurídico válido, mediante la revisión tanto de los aspectos formales o externos como en sus aspectos internos o de razonabilidad intrínseca.

a.- Sobre la pretendida inconstitucionalidad de los arts. arts. 24, 27, 28, 37, 39 y 41 de la ley 9.106

Examinado el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la defensa, se advierte que el mismo resulta formalmente improcedente.

En este sentido, coincidimos con lo afirmado por el Procurador General en su dictamen, en tanto sostiene que el recurso de inconstitucionalidad previsto por el art. 489 de la ley adjetiva, procede para cuestionar sentencias o autos mencionados en el art. 475 que hayan denegado un planteo previo de inconstitucionalidad.

En ese orden, no puede soslayarse que la ley 9.106 (vigente 16/10/18), de juicio por jurados populares, en su regulación previa a la modificación de la ley 9.387, establece que la competencia para este tipo de procedimiento será respecto de los «[...] delitos previstos en el artículo 80 del Código Penal de la Nación,

y los que con ellos concurren según las reglas de los artículos 54 y 55 de ese Código, siempre que deban ser juzgados simultáneamente con aquéllos.

La competencia se determinará con la calificación de los hechos con los que se eleva la causa a juicio» (art. 2). En función de tal disposición, en el caso concreto, se advierte que el representante del Ministerio Público Fiscal sostuvo la calificación legal del hecho ocurrido el 15 de septiembre de 2019, que habilita la sustanciación del debate mediante el procedimiento de juicios por jurados en la oportunidad procesal señalada por la norma y, aun, desde los primeros momentos de la investigación (ver acta de imputación formal de fs. 77 y vta. y requerimiento de citación a juicio de fecha 27/02/2020).

No obstante, de las constancias de la causa no surge ningún planteo de inconstitucionalidad de la ley que regula ese procedimiento especial o de alguno de sus artículos. Por el contrario, el planteo que aquí nos ocupa fue introducido coetáneamente al recurso de casación contra la resolución que aquí se resiste. En razón de ello, entendemos –como se adelantó– que corresponde su rechazo formal, en tanto no se verifican los requisitos del art. 489 del CPP. Sin perjuicio de lo expuesto con anterioridad, advertimos que el censurante no ha logrado demostrar la inconstitucionalidad de los preceptos cuestionados.

En efecto, la defensa cuestiona –en definitiva– que la falta de motivación del veredicto emitido por los integrantes del jurado y el método de valoración probatoria utilizado por ellos, constituye un obstáculo grave en orden a la revisión de la sentencia condenatoria de su asistido. Ello por cuanto no se puede saber cuáles fueron los elementos probatorios analizados por los integrantes del jurado, ni el recorrido lógico seguido por ellos para llegar a la conclusión de culpabilidad.

Al respecto, debemos señalar que en el **precedente «Petean Pocoví»** se analizó la validez constitucional del enjuiciamiento por jurados populares en función de las garantías del debido proceso. En aquella oportunidad se sostuvo que el modelo previsto por la ley 9.106 no conculca el derecho a un fallo razonado y el derecho a la revisión de la sentencia condenatoria. Ello, en tanto prevé mecanismos procesales para asegurar que el debido proceso sea respetado en plenitud.

De tal manera, se sostuvo en el citado precedente que la sentencia que prevé la ley 9.106 debe considerarse debidamente motivada –en abstracto y en cuanto a su diseño institucional– por cuanto se compone de las instrucciones iniciales, las instrucciones finales, el veredicto del jurado y la resolución de imposición de pena.

En este sentido, se consideró que el secreto de las deliberaciones del jurado no implica déficit alguno de motivación en tanto el modelo de enjuiciamiento adoptado supone una forma de fundamentación procedimental de la decisión, compatible con las garantías del debido proceso legal.

En igual sentido, en fallo aludido se señaló que esta estructura procesal tampoco supone un menoscabo a la garantía de doble conforme.

Ello, en tanto el material revisable en segunda instancia no se limita al veredicto del jurado, sino que abarca todos los actos procesales que dan lugar al juicio, así como los que se desarrollan durante las audiencias con el jurado y los posteriores.

Esto permite a la defensa controlar y exigir el control de cada uno de los actos procesales que resultan relevantes para la deliberación del jurado popular. También el sentido del veredicto puede ser evaluado en su razonabilidad y apego a la prueba, tal como lo dispone el **art. 14 de la ley. 9.106**.

En otras palabras, y contrariamente a lo sostenido por la recurrente, no es el veredicto lo único que se revisa en esta instancia, sino toda la sentencia y el procedimiento previo que ésta lleva ínsito. En ese orden, y tal como se reseñó en el precedente analizado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos – con referencia a jurisprudencia sobre la misma cuestión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos– ha

expresado que «[l]a falta de exteriorización de la fundamentación del veredicto no vulnera en sí misma la garantía de la motivación. En efecto, todo veredicto siempre tiene motivación, aunque como corresponde a la esencia del jurado, no se expresa.

Pero el veredicto debe permitir que, a la luz de las pruebas y el debate en la audiencia, quien lo valora pueda reconstruir el curso lógico de la decisión de los jurados, quienes habrían incurrido en arbitrariedad en el supuesto en que esta reconstrucción no fuera viable conforme a pautas racionales» (**Corte IDH, Caso V.R.P., V. P. C. y otros versus Nicaragua, considerando 259, con referencia a TEDH, «Taxquet vs. Bélgica»**).

En el mismo sentido, se destacó que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en el precedente «Canales» sostuvo que «[l]uego de confrontar sus argumentos, dar razones y deliberar, los miembros del jurado deciden su voto en función de un sistema de valoración de la prueba conocido como “íntima convicción”, que no requiere expresión o explicación de los motivos que conformaron el convencimiento sobre la resolución adoptada para el caso» (CSJN, fallo del 2 de mayo de 2019, «Canales», considerando 19).

A su vez, debe señalarse que en el citado precedente la Corte Nacional ha enfatizado que el examen de la resolución del jurado puede cuestionarse a partir de un análisis de las premisas en que se fundamenta y la conclusión a la que arriba: «[el veredicto del jurado] no impide una adecuada revisión de lo decidido, toda vez que la verdadera fundamentación no radica en la expresión escrita de razonamientos, sino en la coherencia entre las afirmaciones de las partes, las pruebas y el sentido de la sentencia. [...]

Pese a la ausencia de fundamentación escrita, es perfectamente posible cuestionar una resolución de un jurado en base a la incongruencia entre precedentes o premisas (afirmaciones y pruebas) y conclusión (culpabilidad o inocencia). Siendo pertinente recordar, mutatis mutandi, que esto es así por cuanto el Tribunal ya remarcó que “la propia Constitución no puede interpretarse en forma contradictoria, o sea, que el principio republicano de gobierno impide entender un dispositivo constitucional como cancelatorio de otro” (Fallos: 328:3399, considerando 24)» (ver, al respecto, CSJN, «Canales», considerando 19).

La defensa también sostiene la inconstitucionalidad del art. 41 de la citada ley, en tanto, a su entender, limita los casos que posibilitan la revisión de la sentencia.

Entendemos que el agravio esgrimido en este sentido tampoco puede prosperar en esta instancia. Ello por cuanto la misma norma, cuya validez cuestiona la defensa, remite a las reglas generales del recurso de casación previstas en nuestro ordenamiento procesal.

Al respecto, este Tribunal ha sostenido en el mencionado **precedente «Peteán Pocovi»** que «[...] los cuatro puntos expresados en la norma citada conforman la base de cuestiones que el tribunal de revisión deberá –en todos los casos en que se invoquen como motivos de agravio– examinar. Sin embargo, la remisión a las reglas contenidas en el Código Procesal Penal implica que, también, deberá posibilitarse la revisión de posibles vicios in iudicando e in procedendo, contenidos en el art. 474 del CPP» (ver, al respecto, el voto del Dr. Valerio).

En cuanto a la vulneración al principio de igualdad, corresponde señalar que, al no verificarse que el procedimiento de juicio por jurados afecte derechos o garantías de los acusados – conforme se analizó precedentemente–, tampoco puede sostenerse válidamente que las personas sometidas a estos juicios constitucionalmente previstos se encuentren en condiciones menos favorables que aquéllas que son juzgadas por tribunales técnicos. Y, en función de ello, tampoco se advierte ninguna vulneración del principio contenido en el **art. 16 de la CN**.

De tal manera, las razones señaladas nos convencen de que el juicio por jurados establecido para la provincia de Mendoza satisface las exigencias constitucionales y convencionales vinculadas al debido proceso, lo que conduce al rechazo del planteo de inconstitucionalidad de los arts. 24, 27, 28, 37, 39 y 41 de la ley 9.106, deducido por la defensa de Matías Joel Ponce Rubio.

b.- Análisis del recurso de casación de la defensa:

cuestionamientos de la sentencia como acto jurídico válido Analizada la validez constitucional de la normativa cuestionada, y descartada la pretensión de la defensa, corresponde ahora ingresar al análisis de los agravios que sustentan el recurso de casación interpuesto de forma conjunta por la defensa del acusado.

En tal sentido, resulta pertinente recordar lo señalado en el **precedente «Hisa»** respecto del alcance y mayor amplitud de la tarea de revisión extraordinaria de los veredictos de condena emitidos por un jurado popular, dada la regla del secreto de la deliberación que impide conocer las razones de la decisión.

En esa oportunidad se destacó que la tarea revisora en este tipo de sentencia requiere un plus de esfuerzo y, esto es más difícil porque se debe revisar la prueba y revalorarla en términos de su razonabilidad, lo que permite cumplir mucho mejor y en forma objetiva la revisión amplia, ya que no será sobre el discurso de la valoración de la prueba, sino el análisis directo de la prueba lo que determinará si la solución (veredicto del jurado) arribada es **posible (in re «Tizza», voto de la mayoría, preopinante Dr. Valerio)**. **En ese orden, corresponde recordar también, tal como se expresó en el mencionado caso «Tizza», que hemos reafirmado en «Acuña», «Zúñiga» y «Vildoza», en base a lo señalado por Corte Suprema de Justicia de la Nación en «Canales» y por la Corte IDH en «V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua» así como en lo previsto por el art. 41, inc. D de la ley 9.106**, que el control de casación debe llevarse a cabo con una gran «deferencia» por el rol de determinación de los hechos que efectúa el jurado.

Tal decisión «merece su irrestricto respeto, desde que ella es consecuencia directa del ejercicio pleno de la soberanía que el pueblo se ha reservado constitucionalmente, y cuya efectivización se realiza en un marco legalmente definido, esto es, en un juicio único y público, con control adversarial de las partes en la selección (deselección) en la audiencia de voir dire, como al ingreso de la prueba, con intermediación y ejercicio efectivo de la técnica del examen y contraexamen de los testigos y de litigación de las instrucción finales, y lo que significa la poderosa deliberación secreta de los doce miembros y veredicto unánime».

Así, ese «[...] particular respeto que merece la decisión del jurado popular determina que la tarea de revisión encomendada a esta instancia no consiste en un control de la deliberación del jurado popular – la cual es secreta, conf. **art. 33 de la ley 9.106**–, sino en una evaluación de la [posibilidad] de la teoría del caso que el jurado popular consideró acreditada o que dio lugar a su veredicto de culpabilidad. Ese control debe revisar específicamente si «[...] la sentencia condenatoria o la que impone medidas de seguridad se derive[a] de un veredicto de culpabilidad del Jurado que sea arbitrario o se aparte manifiestamente de la prueba producida en el debate» (**conf. art. 41, inc. d, ley 9.106**).

Dicho en otras palabras, nos toca corroborar que exista alguna interpretación razonable de la prueba que permita sostener el veredicto del jurado popular y, en ese caso, confirmar la decisión condenatoria arribada cuando resulte posible según las instrucciones impartidas y la prueba producida e incorporada al debate»» (**ver, al respecto, «Acuña», «Zúñiga» y «Vildoza Soria», de los votos de los doctores Dalmiro Garay Cueli, José V. Valerio, María Teresa Day y Pedro Llorente**).

De ese modo, cuando lo que se cuestiona es una eventual arbitrariedad del veredicto debe observarse la aludida regla de la deferencia en la instancia revisora.

Para ello, corresponderá determinar: a) si, de acuerdo a las evidencias utilizadas en el juicio, es posible arribar al veredicto condenatorio al que llegó el jurado; y b) si, con las teorías del caso presentadas por las partes en sus alegatos e instrucciones, el jurado tuvo los instrumentos mínimos necesarios y esenciales para deliberar válidamente y dictar aquel veredicto posible según la evidencia.

Si la respuesta es afirmativa respecto de ambas cuestiones, la sentencia no puede ser revocada («Tizza»). Es que la tarea revisora que aquí nos ocupa no debe centrarse en «la búsqueda de la contestación correcta sobre la relación jurídica entre la prueba y el veredicto, porque ello es intromisión, sino sólo si es posible dentro de las probables y racionales opciones», puesto que, tal como se dijo y debe reafirmarse, «[...] la corte revisora debe guardar especial deferencia al buen juicio y al sentido común colectivo del jurado. [...] [C]uando la corte de apelaciones revisa un veredicto de culpabilidad por arbitrariedad siempre debe tener en cuenta que el jurado usualmente emplea cualidades especiales para la muy siempre dificultosa tarea de determinar dónde está la verdad. Y cierto es que las cortes de apelación pueden no compartirla” (Corte Suprema de Justicia de Canadá: R.v.W.H., 2013 SCC 22, [2013] 2 S.C.R.)» (ver al respecto, precedente «Tizza», del voto del doctor José V. Valerio).

Sentado ello, corresponde destacar que los agravios casatorios giran en torno a cinco tópicos:

- i) vulneración de la imparcialidad del jurado por interferencia del órgano acusador;
- ii) inadecuada declaración de improcedencia de algunos elementos de prueba ofrecidos por la defensa;
- iii) arbitrariedad del veredicto de culpabilidad por apartamiento manifiesto de las pruebas rendidas en la causa;
- iv) incorporación por lectura de la declaración testimonial de Carmen Nancy Henríquez Plaza; y v) diversa calificación legal.

En consecuencia, los puntos de agravio serán analizados en el orden reseñado precedentemente. i.- Consideraciones sobre la alegada vulneración de la imparcialidad del jurado La defensa se agravia por entender que las manifestaciones efectuadas por el representante del Ministerio Público Fiscal en un medio periodístico local tuvieron incidencia en la capacidad de los miembros del jurado para decidir con imparcialidad. Al respecto, cabe recordar que la garantía de imparcialidad se relaciona con el deber de independencia del juzgador respecto de las partes y/o del objeto de un litigio, y procura evitar que aquél actúe de forma parcial o tendenciosa hacia alguna de las partes.

En función de ello, se impone a los jueces el deber de inhibirse oficiosamente en aquellos procesos en que se verifiquen alguna de las causales previstas en el **art. 72 del CPP**, en tanto reflejan situaciones en las que los magistrados podrían actuar con parcialidad. Respecto del sistema de enjuiciamiento por jurados, el art. 11 de la ley 9.106 prevé que los integrantes del jurado podrán excusarse o ser recusados por las causales previstas en el art. 12 y/o por prejuizgamiento público y manifiesto, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 13 de ese cuerpo normativo.

No obstante, consideramos que la situación descrita por la recurrente no encuadra en ninguno de los supuestos referidos y tampoco puede interpretarse como violatoria de la garantía en cuestión.

En efecto, las manifestaciones que emita públicamente el representante del Ministerio Público Fiscal, el querellante particular, la defensa del acusado o los familiares de éste o de la víctima no pueden interpretarse como determinadoras, por sí mismas, de un veredicto, aún cuando el medio social y geográfico en el que se difundan sea pequeño. Ello, en virtud de varias razones.

La primera, basada en que no existe ninguna prohibición de que las partes procesales puedan dar declaraciones públicas acerca del resultado que esperan del proceso.

La segunda, cuando alguna de las partes sostiene una determinada teoría del caso resulta evidente cuál es el resultado que procurarán obtener, por lo que su exteriorización no resulta lesiva para alguna de las otras partes. La tercera, la defensa no justifica qué variaría si las declaraciones se hubieran realizado en el marco de un juicio con un tribunal conformado con jueces técnicos.

La cuarta, en el caso, no se advierte ni ha invocado la defensa ningún indicio serio de que lo manifestado por el fiscal ante un medio periodístico determinó al jurado popular a emitir el veredicto de culpabilidad que aquí se cuestiona.

Sumado a ello, no puede dejar de señalarse que la recurrente conocía antes de la celebración del juicio el medio social y geográfico en el que se produjeron los hechos y en el que también se llevaría a cabo el debate y, no obstante ello, no tuvo ninguna objeción al respecto; a pesar de que contaba con la facultad de solicitar que el juicio se llevara a cabo en otra circunscripción.

Así lo establece el **art. 2, segundo párrafo de la ley 9.106** al expresar, «[c]uando un hecho hubiera conmocionado a una comunidad de tal modo que no pudiera razonablemente obtenerse un jurado imparcial, el Juez podrá disponer, sólo a pedido del acusado, en audiencia pública, con la intervención de todas las partes y mediante auto fundado, que el juicio se lleva a cabo en una circunscripción judicial de la Provincia distinta a la que ocurrió el hecho delictivo». En virtud de ello, el agravio fundado en la falta de imparcialidad del jurado popular debe ser rechazado en esta instancia.

ii.- Críticas de defensa en relación con prueba ofrecida en el proceso En relación con los elementos de prueba que fueron admitidos, producidos e incorporados a la causa, la recurrente señala que resultaba necesario que compareciera a proceso el funcionario de policía que le avisó a Ezequiel Batistella (a) Coco que lo estaban buscando por el homicidio.

Expresa que esa parte insistió en la procedencia de su declaración y en su utilidad para el descubrimiento de la verdad real, pero que el Ministerio Público Fiscal no lo individualizó, incumpliendo con las disposiciones de los **arts. 231 y 314 del CPP**.

Al respecto, corresponde destacar que la declaración testimonial referida por la defensa del acusado fue rechazada en la audiencia preliminar de ofrecimiento de prueba, celebrada el día 3 de mayo de 2021, por no encontrarse debidamente individualizado el testigo.

En esa oportunidad, el tribunal fundó su decisión en lo dispuesto por el **art. 367 del CPP**, en orden a que «[l]os testigos deberán ser identificados con el nombre, documento de identidad, profesión y domicilio»; datos que no aportó la defensa de Ponce Rubio respecto del testigo funcionario policial, cuya declaración testimonial esa parte entendió necesaria para el esclarecimiento del caso.

Si bien la recurrente sostiene que la individualización del testigo es una tarea que le correspondía al órgano acusador, en cumplimiento de las disposiciones de los **arts. 231 y 314 del CPP**; lo cierto es que «[e]l Ministerio Público Fiscal sólo es responsable de la iniciativa probatoria tendiente a acreditar los extremos de la imputación delictiva» (art. 367, tercer párrafo del CP) en la etapa de juicio.

Es decir que si el representante del Ministerio Público Fiscal consideró suficiente la acreditación de su hipótesis o teoría del caso con la prueba que oportunamente ofreció y que fue admitida por el tribunal, no era necesario que arbitrara los medios para la individualización de un testigo que no consideró relevante a esos fines.

En consecuencia, no puede reprocharse en esta etapa un incumplimiento por parte del órgano acusador de las obligaciones propias de la etapa de investigación penal preparatoria, como pretende la defensa. Por otro lado, la defensa de Ponce Rubio cuestiona el desistimiento que el representante del Ministerio

Público Fiscal hizo de la declaración testimonial de Débora Camargo y que no se citó a las testigos Nadia Barrera y Samira Rodríguez.

En tal sentido, cabe referir que el desistimiento aludido tuvo lugar en la audiencia preliminar de fecha 3 de mayo de 2022, a la que ya se hizo referencia, y la defensa que aquí se agravia no formuló ninguna objeción al respecto.

A ello cabe agregar que uno de los representantes del órgano acusador, al momento de emitir sus alegatos de clausura, fue contundente al expresar que de la declaración de la testigo Débora Camargo –brindada durante la investigación penal preparatoria– no surgió ningún dato conducente a la resolución de la causa. Por el contrario, sostuvo que en función de sus dichos se habían efectuado varios allanamientos infructuosos e, inclusive, un intento de desviar la investigación; razones que determinaron a esa parte a desistir de su declaración en el debate. Sin perjuicio que ejerció el Ministerio Público Fiscal su función según el art. 367 del CPP y, existieron suficientes razones para que el Ministerio Público Fiscal procediera tal como lo hizo y la defensa no efectuó ninguna objeción a tal proceder cuando estaba facultada para hacerlo.

Ello, conduce también al rechazo de este agravio. En cuanto a la prueba relativa a la red social Facebook basta referir que no sólo fue admitida su incorporación como prueba documental, sino que el profesional en sistemas de información, Luis Adelinet, se explayó durante el debate oral y público respecto del informe solicitado por la defensa de Ponce Rubio.

Asimismo, las conclusiones de este elemento de prueba fueron valorados por la defensa en sus alegatos de clausura. En virtud de ello, resulta claro que este cuestionamiento tampoco puede prosperar.

iii.- Acerca de la pretendida arbitrariedad del veredicto por apartamiento de las pruebas La recurrente basa este punto de agravio en que –según entiende– el Ingeniero Juan F. Zalazar, Jefe del Laboratorio de Microscopía Electrónica de barrido del CMF, habría confirmado la hipótesis de la defensa, al concluir que tres personas participaron en el hecho, que uno de los dos agresores efectuó un disparo y que el barrido dio negativo respecto de Matías Joel Ponce Rubio.

Agrega que la descalificación que hizo el representante del Ministerio Público Fiscal de la pericia de barrido es una agresión al debido proceso legal, que determinó al jurado popular a decidir apartándose del principio «más allá de toda duda razonable».

A partir de los conceptos señalados en el punto anterior, sobre los distintos elementos que deben evaluarse para determinar la arbitrariedad o razonabilidad de un veredicto de culpabilidad, corresponde analizar si la decisión del jurado puede razonablemente derivarse de las pruebas que le fueron expuestas. Veamos. Por un lado, entendemos que lo sostenido por la defensa no encuentra asidero en las constancias audiovisuales, en tanto realiza una interpretación de las conclusiones a las que llegó el Ingeniero Zalazar de acuerdo con sus intereses de parte.

De este modo, si bien en las dos camperas sin orificios secuestradas en la vivienda de Ponce Rubio se detectaron residuos de disparos y la prueba de guantelete –microscopía electrónica de barrido o barrido de partículas– practicada en la persona del acusado dio resultado negativo, ello no autoriza a sostener, como pretende la defensa, que su defendido no efectuó el disparo que terminó con la vida de Franco Navarrete. En efecto, el Ingeniero Zalazar explicó que la prueba de barrido de partículas tiene muy baja positividad –de un 10% aproximadamente–, debido a que existen muchas formas de eliminar los residuos de un disparo (audiencia 30/06/2021, video 3, minuto 26:00).

Es decir, del resultado negativo de este elemento de prueba no puede inferirse que Matías Joel Ponce Rubio no disparara, como pretende su defensa y, tampoco, puede inferirse tal circunstancia de que se hayan extraído residuos de disparo de dos camperas distintas, secuestradas de su domicilio.

Es que, de las declaraciones de Valeria Ayelén Fernández, Alejandro Emanuel Varas y Adriana Araceli Buel surge con claridad que en el hecho intervinieron dos personas: un agresor que salió corriendo a toda velocidad luego del disparo, y la víctima que tambaleaba, pedía auxilio y fue asistido por Valeria Fernández y Alejandro Varas, mientras llegaba la ambulancia y la policía. Las declaraciones de las personas referidas tienen particular importancia porque presenciaron los acontecimientos casi inmediatamente después de ocurrido el disparo –Valeria Fernández lo escuchó, confundiéndolo con petardos–, vieron correr muy rápidamente a una persona que tenía la cara con sangre y portaba un celular en sus manos; y auxiliaron a Franco Navarrete mientras agonizaba producto del disparo de un arma de fuego.

La hipótesis acusatoria encuentra respaldo no sólo en la contundencia de las declaraciones de los testigos referidos, sino también en la circunstancia de que Alejandro Varas identificó mediante un reconocimiento en rueda de personas, sin margen de dudas, al acusado como la persona que iba corriendo «como si lo persiguiera el diablo». Y así surgió en el debate oral y público de sus propios dichos y a través de la lectura del acta respectiva, actuación que se llevó a cabo sin objeción de la defensa (audiencia del día 29/06/2021, video 4, minuto 02:35/23:00).

A ello se suman otros elementos de prueba que avalan la hipótesis acusatoria, tales como la declaración de la –por entonces– pareja del acusado, Ana Laura Batistella, quien señaló que, luego de verlo salir con gorra y en la bicicleta naranja de su hijo, lo vio regresar muy agitado, lleno de sangre y sin la bicicleta. A ello agregó que el acusado le dijo «me la mandé, le disparé».

Es Ana Laura Batistella quien, en compañía de su hermano –Fernando Ezequiel Batistella– y su cuñada –Rocío Agustina Suárez– pusieron en conocimiento de la policía que Matías Joel Ponce Rubio le había disparado a la víctima de autos y que se encontraba en su domicilio (audiencia del día 29/06/2021, video 2, minuto 00:26/ 00:40).

Estas manifestaciones se ven corroboradas, a su vez, por los dichos de Fernando Ezequiel Batistella y de Rocío Agustina Suárez, conforme surge de la audiencia del día 29/06/2021 (video 2, desde minuto 00:43) y por la declaración de Joan Buel, amigo de la víctima, quien manifestó que una persona de apodo «Jejus» le había dicho, momentos después de la muerte de Franco Navarrete, que lo había matado «el Joelito» (audiencia del día 30/06/2021, video 1, desde minuto 00:51:37).

En igual sentido, deben considerarse las declaraciones efectuadas por el oficial ayudante Isidro Albornoz Ochoa, quien llevó a cabo la aprehensión del acusado y manifestó que momentos previos a ello, lo vio ir y venir muy nervioso dentro del departamento.

Extremos que resultan coincidentes con lo que manifestó la señora Carmen Nancy Henríquez, vecina de Ponce Rubio y de quien era en aquel momento su pareja (audiencia del día 01/07/2021, video 1, minuto 00:02:00/00:26:00)

No puede soslayarse, además, que en el lugar de los hechos fueron encontradas la bicicleta naranja perteneciente al hijo de Ana Laura Batistella y la gorra que, según los dichos de esa testigo, estaba usando Matías Joel Ponce Rubio cuando salió de su departamento, antes del hecho que derivó en la muerte de Franco Navarrete. Todos esos elementos de prueba tuvieron un valor relevante para la teoría del caso del Ministerio Público Fiscal, en orden a desestimar la postura de la defensa tendiente a desvincular al acusado e involucrar a Fernando Ezequiel Batistella (a) Coco como autor de los disparos y como quien portaba una de las dos camperas que se secuestraron en el domicilio de Ponce Rubio.

En consecuencia, estimamos que todos estos elementos tornan plausible la decisión del jurado, pues pudieron lógicamente contribuir a formar la convicción de sus integrantes para emitir el veredicto de culpabilidad que aquí se cuestiona; lo que deriva, necesariamente, en el rechazo de este punto de agravio.

iv.- Incorporación por lectura de declaraciones brindadas durante la investigación La defensa de Ponce Rubio se agravia también por la incorporación por lectura de la declaración brindada por Carmen Nancy Henríquez Plaza durante la investigación penal preparatoria.

Ese acto fue resistido por la recurrente durante el debate, por considerar que la declaración no había sido controlado por defensa alguna. Refiere la letrada que la declaración de la testigo debió ser notificada a quien ejercía en aquel momento la defensa técnica del acusado por tratarse de un acto definitivo e irreproducible, teniendo en cuenta la edad de Carmen Henríquez y su estado de salud.

Sin perjuicio de los argumentos defensivos, debe decirse que el juez técnico interviniente admitió la incorporación de la declaración aludida de manera adecuada y dentro del marco legal aplicable. En primer lugar, corresponde señalar que no ha demostrado la recurrente si ese elemento de prueba incidió en la decisión adoptada por el jurado y, de ser así, de qué manera lo hizo, puesto que su supresión mental hipotética no conduce a una solución distinta a la que aquí se impugna.

En efecto, de la prueba colectada en el proceso no surge que la declaración incorporada por lectura al debate pudiera resultar determinante para formar la convicción del jurado en cuanto a la culpabilidad del acusado, teniendo en cuenta la contundencia del cúmulo de pruebas que respaldan la hipótesis de la acusación.

Así, y como ya se señaló, resultaron de suma importancia las declaraciones de Valeria Fernández, Alejandro Varas, Adriana Buel, Ana Laura Batistella, Fernando Batistella, Rocía Suárez, Joan Buel y del Of. Ayudante Isidro Albornoz, como también el reconocimiento en rueda de personas llevado a cabo por el testigo Alejandro Varas y el secuestro en el lugar del hecho de la bicicleta y la gorra que usaba Joel Ponce cuando salió de su domicilio, momentos previos a la muerte de Franco Navarrete.

Sin perjuicio de ello cabe destacar que, el art. 27 de la ley de juicio por jurados, en la redacción otorgada por ley 9106 -vigente sin modificaciones al momento del debate- establecía, como excepción a la oralidad, propia de ese procedimiento especial, que sólo serán incorporados al debate por su lectura «aquellos actos que hubiesen sido controlados por las partes que por su naturaleza y características fueran definitivos y de imposible reproducción».

Si bien la declaración de Carmen Henríquez no tenía esas características el 30 de septiembre de 2019 cuando fue citada a esos fines –durante la investigación penal preparatoria–, lo cierto es que ese acto adquirió tal condición con su fallecimiento.

Esa última circunstancia se encuentra expresamente contemplada en el art. 400, inc. 3 del CPP –norma que resulta aplicable en razón de lo dispuesto por el art. 47 de la ley 9.106–, al admitir la posibilidad de su incorporación.

Al respecto, deben tenerse en consideración lo referido por este Tribunal en el **precedente «Ponce Cardani»**.

Allí, al tomar en consideración el fallo «Benítez» de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se sostuvo que ese precedente no puede ser interpretado en el sentido que toda declaración prestada en la investigación penal preparatoria sin control de la defensa debe ser excluida del debate oral. Por el contrario, el fallo aludido pone énfasis en las condiciones y las características particulares de tales declaraciones para lograr su exclusión, y no sólo en el hecho de que ellas no han sido controladas por la defensa.

En el caso «Benítez», se explicó que la declaración testimonial que se cuestionaba no había podido ser examinada por la defensa porque al momento de declarar durante la instrucción formal ese testigo se encontraba coprocesado, por lo que no se trataba de un testigo en sentido estricto (CSJN, «Benítez», Fallos:329:5556, del considerando 13 de la mayoría).

De tal manera, lo que se indicó es que dicha declaración no podía ser tomada en el debate como una declaración testimonial cuando, en rigor, al momento de producirse se había tratado de una declaración indagatoria.

Es que, si bien en los debates orales –sobre todo en los casos de juicios por jurado– deben garantizarse las condiciones de inmediación, oralidad y publicidad, de conformidad a los principios que rigen el sistema acusatorio; no puede pasarse por alto que pueden producirse situaciones especiales en que, excepcionalmente, existe un límite fáctico a que toda la prueba sea producida en el debate.

En esos supuestos debe aceptarse la posibilidad de incorporar elementos colectados durante la investigación.

En el caso particular que nos ocupa, ha quedado claro que la testigo cuya declaración se incorporó al debate falleció antes de que éste tuviera lugar; lo que lógicamente habilita que su declaración se haya incorporado al juicio propiamente dicho.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que en la causa bajo estudio el acusado contó con defensa técnica desde que se produjo su imputación –aun cuando no fuera ejercida por la misma letrada que aquí recurre–, quien pudo solicitar una nueva declaración de Carmen Henríquez durante todo el tiempo que duró la investigación penal preparatoria y, a pesar de ello, no se hizo.

En ese orden, tampoco le asiste razón a la recurrente en cuanto a que la declaración de Carmen Henríquez no fue notificada debidamente a la defensa técnica de aquél momento, del modo previsto por el art. 320 del CPP.

Ello, toda vez que, en aquella oportunidad y como ya se aclaró, la declaración testimonial en cuestión no configuraba un acto definitivo e irreproducible – hoy sí lo es por su fallecimiento –, puesto que no existe ninguna constancia de que la testigo haya padecido una enfermedad terminal o que hiciera imposible una declaración posterior; y tampoco tenía una edad que hiciera previsible su deceso.

En tal sentido, no puede soslayarse que la testigo falleció de COVID-19 –que, como es de público y notorio conocimiento, comenzó a transmitirse en el país durante el año 2020– y que, al momento de los hechos investigados, contaba tan sólo con 58 años de edad –ver fs. 207/208–.

Como corolario, es posible afirmar que, aún cuando la declaración de la señora Carmen Henríquez no se hubiese incorporado, de los elementos de convicción antes mencionados se deriva razonablemente la decisión del jurado, por lo que este agravio tampoco puede tener acogida en esta instancia.

v.- Acerca de la calificación legal de los hechos

Finalmente, la recurrente considera que la conducta de su defendido debe ser subsumida en la figura prevista por el art. 165 del CP, teniendo en cuenta que, en todo caso, lo único que surge probado es la conducta culposa de Matías Joel Ponce Rubio y que así lo entendió el Ministerio Público Fiscal al prever tal posibilidad en el formulario que se entregó al jurado popular.

Al respecto, cabe señalar que la calificación legal en la cual fue subsumido el veredicto de culpabilidad responde a la valoración que los integrantes del jurado efectuaron respecto del plexo probatorio incorporado al debate, de acuerdo con las instrucciones finales impartidas por el juez técnico con acuerdo de las partes. De esta manera, al encontrar el jurado acreditada cada una de las premisas fácticas que se

correspondía con la teoría del caso de la acusación, según la opción N° 1 de las instrucciones y, su veredicto se corresponde con el delito que se le atribuyera al acusado.

Entendemos que esa decisión no luce en absoluto arbitraria, sino que se corresponde al principio de razón suficiente del análisis de la prueba que fue expuesta al jurado y una derivación razonada de las instrucciones.

De tal modo, el agravio de la defensa se basa en una visión propia de los intereses que representa, pero insuficientes para revertir la decisión cuestionada.

En virtud de esas consideraciones, el presente agravio también debe ser rechazado en esta instancia.

Por las razones expuestas, corresponde contestar de manera negativa la primera cuestión planteada. ASÍ VOTAMOS.

Voto Dr. Gómez. Adhiere. Ampliatorio.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JULIO R. GÓMEZ, DIJO: Comparto la solución a la que llegan mis colegas, en cuanto a que los recursos de casación y de inconstitucionalidad deben ser rechazados.

Ello, por cuanto no se advierten los vicios que señala la defensa.

En efecto, comparto los argumentos del voto preopinante en cuanto al **crédito de la prueba que fundamenta el veredicto condenatorio**.

En particular, respecto a la cuestión vinculada con la revisión en esta instancia de una sentencia derivada de un juicio por jurados, me remito a las consideraciones vertidas en el **precedente «Acuña»**. Por las razones expuestas, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO. SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL TRIBUNAL EN PLENO SOSTUVO: Atento el resultado de la votación que antecede, corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTAMOS.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL TRIBUNAL EN PLENO SOSTUVO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a las vencidas y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTAMOS.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, RESUELVE:

- 1.- Rechazar formal y sustancialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la defensa de Matías Joel Ponce Rubio.
- 2.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Matías Joel Ponce Rubio.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada por la defensa de Matías Joel Ponce Rubio.
- 5.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. DALMIRO F. GARAY CUELI Ministro DR. JULIO R. GOMEZ Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro DRA. MARÍA TERESA DAY Ministro Se deja constancia de que los Dres. Omar A. Palermo y Mario D. Adaro no suscriben la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 02 de diciembre de 2022.

23- TALAGUIRRE CASTILLA. 22-12-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	-	-	-	PCE	-	EGT	A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=959>

Lex: Art. 79, 42, 205 y 55 CP. Art. 35, 43 CP.

Vox: Homicidio simple. Tentativa. Concepto de **dolo** -conocimiento de la realización del tipo objetivo-. Legítima defensa. Exceso. Desistimiento voluntario. Tentativa acabada.

Summa:

El TPC condenó al nombrado a la pena de **diez años de prisión** como autor del delito de homicidio simple en grado de tentativa y violación de las medidas dispuestas para impedir la introducción o propagación de una epidemia, en concurso real (arts. 79, 42, 205 y 55 del CP);

La defensa interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP). Se agravia en la valoración de una serie de pruebas que darían cuenta de que el acusado se defendió legítimamente (a.-), se excedió al repeler la agresión (b.-), no tuvo la «intención de matar» (c.-) o, en último lugar, desistió voluntariamente del delito (d.-). En consecuencia, estima que su pupilo debe ser absuelto o condenado por lesiones graves consumadas.

El Procurador General entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La SCJM resolvió rechazar el recurso de casación deducido por la defensa.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1532, pronunciada por el TPC N° 1-2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Dr. Palermo

- «Quiroga Morales». 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=192>
- «Colaiacovo». 19-04-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=529>
- «Ramirez Alcalde». 27-08-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=507>
- «Barrionuevo Tarragona». 03-05-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=44>

Parágrafos destacados

En esas oportunidades sostuve que soy partidario de un **concepto de dolo objetivado**.

Esto significa que lo que interesa es la **entidad del peligro creado y el deber de conocerlo**. La voluntad no tiene ningún lugar en este entendimiento. También he dicho que el tipo subjetivo ha de probarse e imputarse. No se trata aquí de **explorar la psiquis del sujeto** como lo hacían los causalistas naturalistas, sino que el dolo –o acaso la imprudencia– se atribuyen con base pruebas e indicios.

SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro.

Fallo

CUIJ: 13-06765037-3/1((028601-57867)) FISCAL C/ TALAGUIRRE CASTILLA, LUCAS EMILIANO HOMICIDIO SIMPLE EN GRADO DE TENTATIVA Y VIOLACIÓN DE LAS MEDIDAS DISPUESTAS PARA IMPEDIR LA INTRODUCCIÓN O PROPAGACIÓN DE UNA EPIDEMIA EN CONCURSO REAL (57867) (57867/21) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106021106*

En Mendoza, a los veintidós días del mes de diciembre del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-06765037-3/1 caratulada “F. C/ TALAGUIRRE CASTILLA S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO; segundo, DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero, DR. MARIO D. ADARO.

La defensa técnica de Lucas Emiliano Talaguirre Castilla interpone recurso de casación contra la sentencia N° 1.532, mediante la que se lo condenó a la pena de diez años de prisión como autor del delito de homicidio simple en grado de tentativa y violación de las medidas dispuestas para impedir la introducción o propagación de una epidemia, en concurso real (arts. 79, 42, 205 y 55 del CP); pronunciamiento dictado por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Segunda Circunscripción Judicial en autos N° P-57.867/21.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERO: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

1.- La sentencia recurrida

El tribunal impugnado resolvió del modo precedentemente señalado, por considerar acreditado que «el día 12 de junio de 2021, siendo aproximadamente las 02.00 hs., el imputado Lucas Emiliano Talaguirre Castilla, emplazado sobre la calzada de calle Espínola llega a la altura municipal N° 447, a un área o sector que está frente al local comercial “Baterías Toledano”.

A dicho lugar arriba al tiempo que venía manteniendo una situación de discusión, altercado y agresiones mutuas con los jóvenes Mateo Valdéz y Lucas Aranda; todos habiendo circulado por calle Ortiz de Rosas al Oeste, y al llegar a calle Espínola, transitar con dirección al Norte. La [d]iscusión/agresiones entre los nombrados comprendió insultos, expresiones amenazantes, lanzamientos de piedras, escombros, elementos contundentes, como así también el uso de otros elementos que se blandían entre sí de modo amenazante, como es el uso de tablas que sacaron del espacio de construcción/remodelación del Paseo Luis Huerta; de hecho, en primera instancia Talaguirre toma una tabla de importantes dimensiones, que la parte con fuerza sobre el asfalto y con uno de esos trozos la exhibía en forma amenazante hacia el sector donde estaban Valdéz y Aranda. La situación siguió así por escaso tiempo, produciéndose también una corrida o persecución de los últimos nombrados a Talaguirre, portando incluso uno de los antes nombrados un trozo de tabla de los que antes había partido el imputado en el piso. Se produce un forcejeo, acometimiento físico o riña entre Talaguirre, Mateo Valdez y Aranda por espacio de unos segundos, la que se dio unos metros al norte [d]el emplazamiento antes referido (447).

De esa situación, Valdéz y Aranda vuelven sobre sus pasos, por Espínola hacia el Sur, persuadidos por Silvana Valdéz (hermana del primero), que en todo momento trató de intervenir para hacer cesar la

situación de conflicto que se había dado». «Así, los hermanos Valdéz y Aranda continúan su marcha hacia el Sur por calle Espínola y aparece en escena una joven, caminando por Espínola al Norte, que resulta ser Mara Janet Sánchez, la que pasa junto a los Valdéz y Aranda, caminando en forma normal o regular (sin correr o sobrepaso).

Así, Sánchez llega a encontrarse con Talaguirre, quien también había regresado unos pasos por Espínola hacia el Sur, habiendo tomado previamente un elemento contundente del sector de la [o]bra en construcción, el que portaba en su mano derecha, (escuadra de construcción) y continuando con su marcha hacia el Sur, es decir, hacia el sector por donde se habían retirado los Valdéz y Aranda. Allí, Sánchez interviene con intenciones de detener la marcha de Talaguirre, aparentemente para evitar que el mismo siga hacia el sector donde se encontraban o por donde se habían ido Valdéz y Aranda, en procura de lograr que cesara el conflicto.

Ésa situación descrita en última instancia dura unos segundos, con movimientos/pasos diversos de Sánchez y del imputado en un área ubicada sobre la propia calle Espínola, teniendo Talaguirre el elemento contundente en su mano derecha, -aunque en un momento el imputado tiró al piso el referido elemento, para luego, a los pocos segundos tomarlo nuevamente-situación de forcejeo durante la cual el imputado golpeó en el rostro a Sánchez, provocándole lesiones de carácter leves». «Tod[a] ésta situación de forcejeo/agresión entre Sánchez y Talaguirre fue observada por el joven Esteban Aín Soto Cuello, sereno de la obra en construcción del Paseo Luis Huerta, que estando en prestación de servicios, había observado la pelea o agresión mutua entre los primeros intervinientes (Talaguirre, los Valdéz y Aranda), y pocos momentos después observó la aparición de la mujer joven (Mara Sánchez) y también la situación de forcejeo que hubo entre ésta y Talaguirre, como asimismo cuando el nombrado golpeó a la joven; situación que motivó a Soto a procurar socorrerla o prestarle asistencia, por cuanto si bien pensó en llamar a la policía, también pensó -dado que había observado que Talaguirre tenía “un fierro” (una escuadra de construcción) en su mano- que aquél podía matarla si había demora en el tiempo.

La situación fue observada por Soto desde el área de unos de los puentes (precarios) emplazados sobre el canal al tiempo de la obra en construcción, puente que estaba a mitad de camino entre la garita de seguridad que tenía asignada Soto (sobre el lateral de calle Patricias Mendocinas), y el área donde se estaba produciendo el conflicto, es decir Espínola al 447 aproximadamente». «Así las cosas, Soto decidió y entendió que debía asistir o socorrer a la joven agredida y luego de rodear un sector de la tela (tipo jardín) que estaba emplazada a modo de límite del sector de construcción, corrió hasta el lugar donde se estaba produciendo el forcejeo y agresión de Talaguirre a Sánchez. Ésa carrera la frenó, intentó detener, al tiempo que se acercó a Talaguirre, quien ya para cuando Soto llegó hasta él, éste se había girado y ya se encontraba de frente para el lugar por donde venía Soto. Inmediatamente después Talaguirre le lanza un golpe a la parte superior del cuerpo de Soto (área de la cabeza), que no habría alcanzado a impactar de lleno por cuanto hubo una reacción defensiva de esquite por parte de Soto, pero inmediatamente -sin interrupción alguna- Talaguirre acompaña a aquel primer golpe abalanzándose sobre Soto y con un breve forcejeo, lo tiro al piso, quedando éste último boca arriba, ya dominado. Allí Talaguirre se incorpora y a escasa distancia del cuerpo de Soto (aproximadamente 50 cms.), con gran velocidad, comienza a efectuarle golpes con el elemento contundente (la escuadra de construcción, según Soto), a la zona de la cabeza de la víctima, golpeándolo preponderantemente en la zona central e izquierda de la cabeza, blandiendo el arma impropia con las dos manos [...], concretando al menos cinco golpes de ésta forma, hasta dejarlo a Soto inconsciente, inerte en el piso». «Luego Talaguirre (y Sánchez) se alejan un poco de Soto, unos pasos, para luego volver sobre el cuerpo de la víctima, pegándole Talaguirre un fuerte puntapié

en la cabeza a Soto, para después tanto el encartado como Sánchez moverse en las cercanías del cuerpo del sujeto pasivo, **(inconsciente en el piso)**, y segundos luego Sánchez darle dos puntapiés en el cuerpo a la víctima, en la zona media/inferior del cuerpo, para con posterioridad, ambos (Talaguirre y Sánchez) retirarse del lugar, caminando hacia el sector Sur de calle Espínola, habiendo quedado Soto inerte en el piso, inconsciente [...]» (fundamentos, fs. 19/20).

Para así decidir, el tribunal sentenciante valoró las declaraciones del Of. Ppal. José Miani –responsable de la División Delitos Tecnológicos de la Unidad Investigativa–, Esteban Aín Soto, Mara Sánchez, Silvana Alejandra Valdez, Mateo Raúl Valdéz y Lucas Matías Aranda. Asimismo, las videofilmaciones de las cámaras de seguridad del comercio «Baterías Toledano», el informe de la Unidad Investigativa, los exámenes físicos practicados respecto de la víctima Esteban Soto, del acusado y de Mara Sánchez, los informes de Policía Científica realizados sobre el cuchillo y el caño secuestrados, así como las demás constancias de autos.

2.- El recurso de casación de la defensa de Lucas Emiliano Talaguirre Castillo

El recurrente promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 474, incs. 1 y 2 del CPP por considerar que existen vicios de procedimiento y vicios sustanciales en la resolución que cuestiona.

En primer lugar, la defensa del acusado cuestiona la valoración probatoria que condujo al tribunal de la instancia previa a tener por acreditada que su defendido «quiso matar» a Esteban Soto.

En ese orden, considera que el tribunal de juicio afirmó que **Talaguirre Castillo** «comenzó a propinarle golpes de puño en la cabeza a su novia Mara Yanet Sánchez Peña», a pesar de que ello fue negado por la testigo. Entiende que, si bien la declaración de Mara Sánchez pudo fundarse en la intención de favorecer a su pareja –el acusado–, lo cierto es que no surge de las conductas desplegadas la noche de los hechos motivo alguno para que Talaguirre «castigue» a su concubina. Ello, si se tiene en cuenta que lo único que intentó Sánchez fue que el acusado se alejara del lugar y evitar conflictos.

Agrega que el sentenciante entendió acreditado que el acusado golpeó a su novia, basándose en una serie de lesiones que ella tenía en la cara, pero considera que no se ha tenido en cuenta que esas lesiones fueron producto de la primera pelea en la casa de Mateo Valdez y Lucas Aranda y que, de haber «castigado» Talaguirre a su novia con golpes de puño en la cara, no es posible pensar que sólo se produjeran las lesiones constatadas, dada la contextura física de su defendido.

Es por ello que estima verdaderos los dichos de la testigo aludida y señala que pensar que la pareja discutía y que Talaguirre le pegó en el rostro es una suposición forzada. Se agravia también de que el sentenciante haya tenido por cierto que Talaguirre Castillo tuviera «la intención de ultimarlo» [al sereno Esteban Soto], cuando de la declaración que emitió la víctima en la primera oportunidad surge que su defendido no tuvo intención de matar y sí de defenderse de la agresión –tal vez desmedida– de Soto. Señala que su defendido venía de una pelea, en la cual eran varios contra él solo, y que corría para no ser golpeado junto a su novia. Agrega que Soto apareció desde atrás, corriendo hacia Talaguirre, quien –previo aviso de su novia– se defendió en forma desmedida al pensar que era uno de los anteriores atacantes. La defensa expresa que no justifica el exceso de defensa de su asistido, pero tampoco puede pensarse que tuvo la intención de matar a Esteban Soto. Además, considera que, cuando la víctima se encontraba en el piso inconsciente, Talaguirre conocía plenamente que no estaba muerto y que, de querer ultimarlo, lo hubiera hecho. Destaca que en los fundamentos impugnados se sostuvo que «el autor debe ensayar un desistimiento activo, consistente en hacer algo que impida la producción del resultado» y es lo que sucedió en el caso, puesto que Talaguirre pudo, por sí, continuar con su actuar delictivo y no lo hizo.

Añade que, cuando el acusado vio que cesó el peligro por parte de Soto, cesó en su actuar en forma consciente, libre y nadie intervino para que él dejara de hacer lo que se propuso (en vía de suposición). La defensa del acusado pone de resalto que, en su primera declaración, Soto expresó «salí con el cuchillo en mi mano derecha que yo siempre tengo para defensa [...] cuando llegué vi que el pibe tenía en la mano una regla de construcción [...] él intentó pegarme [...] luego le pegué una piña en la cara, yo tenía el cuchillo en la mano, pero no sé si lo corté [...]».

En un momento la chica lo intenta defender a él, quiso sacarme el cuchillo y pegarme [...]. Luego el chico me pegó en la cabeza con un fierro».

Y que en la segunda declaración sostuvo que el cuchillo lo llevaba en el bolsillo de la campera y que no recordaba lo que declaró en la primera oportunidad. Sostiene que Mara Sánchez declaró en igual sentido que Soto en su primera declaración, por lo que —a su entender— de esos testimonios surge que Talaguirre se defendió del ataque intempestivo de Soto, aunque fuese con buenas intenciones. Agrega que lo relatado en esas oportunidades es el origen del altercado y debe ser meritudo al momento de resolver y determinar la pena.

Entiende que, de ese modo, también debe valorarse la conducta de su defendido después del hecho, al dirigirse a la casa de su novia. Señala que Talaguirre no pensó en una posible muerte, jamás pensó en la gravedad del caso, sino en una pelea. En virtud de ello, solicita el cambio de calificación de la figura penal endilgada al acusado por la de legítima defensa o exceso de la misma o, en su caso, una adecuada cuantificación de la pena impuesta.

En ese orden, expresa que, si bien el cuchillo en manos de Soto no se ve claramente en el video, sí lo menciona la propia víctima, por lo que no caben dudas acerca de esta circunstancia. Agrega que la única interpretación posible de la conducta de su defendido es que golpeó a Soto para defenderse y dejó las cosas ahí, que nunca lo quiso matar y que nunca hubo nada extraño o circunstancial para que Talaguirre no consumara el homicidio.

Sostiene que no lo ultimó porque no quiso hacerlo o desistió voluntariamente del delito de homicidio y que sabía que Soto estaba vivo cuando se retiró del lugar. Considera que, si bien es cierto que las lesiones que sufrieron Sánchez y Talaguirre no son de relevancia (leves), también lo es que fueron las que causaron los integrantes de la fiesta de cumpleaños. Destaca que las heridas de Sánchez fueron de aquel altercado y no causadas por Talaguirre.

En lo que concierne a la condena de su defendido por el delito previsto en el art. 205 del CP, concretamente respecto de la pena impuesta, solicita sea suplida por un resarcimiento económico destinado a un establecimiento sin fines de lucro.

Ello, si se tiene en cuenta que la imposición de una pena corporal trae aparejado un perjuicio irreparable para su defendido y no se condice con el principio de igualdad ante la ley, considerando el modo en que esos casos se han resuelto en los Juzgados Correccionales de San Rafael.

En función de lo expuesto, solicita se haga lugar al recurso, se cambie la calificación legal por la de legítima defensa o exceso en la misma y se sustituya la pena corporal impuesta por haber infringido el art. 205 del CP.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General expresa que corresponde rechazar sustancialmente el recurso de casación bajo estudio, en tanto la sentencia impugnada se encuentra debidamente fundada y en ella se han valorado debidamente, y en conjunto, las pruebas que acreditan la autoría del acusado en el hecho atribuido.

Agrega que el sentenciante evaluó todo el material probatorio reunido, resultando de fundamental relevancia el video de vigilancia del local comercial «Baterías Toledano», los informes que constatan las lesiones físicas de Talaguirre, Sánchez y Soto, así como sus declaraciones testimoniales, todo lo cual da cuenta de la agresión acometida por el primero respecto del último.

Finalmente, señala que el tribunal de juicio se expidió respecto a los cuestionamientos relativos a que Talaguirre se defendió legítimamente, se excedió en la legítima defensa, llevó a cabo un delito de lesiones o desistió voluntariamente del delito, entendiendo que todas estas versiones se encontraban huérfana de pruebas.

De conformidad con ello, considera que el recurso interpuesto no puede prosperar.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Por diversas razones estimo que corresponde rechazar el recurso de casación deducido por la defensa de Lucas Talaguirre, en tanto no se advierte en la resolución cuestionada falencias que habiliten su revocación. Paso a explicarlo.

Tal como surge del escrito recursivo, la defensa centra su planteo en el cuestionamiento sobre la valoración probatoria llevada a cabo por el sentenciante a partir de la cual consideró que los hechos, que consideró acreditados, debían encuadrarse en el delito de homicidio simple en grado de tentativa.

En ese orden, se agravia en la valoración de una serie de pruebas que darían cuenta de que el acusado se defendió legítimamente (a.-), se excedió al repeler la agresión (b.-), no tuvo la «intención de matar» (c.-) o, en último lugar, desistió voluntariamente del delito (d.-). Esta panorámica de posibilidades conduce, según la defensa, a la absolució del autor o, dado el caso, una condena por lesiones graves consumadas. Corresponde aclarar que esta argumentación constituye una reiteración de aquella expresada al momento de alegar.

Por ello, realizaré un análisis de las respuestas brindadas por el juez a cada una de ellas, con el aporte de razones adicionales que permitan verificar sus conclusiones y, así, también la sentencia puesta en tela de juicio.

En última instancia dedicaré una serie de párrafos a los cuestionamientos condena por infracción al art. 205 CP (e.-).

a.- Legítima defensa.

a-Más allá de la intensa discusión que atraviesa la conceptualización del instituto de la legítima defensa, existe un consenso prácticamente unánime respecto a que su procedencia exige verificar: una agresión ilegítima; falta de provocación suficiente del agredido; y, la necesidad racional del medio empleado para impedir la agresión o repelerla. La defensa sostiene que Talaguirre fue agredido por Soto y que al golpearlo se defendió –acaso en exceso– de este.

Para ello, se basa en la declaración del acusado y en las manifestaciones de su novia, Mara Sánchez, las cuales a su entender habrían sido incorrectamente valoradas por el sentenciante. Talaguirre afirmó al momento de declarar que Soto portaba un cuchillo y que lo atacó. Este sentido, dijo: «...aparece una persona atrás, aparece un chico atrás, que yo no lo veo, me dice Mara, la Mara me dice “guarda atrás” me dice ella, cuando yo giro la cabeza, veo una persona, una persona de negro, con un cuchillo en la mano, no alcanzo ni abrir ni a cerrar los ojos que ya lo tengo encima de mí, él me pega como un cuchillazo y yo me alcanzo a agachar, me pega un cuchillazo...no sé lo que tenía en la mano (yo), creo que tenía un pedazo de hierro, en eso de que me pega reacciono sin intención alguna, porque no tengo intenciones de matarla

a esa persona, sentí que era mi vida...”, [...] “...sentí que tenía que defenderme porque ya me había largado un cuchillazo y me lo había pegado y eso, cuando me termino de defender, salgo caminando con Mara...sentía un dolor como atrás de la oreja, cuando yo me toco tenía sangre, le dijo a Mara “el me pegó un cuchillazo acá en la oreja”, me dice: “realmente yo no lo ví... el cuchillazo, pero sí lo ví que venía con el cuchillo, que se te encimó él a vos...”» (citado por el juez en los fundamentos de la sentencia, p. 10) Por su parte, Mara Sánchez declaró que «...[q]uería volver [Talaguirre] y yo lo tironeaba y le decía que no, que nos fuéramos a la casa. En ése momento veo que vienen corriendo con un cuchillo y nunca me imaginé que venían a ayudarme, porque sinceramente Lucas no me estaba pegando, lo primero que pensé era que venía a atacar.

Así que le pego el grito a Lucas. En ése momento se da vuelta y reacciona a pegarle directamente [...] Lucas estaba enfrente mío y yo estaba mirando para dónde venía el chico...Yo me acuerdo que lo veo y le pego el grito a Lucas ([¿]y éste que hace?, preguntó el Fiscal), ...se da vuelta y le pega... ([¿]le pega con la mano?), ... No, con un fierro» (fundamentos, p. 11).

Esta teoría del caso de la defensa no escapó al análisis del juez y fue correctamente refutada con base en dos pruebas: el video de seguridad del comercio «Baterías Toledano» y el resultado del informe médico practicado por el doctor Fernando Emilio Barrera al acusado el día de los hechos.

En el video de seguridad, una de las pruebas centrales del hecho, se aprecia que, si bien es cierto que Soto aparece corriendo desde el sector Norte, claramente se ve que el mismo se frena y casi detiene su marcha cuando llega hasta el imputado y es éste quien comienza la agresión que termina en las graves consecuencias lesivas para la víctima. Por su parte, el informe físico practicado al acusado el día 12 de junio del año 2021 a las 17.29 hs. por el médico forense Fernando Emilio Barrera (cuyo informe se encuentra agregado a fs. 110), da cuenta de las lesiones observadas en la superficie corporal del acusado: «Hematoma occipital de 03 cm. Hematoma frontal izquierdo de 02 cm. Tumefacción del dorso de la mano izquierda sobre 4to y 5to carpiano. Excoriación lineal de 10 cm que se extiende en el malar izquierdo. Excoriación de 08 cm que se extiende desde el párpado inferior izquierdo hasta el pómulos. En la región del hemitórax izquierdo lateral izquierdo y flanco izquierdo se observa múltiples escoriaciones lineales en número de 11, paralelas entre sí que podrían corresponder a lesiones ungueales». El juez consideró que estas lesiones no son compatibles con el ataque que Talaguirre le atribuye a Soto y las lesiones cortantes que le habría ocasionado.

En este sentido, el juez puntualizó que en «el video se puede ver que Soto nada lleva en su mano derecha, y que es Talaguirre quien primero acomete contra la víctima, éste reacciona en modo defensivo lanzando o estirando su mano derecha que golpea o toca la parte posterior (la espalda) de Talaguirre.

De ser cierto que Soto hubiera tenido un cuchillo en la mano en ése momento, se podía haber verificado algún tipo de lesión punzante o cortante en la zona de la espalda de Talaguirre, lo cual no fue advertido por el forense que lo revisó pocas horas después del hecho» (fundamentos, p. 28).

Durante la investigación penal preparatoria Soto declaró que al escuchar que Talaguirre golpeaba a su novia, salió con un cuchillo en su mano derecha para llevar a cabo una eventual defensa de la mujer y, después, en sede de debate, afirmó que el cuchillo lo llevaba en el bolsillo de la campera y no lo utilizó. Este matiz en su declaración fue analizado por el tribunal de juicio y considerado irrelevante.

Ello, en primer lugar, con base en el video de vigilancia, en el que no se advierte que Soto utilizara el cuchillo y, en segundo lugar, en la ausencia de lesiones constatadas en el cuerpo de Talaguirre. También fue ponderado por el sentenciante el hecho de que Soto declaró que llevaba el cuchillo en su mano derecha, mientras que es zurdo.

El juez consideró, respecto de este último indicio que, de haber utilizado el cuchillo, lo habría hecho con la mano hábil y no con la derecha. En suma, respecto de esta primera crítica, coincido con el temperamento del tribunal de juicio cuando descarta de plano la hipótesis defensiva en torno a una suerte de agresión ilegítima de parte de Soto a Talaguirre y afirma: «esto no ocurrió, porque Soto no llevaba en sus manos un cuchillo, y si bien es cierto que Soto aparece corriendo por el sector norte de donde estaban Talaguirre y Sánchez, éste lo hace -conforme dijo Soto- por la agresión que advirtió del chico a la mujer (de Talaguirre a Sánchez), lo que también tiene por acreditado éste Tribunal más allá de los relatos negativos del imputado y de Sánchez, porque lo cierto es el forcejeo que se dio entre estos últimos, observado en el video, y las lesiones certificadas en Sánchez que se corresponden con lo que vio Soto y que lo motivó a actuar en defensa de la mujer» (fundamentos, p. 29).

En definitiva, **la teoría del caso de la defensa no consigue pasar el test de validación que amerita el instituto de la legítima defensa ya en relación con el primero de sus requisitos.**

Esto en razón de que la prueba obrante en autos verifica que Talaguirre no fue agredido por Soto, sino que, a la inversa este fue víctima del acometimiento del acusado cuando quiso defender a Mara Sánchez. De esto se deriva que, si no existe aquella primera circunstancia, entonces el segundo de los requisitos de esta causa de justificación tampoco se encuentra satisfecho.

Me refiero a la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión, en tanto la supuesta acción defensiva consistió en repetidos golpes en la cabeza con una escuadra de construcción. En este sentido, como dije en **«Ramirez Alcalde»** me parece central recordar que «la legítima defensa, en tanto eximente de responsabilidad personal en el nivel de la antijuridicidad del comportamiento, requiere verificar la competencia del agresor por la arrogación de un ámbito de organización ajena [...] y esta constatación tiene gran trascendencia, pues el sentido de la reacción del agredido en legítima defensa –o en exceso– ha de estar necesariamente vinculado tanto con la arrogación de su ámbito de organización como con la negación de su personalidad.

En efecto es el comportamiento previo del agresor el que lo obliga a tolerar la acción defensiva en tanto único competente por el conflicto». En conclusión, la defensa pretende trastocar el sentido que aportan las pruebas obrantes en la causa y así invertir los roles de cada uno de los intervinientes: Talaguirre como agredido y a Soto como agresor. Como se dijo, la adecuada valoración del plexo probatorio desvirtúa esta visión de los hechos.

b- Exceso en la legítima defensa

b.- **Descartada la existencia de una agresión ilegítima** de Soto contra Talaguirre, lógicamente, corresponde **descartar también un posible exceso en la legítima defensa.**

Sobre esta cuestión no son necesarias mayores consideraciones, en tanto el exceso presupone la concurrencia de todos los requisitos de aquella causa de justificación.

c- Animus necandi. Intención-elemento subjetivo distinto del dolo-. Figura de homicidio simple

c.- Bien, en los puntos a y b se confirma, tal como se hizo en la instancia previa, que el comportamiento desplegado por Talaguirre el día de los hechos no se explica excepcionalmente por un contexto justificante.

Corresponde determinar ahora si tuvo **la «intención» de matar** a Soto al momento de agredirlo.

Subsidiariamente a la **existencia de un contexto justificante**, la defensa sostiene que el acusado nunca quiso terminar con la vida de la víctima.

Como mucho, actuó con dolo de lesiones graves.

Este planteamiento también debe ser descartado de plano.

Antes que todo, es necesario recordar que **es incorrecto identificar intención con dolo – independientemente de que en el registro coloquial podamos discutir su conveniencia pedagógica–.**

El dolo es conocimiento de la realización del tipo objetivo.

La intención, como tal, configura un elemento subjetivo distinto del dolo (sobre ello, véase mi voto en «Barrionuevo Tarragona»).

La defensa sostiene que el acusado **no conocía que estaba creando con su agresión un peligro de muerte** para con el agredido. Esta idea, no puede ser compartida. No solo por el **medio utilizado**, sino por la intensidad de su uso, así como por la conducta posterior a cesar con la golpiza.

Concepto de dolo

Sobre mi concepto de dolo ya me he pronunciado en detalle en «**Quiroga Morales**», «**Colaiacovo**» y «**Barrionuevo Tarragona**».

En esas oportunidades sostuve que soy partidario de un **concepto de dolo objetivado**.

Esto significa que lo que interesa **es la entidad del peligro creado y el deber de conocerlo**. La voluntad no tiene ningún lugar en este entendimiento. También he dicho que el tipo subjetivo ha de probarse e imputarse.

No se trata aquí de **explorar la psiquis del sujeto** como lo hacían los causalistas naturalistas, sino que el dolo –o acaso la imprudencia– se atribuyen con base pruebas e indicios.

Nuevamente, el rendimiento probatorio del video de vigilancia permite echar luz sobre esta cuestión.

Ello en tanto, allí se observa que Soto se aproximó corriendo a Talaguirre y este se posicionó inmediatamente frente a él lanzándole un golpe con la escuadra de construcción, forcejeando brevemente y tirándolo al piso a Soto. En el suelo, la víctima permaneció boca arriba y el acusado encima de este, se incorpora, parándose y sobre el cuerpo de Soto y a muy corta distancia le aplica cinco golpes sobre la cabeza. Se puede observar en el video un primer golpe cuando ambos hombres están de pie y luego al menos cinco de esos golpes con la escuadra de construcción que dejan inerte a la víctima en el piso.

En un momento el acusado tomó el elemento contundente con las dos manos como si fuese un hacha (así describió el fiscal ese tramo de la ejecución del hecho al momento de alegar). Ya desde que cayó al piso el joven Soto no se observa que hubiera desplegado resistencia elocuente, ni aún por defensa instintiva; ya que el despliegue de violencia que acometió Talaguirre fue muy rápido y brutal. Soto quedó tendido en el piso, sin reacción, y allí tanto el acusado como Mara Sánchez se alejan escasamente del mismo –unos pasos–, para luego volver Talaguirre y darle un fuerte puntapié en la cabeza a la víctima.

Ahí las imágenes no son muy precisas, aunque permiten ver, antes de que la pareja se aleje del joven agredido, como Sánchez le da dos golpes de pie al cuerpo de Soto y Talaguirre –asimismo– parece escupir sobre la cara de la víctima. Luego de eso, el acusado junto con su novia se alejaron del cuerpo inerte e inconsciente de Soto. Conforme las constancias de autos, el elemento utilizado por Talaguirre fue un trozo de caño laminado (tubular) de 47 cms., de longitud (largo), por 4 cms. y 6 cms. –respectivamente– por cara; espesor de cada pared del caño de 1,5 mm; de casi dos kg. de peso; con otro caño de las mismas características soldado conformando una pieza en forma de “L”, que puede denominarse como “escuadra de construcción”, el cual fue recogido por el acusado de una obra en construcción del Paseo Luis Huerta. La víctima, de dieciocho años, al llegar al hospital fue diagnosticado con fractura y hundimiento de cráneo temporo-parietal izquierdo, con hemorragia subaracnoidea (véase informe de fs. 166), generándole secuelas permanentes en el habla y funciones motrices. Lesiones que dan cuenta del alto peligro que esa noche corrió la vida de Soto.

En este sentido, el doctor Cuaranta al declarar en sede de debate señaló que «la velocidad [de los golpes] fue muy significativa [y] al lugar al que las lesiones fueron dirigidas podrían haber provocado la muerte, ya que fueron numerosos golpes sobre la cabeza» (véase Fundamentos, p. 18).

De tal manera, no quedan dudas de que Talaguirre generó un peligro de muerte al golpear con una escuadra de construcción repetidas veces al sereno que intentó impedir que continuara con la agresión a su novia.

No se advierte error alguno sobre la conducta desplegada que pudiera poner en duda que conocía el alcance de su conducta y el riesgo que generaba para la vida de Soto. En síntesis, se trata de un homicidio doloso.

d- Desistimiento voluntario.

d.- En último lugar, la defensa sostiene que, en el caso de que se estime que su defendido intentó matar a la víctima, debe considerarse su desistimiento voluntario.

En pocas palabras, el letrado defensor sugiere que en todo momento el acusado sabía que Soto estaba vivo y postula que el cese de la agresión demuestra su voluntad contraria a matarlo.

Dicho de otro modo, Talaguirre podría haberlo seguido golpeando hasta matarlo y no lo hizo.

Esta visión de los hechos debe ser descartada por enfrentarse al sentido de la prueba y desconocer las reglas que atraviesan el instituto de la tentativa y el desistimiento.

Ya dije que la agresión de Talaguirre **es típica de homicidio simple**.

Si bien este delito **no avanzó hasta el estadio de la consumación**, resta determinar si fue **por causas ajenas** a la voluntad del acusado o si, por el contrario, fue producto de un desistimiento voluntario del autor.

La defensa sostiene que se trató de un desistimiento voluntario del autor, en cuanto podría haber continuado ejecutando golpes y, llegado un punto, se detuvo en su acometimiento.

El juez, por su parte, **con cita de doctrina especializada, refutó esta idea y rechazó un desistimiento voluntario. Coincido con este temperamento.**

La doctrina mayoritaria **niega la posibilidad de desistir después alcanzarse el estadio de la tentativa acabada.**

Con posterioridad a este punto de cesura del iter criminis, el autor hizo todo lo necesario para alcanzar el resultado o perdió el control del riesgo sobre el curso lesivo y, en consecuencia, la no producción del resultado no puede favorecerlo.

Como refirió el doctor Cuaranta, un solo golpe con la escuadra de construcción en la cabeza de la víctima podría haber terminado con su vida; Soto recibió al menos cinco. En el video se aprecia que el acusado continúa golpeando a la víctima a pesar de que esta se encuentra desmayada. Cesada la golpiza, se acercó su novia, Mara Sánchez, y le propinó dos puntapiés en la parte inferior del cuerpo. Ambos se alejaron, después de que Talaguirre pareciera escupir sobre el cuerpo de la víctima. En este sentido, el juez expresó que «[s]iendo así, y bajo la consideración de verificar en el accionar de Talaguirre una tentativa acabada sólo habría tenido eficiencia un desistimiento voluntario, si efectivamente de parte del imputado hubiere existido, luego de la brutal acción agresiva; un despliegue de actividad tendiente a procurar interrumpir y evitar el nexo causal de su acción, es decir, conductas de su parte en procura de evitar la muerte de Soto.

A

sí, cuanto menos podría haber pedido asistencia a los vecinos para que llamaran a emergencia, haber convocado al personal policial, detener vehículos para procurar una rápida atención de la persona atacada. Nada de eso ocurrió. Muy por el contrario, Talaguirre y Sánchez se retiraron por Espínola al Sur

y luego por Ortíz de Rosas al Este, en procura de llegar al domicilio de su madre, en el camino tiró, (se desprendió) del elemento contundente utilizado como arma impropia para agredir» (Fundamentos, p. 27).

Acaso si el acusado hubiese socorrido a la víctima podríamos discutir el sentido de este comportamiento pero, muy por el contrario, procedió a retirarse rápidamente del lugar de la agresión. Fue el propio Soto que consiguió recomponerse y caminar hasta la comisaría más cercana y pedir auxilio antes de comenzar a convulsionar.

En palabras del juez de la instancia previa: «[...] el propio actuar con vocación de supervivencia de Soto, la intervención policial y la asistencia médica, impidieron la consumación del resultado muerte.

Resultado que debe asumirse como querido por el encartado ante el violento ataque desplegado contra el joven Esteban Soto. Ergo, afirmo entonces el elemento subjetivo típico a la figura penal en estudio, el dolo de matar que tuvo Talaguirre y que -sin fisuras- debe asumirse del brutal ataque que le propinó a Soto con un elemento contundente, que por sí solo y del modo que lo utilizó el imputado contra el sujeto pasivo tenía la aptitud suficiente para provocar la muerte de la víctima» (fundamentos, p. 24).

En suma, el homicidio no alcanzó a consumarse por circunstancias ajenas a la voluntad de Talaguirre. Formulado de manera coloquial, Soto no perdió la vida por azar y este no puede beneficiar la situación procesal del acusado.

e- Art. 205 CP

e.- Sobre la infracción al art. 205 CP .

Finalmente, con base en el principio de igualdad, la defensa solicita que se reemplace la pena impuesta por el delito previsto en el art. 205 CP por un resarcimiento económico destinado a un establecimiento sin fines de lucro.

Sin embargo, al momento argumentar su pedido no aporta argumento alguno que permita invalidar el razonamiento del juez de juicio al momento de individualizar la pena o que le posibilite a este tribunal evaluar la conveniencia de reemplazar la pena de prisión por un resarcimiento económico.

Por lo tanto, este agravio debe ser rechazado, al no ser concretado en las constancias de la causa y permanecer en un plano de abstracción que impide su evaluación.

En virtud de esas consideraciones, entiendo que corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión propuesta. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Adaro. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación deducido por la defensa de Lucas Emiliano Talaguirre Castilla y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 1532, dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. Cúmplase. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

24- CACCIA BARRIONUEVO. 26-12-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	-	-	-	PCE	-	-	A	-	CR CI	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=956>

Lex: Art. 84 -84 Bis; 79, 54, 90 y 20 bis del CP.

Vox: Homicidio **culposo**. Conducción antirreglamentaria. **Homicidio simple** con dolo eventual (dos hechos) y lesiones graves con dolo eventual, todo en concurso ideal.

Summa:

El TPC condenó al nombrado a la pena **de diez años de prisión con más la de inhabilitación especial** para conducir vehículos automotores por igual término como autor culpable y responsable del delito **homicidio simple con dolo eventual (dos hechos) y lesiones graves con dolo eventual, todo en concurso ideal** (arts. 79, 54, 90 y 20 bis, todos del CP) en los autos n° T-10189/18.

La defensa interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

El Procurador General entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La SCJM hizo lugar al recurso de casación deducido por la defensa técnica, casó el resolutive I de la sentencia dictada por TPC el que quedará redactado de la siguiente forma: «Condenar a José Osvaldo Caccia Barrionuevo, ya filiado en autos, en autos N° T-10189/18, como autor responsable del delito de **homicidio culposo agravado por la cantidad de víctimas fatales y lesiones graves culposas** (arts. art. 84 bis segundo párrafo última parte, 94 bis primer párrafo del CP; y, arts. 408, 409, 411, 415 y cc del CPP)», remitiendo a los fines que establece el art. 38 de la ley 9.106.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1759, pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Quiroga Morales. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=192>

b-CIDH

Doctrina citada.

Precedentes relacionados

a-SCJM

- Ver Ortubia Zabaleta. 29-03-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=760>

SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro.

Fallo

CUIJ: 13-06748493-7/1((018601-10189))F Y QUER. C/ CACCIA BARRIONUEVO JOSE OSVALDO P/ HOMICIDIO SIMPLE CON DOLO EVENTUAL (DOS HECHOS) Y LESIONES GRAVES CON DOLO EVENTUAL TODO EN CONCURSO IDEAL (ARTS. 79, 54, 90 DEL C.P.). (10189) (10189/18) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN*106005678*

En Mendoza, a los veintiséis días del mes de diciembre del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-06748493-7/1, caratulada "F. C/ CACCIA BARRIONUEVO P/ HOMICIDIO".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO; segundo, DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero, DR. MARIO D. ADARO.

La defensa técnica de José Osvaldo Caccia Barrionuevo interpone recurso de casación (véase expediente digital) contra la sentencia n° 1759 y sus fundamentos, mediante la cual el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial condenó al nombrado a la pena de diez años de prisión con más la de inhabilitación especial para conducir vehículos automotores por igual término como autor culpable y responsable del delito homicidio simple con dolo eventual (dos hechos) y lesiones graves con dolo eventual, todo en concurso ideal (arts. 79, 54, 90 y 20 bis, todos del CP) en los autos n° T-10189/18.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

I.- La sentencia recurrida

El tribunal de juicio tuvo por acreditado, con la certeza absoluta requerida para el dictado de una sentencia condenatoria, que «[...] el día 14 de diciembre de 2018 a las 18:50 horas, aproximadamente, José Caccia circulaba al mando de un vehículo Ford Fairlane, dominio RLO-467 por Avenida Gobernador Videla de Guaymallén, con dirección Suroeste a Noreste, a una velocidad no menor de 72,16 kilómetros por hora, siendo la máxima permitida de 60 km p/h. El estado de conservación de vehículo era malo y por lo tanto no permitía su correcto dominio. Al llegar a la intersección de la arteria mencionada con calle Matienzo, avistó un camión marca Iveco, dominio OPG-991, con semi dominio MJF-854, que cruzaba la avenida en sentido Noroeste a Sureste hacia Guaymallén. Caccia pretendió sortear dicho obstáculo por detrás del mismo y mediante una maniobra brusca e intempestiva de esquite se dirigió contra la vereda sur oeste de dicho cruce, lugar donde se encontraban Carla Elizabeth Pagliaricci, Abril Kruk Pagliaricci y Agustín Kruk Pagliaricci, a quienes embistió, ocasionándole graves lesiones. Como consecuencia de las lesiones sufridas Abril y Agustín fallecieron días después en el hospital Notti de Guaymallén Mendoza» (véase expte. digital).

Para decidir en tal sentido, el tribunal de la instancia anterior valoró, entre los elementos más relevantes: el acta de procedimiento e inspección ocular de fs. 1 y 23/34; el croquis ilustrativo de fs. 33; el informe de Policía Científica de fs. 626 vta. y fs. 235/249; el informe de evaluación física del Cuerpo Médico Forense de fs. 169; el informe de la Dirección de Vialidad provincial (actuaciones digitales nro. 131/134) y la declaración del acusado.

II.- El recurso de casación

La defensa técnica de José Caccia interpone su recurso en función del art. 474, incs. 1 y 2 del CPP, en tanto entiende que la resolución atacada adolece de vicios sustanciales y de procedimiento.

En concreto, y relacionado con la valoración de la prueba por parte del tribunal de la instancia previa, refiere que:

a.- El tribunal no habría valorado correctamente el estado de los neumáticos y del sistema de frenos del vehículo en el que transitaba el acusado. Específicamente, hace referencia, por un lado, al informe del electromecánico Barquero (fs. 693/696), del que surgiría que no se pudieron determinar las condiciones del vehículo con anterioridad al accidente; y, por otro, al informe de Policía Científica (fs. 237 vta.).

Lo anterior verificaría que el vehículo que conducía José Caccia, si bien era antiguo, no se encontraba en mal estado de conservación y reunía los requerimientos necesarios para circular. Una conclusión contraria, afirma el recurrente, atentaría contra el principio in dubio pro reo.

b.- La velocidad permitida era de 60 km/h y a la que transitaba su defendido era de 72 km/h, esto es 12 km/h de exceso de velocidad. Ello, no manifiesta un holgado exceso en los límites de velocidad.

c.- No se habría acreditado el dolo de homicidio en el acusado, en tanto intención de cometer este delito. Por su parte, en el nivel de la aplicación del Derecho, postula que:

d.- Los hechos habrían sido incorrectamente calificados, pues no se trataría de un comportamiento doloso –doble homicidio simple y lesiones dolosas–, sino de uno culposo –doble homicidio imprudente calificado por la conducción antirreglamentaria de un vehículo con motor y por ser más de una las víctimas fatales y lesiones imprudentes–.

Por lo expuesto, solicita que case la sentencia y se ordene el cambio de calificación a los hechos atribuidos en autos.

Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General entiende que corresponde rechazar sustancialmente el recurso de casación interpuesto y, en consecuencia, confirmarse la validez de la sentencia impugnada.

Argumenta, en esta línea, que la defensa analiza en forma aislada e inconexa la prueba obrante en autos, perdiendo de vista la visión de conjunto que fundamenta el temperamento del tribunal de la instancia anterior.

En concreto, refuta el punto de vista defensivo en relación con el estado de conservación general del vehículo, el estado de los neumáticos y el estado de los frenos. Para ello, valida la interpretación del informe del Ing. Barquero llevada a cabo por el tribunal de juicio.

Agrega que la toma de postura anterior se deriva de la observación de las pertinentes fotografías de las que, a simple vista, surge que el neumático delantero izquierdo y el neumático trasero izquierdo se encontraban casi sin dibujo.

Respecto de la velocidad a la que transitaba el acusado, el Procurador sostiene que excedía la permitida, independientemente de que la defensa intente minimizar este dato.

Por último, en relación con la calificación legal, explica que ella se encuentra debida y extensamente fundada, apoyada por cita de doctrina y jurisprudencia.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa de José Caccia Barrionuevo considero que, por las razones que a continuación se exponen, debe hacerse lugar a la impugnación.

De manera preliminar, más allá de las dificultades técnicas que presenta la resolución del caso que nos ocupa, no puedo dejar de señalar que las consecuencias tan graves y tan dolorosas que ha tenido este hecho conmueven de forma incomparablemente a los familiares de las víctimas y afectan de forma evidente a la comunidad en su conjunto. Sin embargo, sin perjuicio del rol objetivo que ocupó como juez del caso, el hecho también me conmueve profundamente en lo personal.

Ahora bien, esta dimensión emocional que presenta el caso no puede ser el barómetro para resolverlo desde el punto de vista jurídico. Dicho con otras palabras, el enorme dolor que genera que las víctimas fatales de este hecho sean niños pequeños y que su madre haya sido gravemente lesionada, no puede constituirse en la razón para transformar en doloso un caso que evidentemente luce como gravemente imprudente.

En efecto, estamos ante un supuesto que no sólo nuestras leyes penales definen como imprudente, sino que además así es resuelto de manera prácticamente unánime por los jueces de toda nuestra Nación. A ello, habría que agregar que no encuentro criterio doctrinario que –sin ser tergiversado– pueda llegar a la conclusión de que nos encontramos ante un caso de dolo y no de imprudencia.

Me atrevo a señalar que un caso como el que constituye el objeto de este proceso sería resuelto como imprudente, y no como doloso, tanto por la doctrina continental europea –que se aplica fundamentalmente en Alemania, España, Portugal, Italia y en prácticamente toda la región latinoamericana–, como también por la doctrina anglosajona.

En otras palabras, las consecuencias irremediablemente trágicas del hecho cometido por Caccia, no pueden constituirse en la razón para legitimar una manipulación del principio de culpabilidad sobre la base del cual se asienta nuestro sistema constitucional de atribución de responsabilidad penal.

En un Estado democrático de Derecho, también se **«afianza la justicia»** cuando el caso traído a juicio se resuelve con autonomía y objetividad, esto es, de acuerdo con la ley, la doctrina y la jurisprudencia, y no según lo que eventualmente pueda ser interpretado por el juez o la jueza como aquello que demanda el «clamor popular» o el «humor social».

Una sociedad democráticamente organizada está obligada a garantizar esta independencia del Poder Judicial. Si la justicia carece de esas condiciones constitucionales, no hay República ni Estado de Derecho posibles.

Sobre la base de estas consideraciones, me ocuparé en primer lugar de los problemas vinculados a la valoración de la prueba (a), luego de los relativos a la tipicidad subjetiva (b) y, finalmente, concluiré (c).

a.- Consideraciones sobre los cuestionamientos de la defensa vinculados con la valoración de la prueba

a.1.- El estado de conservación del vehículo

En primer lugar, para analizar la procedencia del recurso interpuesto, considero que debemos preguntarnos: ¿Se encontraba en condiciones de circular el Ford Fairlane en el que se desplazaba José Caccia? Y si la respuesta a esta pregunta es negativa, entonces ¿qué tan malas eran las condiciones del rodado? Estas cuestiones fueron controvertidas por las partes durante todo el curso del debate.

El tribunal de la instancia previa consideró que el Ford Fairlane en el que transitaba el acusado al momento del hecho no se encontraba en condiciones de circular. En apoyo de esta tesitura explicó se trataba de un automóvil con más de cincuenta años de antigüedad y con un desgaste acentuado, según el informe practicado por el Ing. Barquero. Por otro lado, el tribunal de juicio consideró que «el estado general del vehículo era malo, [y en particular] el de las cubiertas muy malo».

Si bien el Ing. Barquero expresó en su informe que los neumáticos se encontraban en «regular estado», debe destacarse que no se le preguntó en sede de debate a aquel profesional sobre el alcance de esta apreciación. Para despejar la equívocidad de este extremo del informe, el tribunal sentenciante estimó – a partir de las fotografías adjuntas a fs. 693/696– que los neumáticos izquierdos «prácticamente carecían de dibujo». Coincidió con este temperamento.

En este marco, el tribunal entendió que «no pudo establecerse si el sistema de frenos funcionaba correctamente o no», ya que éste no pudo ser examinado.

Esta conclusión es una derivación razonada del resultado del hecho de que le asiste razón al acusado respecto de que los frenos funcionaban con anterioridad al siniestro –pues de otro modo no hubiese podido frenar en el semáforo anterior al lugar del siniestro o parar a cargar gas–, así como de las dudas relativas a si el rastro denominado «indicio uno» era un indicio de rodamiento o de frenada (véase pericia de Policía Científica a fs. 235/249).

En función de ello, puede señalarse que el vehículo no se encontraba en condiciones de circular, lo cual se comprobó, en particular, respecto del estado de los neumáticos.

a.2.- La velocidad del rodado

La defensa no discute la velocidad a la que se desplazaba su defendido, 72 km/h, excediendo la velocidad máxima permitida de 60 km/h (conforme lo estableció la pericia obrante a fs. 693/696). Sin embargo, sostiene que no se trata de un «holgado exceso en los límites de velocidad».

Respecto de la procedencia de este agravio, en primer lugar, entiendo que no ha sido debidamente concretado en el nivel de la interpretación del Derecho. Como es sabido, la velocidad de circulación segura es aquella que la ley denomina «precautoria» y que le permite tener «siempre total dominio de su vehículo» (art. 59 Ley provincial N° 9024), y ella puede ser distinta (menor) que la velocidad máxima, conforme las circunstancias en las que se desarrolle la conducción del rodado.

No obstante, en este caso se verifica que el conductor no solo infringió la velocidad precautoria, sino también la velocidad máxima al momento en que atropelló a las víctimas. Por ende, no puede compartirse la postura de la defensa respecto de que esta diferencia no sería suficiente para apreciar un riesgo jurídicamente desaprobado.

No caben dudas de que existió un riesgo jurídicamente desaprobado; tampoco de que éste se realizó en los resultados fatales ya conocidos (partidas de defunción de fs. 531/532 y necropsias de fs. 609 y 668/669). Ahora bien, no es menos cierto que la gradación de la velocidad a la que se desplazaba el autor –sumado al estado de conservación del vehículo– podrá repercutir en la entidad del riesgo creado.

Con entidad del riesgo creado, me refiero a la probabilidad objetiva de que la conducción del Ford Fairlane causara muertes y lesiones imputables a peatones y conductores. La mayor o menor probabilidad –de acuerdo con los lineamientos expuestos en el precedente **«Quiroga Morales»**– tendrá repercusiones sistemáticas en la tipicidad del delito imputado a nivel objetivo y subjetivo, una de las cuestiones centrales planteadas por el recurrente. Pero este tema lo trataré en detalle más adelante.

De acuerdo con lo expuesto, al momento del siniestro el conductor no solo infringió la velocidad precautoria de acuerdo con las condiciones de conservación del vehículo, sino también la velocidad máxima permitida (60 km/h), en tanto se desplazaba a 72 km/h.

a.3.- La prueba del comportamiento doloso

En tercer lugar, la defensa entiende que no se ha probado con el grado de certeza exigido por una sentencia condenatoria que el comportamiento del acusado fuera doloso. Para ganar en claridad

expositiva trataré este agravio en el acápite siguiente después de analizar el marco teórico que precede a la prueba del aspecto subjetivo del hecho.

b.- Sobre los problemas del caso en el plano del tipo subjetivo

Corresponde ahora tratar el aspecto subjetivo del hecho atribuido al acusado. En primer término, en lo que respecta a la determinación de los criterios teóricos adoptados para resolver el título de la imputación en el plano subjetivo. Una cuestión analíticamente previa al tratamiento de su prueba en el caso concreto. El desarrollo sucesivo continúa en la línea de mi postura en relación con las cuestiones planteadas en el precedente «Quiroga Morales».

b.1.- El criterio del tribunal de juicio

Analizadas las constancias obrantes en la causa, considero que no se verifica una probabilidad objetiva lo suficientemente alta como para considerar que el peligro creado por el autor fue un peligro de dolo.

El tribunal de la instancia previa, a mi modo de ver acierta cuando refiere que sostiene que la distinción entre dolo e imprudencia no es un problema reductible a la subjetividad del autor, sino que depende de una cuestión directamente relacionada con el tipo objetivo en tanto creación de riesgos prohibidos. Me remito sobre el tema a los precedentes en los que he desarrollado estos temas (a saber, «Quiroga Morales», «Colaiacono» y «Barrionuevo Tarragona», entre otros).

El tribunal de juicio, correctamente sostuvo que «los parámetros normativos son en definitiva los que establecen la cualidad prototípicamente lesiva o no del peligro generado por la acción del autor. Según la entidad del peligro típico creado por el autor, es posible distinguir entre peligro de dolo y peligro de imprudencia» (véanse los fundamentos de sentencia en actuaciones digitales).

Para sostener que el comportamiento desplegado por Caccia el día de los hechos fue típico de dolo, el juez sentenciante se valió esencialmente de dos argumentos: el mal estado de conservación del vehículo y la excesiva velocidad a la que se desplazaba.

En este sentido, expresó: «Valorada en función de esos parámetros normativos, la magnitud del peligro al que Caccia sometió a peatones que caminaban por la vereda del puente ubicado sobre calle Matienzo, intersección Av. Gobernador Videla, el día del siniestro fue muy elevada. Ello se deriva de un factor que considero medular y que no tiene que ver exclusivamente con la velocidad desarrollada por un vehículo en abstracto [...]».

Desde mi punto de vista los límites máximos de velocidad que establece la ley de tránsito se vinculan a un vehículo modelo que tiene carácter referencial, que, por su estado, sus elementos de seguridad, por su condición general puede, presentándose alguna de las infinitas vicisitudes que supone el tráfico automotor, responder adecuadamente en función del riesgo concreto al que se enfrenta el conductor [...].

En conclusión, la entidad del peligro para la vida y la integridad física de las personas creado por Caccia el día 14 de diciembre de 2018 era muy alta. Por lo tanto, en el plano del tipo objetivo es un peligro de dolo» (fundamentos de la sentencia).

Si bien ambos extremos no están discutidos (supra) –y en la sentencia abundan referencias a mi criterio expresado en el precedente «Quiroga Morales», la ley de tránsito y alguna posición de la doctrina– su verificación no alcanza para sostener que el acusado el día de los hechos llevó a cabo un comportamiento doloso.

En efecto, en la sentencia se trasladan consideraciones teóricas a la causa –en efecto, en un tramo se lee una cita textual de casi dos carillas del precedente «Quiroga Morales»– sin explicitar las razones que avalan la acogida favorable de la postura de la acusación pública y privada. Así, verifico saltos lógicos en

el iter argumentativo del tribunal de la instancia anterior que me convencen de la tesitura defensiva en cuanto a la falta de fundamentación del fallo.

b.2.- La correcta aplicación de un criterio objetivista del dolo al caso concreto

No reiteraré mi toma de postura sobre esta cuestión la cual, según entiendo, se encuentra suficientemente desarrollada en los precedentes ya referidos.

Según entiendo, la sentencia se encuentra, en este aspecto, infundada pues no explica de qué modo los hechos probados generarían un peligro de dolo. Dicho de otro modo, no se articulan las consideraciones fácticas con las consideraciones jurídicas y se intenta completar esta laguna lógica con citas de doctrina y jurisprudencia.

Soy de la opinión de que estos saltos lógicos en la sentencia del tribunal sentenciante se deben a cuestiones que sobrepasan problemas de lógica formal o de argumentación jurídica y, en rigor, tienen que ver con una cuestión bastante más sencilla: la gravedad –o peso normativo– de las infracciones viales verificadas en la persona de Caccia.

No existen dudas de que el vehículo Ford Fairlane se encontraba en mal estado de conservación y, si bien no pudieron obtenerse resultados claros en relación con el informe del estado de los frenos, sí se verificó con base en las fotografías obrantes en la causa que los neumáticos estaban gastados –sin dibujo–. Esto aconsejaría al conductor trasladarse a una velocidad que, para ser precautoria, debía ser menor a la máxima permitida de 60 km/h.

No obstante ello, Caccia condujo el rodado a 72 km/h, esto es, una velocidad que si bien excede en 12 km/h el límite reglamentario, como puede advertirse no se aparta exorbitantemente de él como para calificar el hecho como doloso. Igualmente, el mal estado de conservación del vehículo debe ser evaluado con un criterio ex ante, en el que influye el hecho de que pudo frenar en el semáforo anterior a la esquina del siniestro y parar a cargar gas momentos previos a llegar a calle Matienzo. Brevemente, el estado del vehículo en el que circulaba el imputado no constituye por sí sola una buena razón jurídica para afirmar que Caccia mató dolosamente a las víctimas.

Pues bien, los extremos anteriores no fueron analizados por el tribunal sentenciante en toda su amplitud, no sólo respecto de la entidad del riesgo causado –la cual considero es de intensidad intermedia propia de una imprudencia grave– sino, además, respecto del conocimiento del índice de riesgo. La correcta respuesta mecánica del coche en los momentos anteriores al suceso no fue analizada como un factor que pudiera llevar a error al conductor en relación con la posibilidad de generar daños a terceros.

Esto último es confirmado por el hecho de que Caccia circulaba en el automóvil junto con su esposa, su hijo de dos años y sus dos cuñadas. En consecuencia, probabilidad objetiva y conocimiento del riesgo no fueron suficientemente explicados en la instancia previa para sostener la imputación a título de dolo. Respecto de la primera, no se explica debidamente por cuál razón el tribunal consideró que la conducción antirreglamentaria de Caccia, el día de los hechos, debe considerarse una conducción propia del homicidio doloso. Piénsese que el art. 84 bis CP agrava el homicidio imprudente cuando el autor se exceda en más de 30 km/h del límite de velocidad máxima, mientras que en el caso de autos se excedió únicamente en 12 km/h de la máxima y, es posible que en mayor medida de la velocidad precautoria –que, como sabemos, por el estado de conservación del automóvil debió ser menor a la máxima–, pero sin embargo ésta no es determinada con precisión en ningún momento de la sentencia. Dicho de otro modo, no se sabe a ciencia cierta cuál era la velocidad precautoria a la que debía circular Caccia, dado el estado del vehículo y las características específicas de la zona, las cuales se consideraban normales respecto del

estado de la calzada, la iluminación y la visibilidad (véase informe de fs. 235/249 y complejo fotográfico SB1356-18).

Así, el tribunal trabaja con un segmento abierto de valoración, sin considerar casos claros de riesgos de imprudencia y casos claros de riesgo de dolo. Por ejemplo, el supuesto fáctico que da sustento al precedente «Quiroga Morales» es un caso claro de riesgo alto cuyas implicaciones no se concretan en la sentencia ahora analizada.

Respecto del conocimiento del índice de riesgo, se advierte la omisión de valoración de las circunstancias precedentes –respuesta del auto en momentos previos al accidente y traslado potencialmente autolesivo con familiares–, las cuales podrían ser indicios de error que cancelaran el conocimiento referido y condujeran a la imprudencia. Finalmente, la posibilidad de que existieran lesiones para las personas que se trasladaban en el coche junto con Caccia –su esposa, su hijo pequeño y sus dos cuñadas–, debe ser analizada como un indicio adicional de que nos encontramos frente a un comportamiento típico de imprudencia.

Sin embargo, no pierdo de vista que, aunque no se ha verificado en la sentencia un caso de dolo –el caso claro es el de «Quiroga Morales» en tanto concurrencia de factores de riesgo– no nos encontramos tampoco frente a un riesgo prototípicamente bajo de lesiones, es decir de imprudencia (art. 84 CP), sino posiblemente frente a un caso de imprudencia grave (calificada en el art. 84 bis CP por ser más de una).

c.- Conclusión

En resumen, de lo expuesto ha quedado suficientemente acreditado que existen elementos de convicción probatoria que nos permiten concluir, con el grado de certeza propio de esta etapa procesal, que la grave infracción del deber objetivo de cuidado en el tránsito vehicular cometida por parte del imputado constituye la razón que explica las muertes y lesiones de las víctimas.

Esta infracción de los deberes de aseguramiento en el tráfico supone un clásico ejemplo de peligro propio de la imprudencia.

La teoría objetivista del dolo, bien utilizada, llega en este caso a la misma conclusión que la teoría de la voluntad utilizada por mis colegas, en el sentido de que el caso de autos no puede ser calificado como doloso.

En el caso de la teoría de la voluntad, precisamente porque falta la voluntad. En el caso de la teoría de la probabilidad objetiva, porque no está constatado que el peligro concreto generado por el autor sea un peligro que la doctrina califica como **«peligro de dolo»**.

En efecto, los partidarios de la teoría de la probabilidad objetiva –entre ellos, HERZBERG– señalan que es propio del delito imprudente el supuesto en que el autor genera un peligro que fácticamente está asegurado o cubierto por la atención humana. Precisamente el ejemplo de HERZBERG se da en el ámbito de los accidentes ocurridos en el tráfico vehicular, como clásicos peligros a los que el tipo objetivo aplicable es el imprudente. Dicho de manera drástica, para que –en este ámbito vial– la imputación sea dolosa, siguiendo el ejemplo de HERZBERG, **el autor tiene que haber «jugado a la ruleta rusa», tal como se corroboró en el caso «Quiroga Morales» (sobre esta cuestión, PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, 2011, El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental, Buenos Aires, Hammurabi, pág. 454).**

Quizás los dos indicios que demuestran con mayor evidencia que estamos ante un delito de homicidio y lesiones gravemente imprudentes son, por un lado, el hecho de que el imputado circulaba con su familia y, por el otro, la circunstancia de que el delito cometido contra la madre de las víctimas fatales, Abril y Agustín, fue calificado como lesiones dolosas. En cuanto a lo primero, hay que decir que cuando el hecho

cometido por el imputado no solo genera un riesgo de muerte para las víctimas sino también para sí mismo y para su propia familia, estamos ante un riesgo de pena natural que es lo específico de la imprudencia.

La posibilidad de autolesión o que el propio comportamiento genere el peligro de dañar a los seres queridos es una característica, según señala la doctrina, propia del delito imprudente más que del delito doloso. En cuanto a lo segundo, que el imputado haya sido condenado por las lesiones a Carla Elizabeth Pagliaricci, como lesiones graves dolosas y no como homicidio doloso en grado de tentativa, de algún pone en evidencia la falta de dolo homicida de Caccia respecto a Abril y Agustín.

En efecto, resulta inexplicable que el mismo hecho sea calificado como homicidio doloso respecto a las víctimas que murieron y lesiones dolosas respecto a la víctima que resultó solo lesionada, pues si hay dolo homicida y el resultado muerte no se produce por causas ajenas a la voluntad del autor, para ser coherente con ese razonamiento, el hecho debió ser calificado como tentativa de homicidio también respecto a Carla Elizabeth Pagliaricci. Que ni el Ministerio Público Fiscal ni el querellante particular hayan recurrido a esta figura respecto de la única víctima del hecho que no murió, de algún modo pone en evidencia la intuición de que la imputación dolosa del homicidio tiene más que ver con el dolor inconmensurable que genera la muerte de los niños, que con una derivación sistemáticamente razonada de la aplicación de las reglas de imputación.

En función de las razones expuestas entiendo que corresponde contestar de manera afirmativa a la primera cuestión planteada y, en consecuencia, casar el punto I de la sentencia recurrida.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

Si bien comparto la solución a la que llega mi colega de Sala en relación con la primera cuestión propuesta al acuerdo, entiendo pertinente realizar las siguientes consideraciones respecto a los criterios teóricos para calificar el aspecto subjetivo de un hecho en el ámbito de las lesiones producidas con motivo u ocasión del tráfico vial.

En lo pertinente, me interesa subrayar –Véase «Sanhueza», «Quiroga Morales», «Colaiacovo» y «Barrionuevo Tarragona», entre otros– que, según el marco teórico más difundido, el dolo se compone de conocimiento y voluntad.

Por ende, la diferencia entre el dolo y la culpa ha de buscarse en los factores intelectuales (lo representado) y los factores volitivos (lo querido).

Por ello, soy de la opinión de que el dolo consiste en conocer y querer la realización del tipo penal. De este modo, es indispensable para la conformación del dolo el componente volitivo. En efecto, la doctrina y jurisprudencia han incluido la voluntad como un elemento del dolo –por lo menos desde principios del S. XIX– resultando indiferente que este último fuera contemplado como un elemento del tipo o de la culpabilidad.

El tribunal de juicio, por el contrario, adscribió a un concepto de dolo que se construye a partir del componente intelectual. En una concepción de tal índole, el presupuesto mínimo que ha de estar presente para afirmar el dolo es que el autor haya tenido por posible el resultado.

Los criterios que proponen delimitar el dolo de la culpa únicamente en el marco de los elementos intelectuales se basan en la posibilidad de graduar cuantitativamente la producción del resultado típico. Estas comienzan por el mero «tener por posible» la realización del tipo penal y se incrementan, pasando

por la posibilidad seria, concreta o cercana, hasta llegar a la probabilidad, probabilidad preponderante o bien la representación de un peligro concreto.

La adscripción a la teoría del dolo como conocimiento al momento de resolver el título subjetivo de la imputación de Caccia, condujo al tribunal de juicio a afirmar, por un lado, que basta con el conocimiento de la peligrosidad de la conducta, junto con un perfecto conocimiento situacional, para concluir que existe dolo en relación con la eventual realización del resultado, más allá de la relación psicológica individual del autor con su hecho en tanto querer.

Como se explicó acabadamente en «Sanhueza» y «Quiroga Morales» comparto la posición normativa sostenida por la doctrina vigente, que conceptualiza jurídico-penalmente al dolo como la «determinación de la voluntad hacia el delito. Implica una resolución delictuosa, la cual, como tal exige que el autor comprenda la criminalidad del acto y que dirija su acción» **(Nuñez, Ricardo C., Derecho Penal Argentino, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, t. II, 1960, p. 48)**; interpretación que resulta de conformidad con lo previsto en el art. 34 del Código Penal y que, a su vez, exige el art. 149 de la Constitución de Mendoza, al prever que «Las sentencias que pronuncien los tribunales y jueces letrados se fundarán en el texto expreso de la ley, y a falta de ésta, en los principios jurídicos de la legislación vigente en la materia respectiva, y en defecto de éstos, en los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso» (el destacado me pertenece).

Dicho esto, entiendo que la premisa teórica de la que parten los jueces sentenciantes, a pesar de la viva controversia que atraviesa el tema, no se encuentra debidamente fundada en el texto de la ley, ni en los principios jurídicos de la legislación vigente en la materia o, en última instancia en los principios generales del derecho (arts. 148 y 149 de la Constitución de Mendoza). Por otro lado, como estableció mi colega de sala, aun cuando esta fuera asumida como opción teórica, no ha sido debidamente aplicada conforme las constancias de la causa. Ello así, el objeto del conocimiento de Caccia no ha sido debidamente delimitado. Los problemas anteriores se deben al apartamiento de la determinación del dolo sobre la base de presupuestos intelectuales-volitivos a los efectos de resolver las cuestiones sometidas a decisión, dejando de lado un criterio volitivo que respeta el concepto de acción causal voluntaria como sustrato del delito.

En lo concreto, quien conduce un automóvil con los neumáticos en mal estado de conservación, a (un leve) exceso de velocidad junto con su familia en horas de la mañana conoce el peligro que crea, pero no se encuentra acreditado que haya aceptado el resultado en que eventualmente puede concretarse ese riesgo. Por esta razón, el tribunal de juicio yerra, pues omite considerar el segundo elemento del aspecto subjetivo del hecho: la voluntad de menoscabo de la vida e integridad física de las personas, la cual no se ha acreditado en la acción de Caccia.

Con base en las consideraciones anteriores, entiendo corresponde contestar afirmativamente a la primera cuestión planteada y, en consecuencia, casar el punto I de la sentencia recurrida.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

Sobre la misma cuestión el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

En razón del resultado al que se llega en el tratamiento de la cuestión anterior, corresponde casar el punto I de la sentencia n° 1759, originaria del Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial, el que quedará redactado de la siguiente manera: «Condenar a José Osvaldo Caccia Barrionuevo, ya filiado en autos, en autos N° T-10189/18, como autor responsable del delito de homicidio culposo agravado por

la cantidad de víctimas fatales y lesiones graves culposas (arts. 84 bis segundo párrafo última parte, 94 bis primer párrafo del CP; y, arts. 408, 409, 411, 415 y cc del CPP)».

Consecuentemente, deberán remitirse las presentes actuaciones al Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial para que la OGAP siga el trámite de ley a fin de que se determine la pena aplicable al acusado. En tal sentido, resultando en este caso una situación análoga a la prevista en el art. 38 de la ley 9.106, y por ser esta ley posterior a la ley 6730 –y sus modificaciones–, corresponde en tanto resulte compatible, que se aplique el procedimiento previsto en el inc. b de la citada norma para la determinación de la pena (ver, al respecto, «Chacón Arroyo», «Reale Comba», «Gutiérrez Fernández», «Medina», «Arzuza», entre otros).

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas por su orden y diferir para su oportunidad la regulación de los honorarios profesionales.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se

RESUELVE:

1.- Hacer lugar al recurso de casación deducido por la defensa técnica de José Osvaldo Caccia Barrionuevo.

En consecuencia, corresponde casar el resolutive I de la sentencia n° 1759, originaria del Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera circunscripción Judicial, el que quedará redactado de la siguiente forma: «Condenar a José Osvaldo Caccia Barrionuevo, ya filiado en autos, en autos N° T-10189/18, como autor responsable del delito de homicidio culposo agravado por la cantidad de víctimas fatales y lesiones graves culposas (arts. art. 84 bis segundo párrafo última parte, 94 bis primer párrafo del CP; y, arts. 408, 409, 411, 415 y cc del CPP)».

2.- Remitir, en función del resolutive anterior las presentes actuaciones al Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial para que la OGAP siga el trámite de ley a fin de que se determine la pena aplicable al acusado. En tal sentido, resultando en este caso una situación análoga a la prevista en el art. 38 de la ley 9.106, y por ser esta ley posterior a la ley 6730 –y sus modificaciones–, corresponde en tanto resulte compatible, que se aplique el procedimiento previsto en el inc. b de la citada norma para la determinación de la pena.

3.- Imponer las costas por su orden y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro.

25- MIRANDA GREGORIO. 28-12-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 26	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	-	-	-	PCE	-	-	-	-	-	-	-	-	-	474 353

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=941>

Lex: Art. 79 del CP. Arts. 36, 42 inc. b, 43 incs. a y b, 45 primer párrafo, 52 inc. 1, 7 y 10 de la Ley de Tránsito 9024. Art. 353 inc. 1 del CPP. Art. 271 CPP.

Vox: Homicidio. Dolo eventual. Homicidio culposo. Sobreseimiento. Querellante particular.

Summa:

El TPC hizo lugar a los recursos de apelación deducidos por los defensores de Miranda Gregorio y Peca Flores y dispuso el **sobreseimiento** de los nombrados a tenor de las previsiones del art. 353 inc. 1 del CPP, en relación al delito atribuido.

El MPF y el **Querellante particular** promueven recurso de casación contra la resolución ut supra señalada. (Art. 474 CPP).

El Procurador General mantiene los recursos interpuestos.

La SCJM resolvió rechazar los recursos de casación interpuestos por el representante del Ministerio Público Fiscal y el representante de la parte querellante particular, remitiendo al Tribunal de origen a sus efectos.

Resolución cuestionada: Sentencia dictada para fecha 25-01-19, pronunciada por el TPC Nº 1-1° CJ.

Precedentes citados

Alcance de la competencia del tribunal en grado de apelación:

- Rojas Montenegro. 2018.

Archivo. Sobreseimiento.

- «Mogrovejo»

Doctrina citada.

SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro.

Fallo

CUIJ: 13-04724346-1/1((018602-10189)) FC/ MIRANDA GREGORIO CACCIA BARRIONUEVO Y PECA FLORES P/ HOMICIDIO CULPOSO AGRAVADO (10189) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104800949*

En Mendoza, a los veintiocho días del mes de diciembre del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04724346-1, caratulada "F. C/ MIRANDA GREGORIO, CACCIA BARRIONUEVO JOSÉ OSVALDO, PECA FLORES OSMAR S/CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. MARIO D. ADARO.

A fs. 127/133, el Titular de la Fiscalía de Instrucción N° 25 de la Unidad Fiscal de Delitos de Tránsito y, a fs. 176/190 el **Querellante particular** promueven recurso de casación contra la resolución de fs. 113/123 vta. de fecha 25 de enero de 2019, en tanto hizo lugar a los recursos de apelación deducidos por los defensores de Sergio Orlando Miranda Gregorio y Osmar Rodrigo Peca Flores y dispuso el sobreseimiento de los nombrados a tenor de las previsiones del art. 353 inc. 1 del CPP, en relación al delito atribuido en autos N° P-10.189/18. La resolución cuestionada fue dispuesta por el Dr. Jorge Coussirat del Tribunal Penal Colegiado N° 2 en el legajo N° T-10.189/18.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

1.- La sentencia recurrida

La resolución cuestionada, en lo pertinente para la solución del recurso, acogió la apelación promovido por los respectivos defensores de Sergio Orlando Miranda y Osmar Rodrigo Peca Flores, revocó la prisión preventiva dispuesta por el Juez Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial y dispuso el sobreseimiento de ambos. En relación a Sergio Miranda consideró que no se había acreditado la existencia de elementos de convicción suficientes para considerarlo partícipe responsable en los hechos, ya que no puso condición penalmente relevante respecto a los hechos. Respecto de Osmar Peca entendió que tampoco tuvo participación punible en el hecho investigado, motivo por el cual dispuso su sobreseimiento a tenor de las previsiones del art. 353 inc. 1 del C.P.P. Para así decidir el tribunal de la instancia anterior valoró las testimoniales de Juan Curia, Gaspar Granados, Romina Ochoa, actuaciones de fs. 90, 308 e informe técnico de fs. 235/249.

2.- Los recursos de casación del Ministerio Público Fiscal y del querellante particular

a.- El recurso del representante del Ministerio Público Fiscal

El representante del Ministerio Público Fiscal formula recurso de casación a tenor de las previsiones del art. 474 inc. 2 del CPP.

Refiere que la sentencia presenta una **errática valoración** de los testimonios rendidos, siendo algunos de ellos totalmente omitidos al momento de fundar la sentencia. Entiende que el juez de la instancia previa se ha apartado infundadamente de las constancias de la causa. Considera que las conclusiones a las que

llega el juez son contrarias a los postulados de la sana crítica racional y contradicen los principios de la lógica, la psicología, la experiencia común.

Afirma que se ha cercenado la capacidad genérica de investigación que tiene el Ministerio Público conforme el art. 2 del CPP.

Solicita que este Tribunal anule parcialmente la sentencia en relación a Miranda y Peca y devuelva al Ministerio Público Fiscal la capacidad genérica de investigación conferida a efectos de continuar con la investigación penal preparatoria respecto a quienes fueran inicialmente imputados por el hecho investigado en autos.

b.- El recurso del querellante particular

También formula recurso de casación el querellante particular a tenor de ambos incisos del art. 474 del CPP.

Expresa que en la sentencia de sobreseimiento se señala que Miranda y Peca no participaron en el hecho investigado y que, para realizar tal afirmación, se valoraron de manera errática las pruebas testimoniales incorporadas a la causa y se omitió ponderar otras pruebas.

Afirma que el juez de apelaciones infundadamente consideró que no se tuvieron por probadas circunstancias relevantes y que ello resulta contrario a la sana crítica racional pues contradicen los principios de la lógica, la psicología y la experiencia común. Señala que se ha producido el cercenamiento de la capacidad genérica de investigación atribuida al Ministerio Público Fiscal.

Considera que ha existido una errónea aplicación de la ley penal en razón de la equívoca valoración jurídica de los hechos que se tuvieron por acreditados.

Refiere que se desconoce la intervención indirecta de Peca y Miranda y que existe una causalidad acumulativa, ya que ambas fueron condiciones establecidas de manera independiente que actuaron conjuntamente para provocar el resultado final y consumaron el tipo objetivo de homicidio.

Hace reversa del caso federal.

3.- Dictamen del Señor Procurador General

A fs. 205 el Procurador General mantiene el recurso de casación promovido por el Fiscal de Instrucción contra la resolución de fs. 113/123 vta.

En tanto que a fs. 212, al contestar la vista correspondiente, refiere que en atención a la identidad de agravios y pretensión recursiva del Ministerio Público Fiscal y del querellante particular, se remite a los argumentos expuestos por el primero.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Analizados los recursos casatorios promovidos por el Fiscal de Instrucción, como por el querellante particular, y la resolución impugnada, adelanto opinión en el sentido de que no corresponde acoger las críticas formuladas.

Por ello, entiendo que debe confirmarse el sobreseimiento dispuesto en relación a Sergio Miranda y Osmar Peca. Esta conclusión deriva de los motivos que a continuación paso a exponer.

a) De forma preliminar estimo necesario señalar que en la presente causa se atribuyó a José Osvaldo Caccia Barrionuevo, Sergio Orlando Miranda Gregorio y Osmar Rodrigo Peca Flores el hecho que a continuación se señala: «[El] 14 de diciembre de 2.018 a las 19.00 horas aproximadamente en la intersección de calles Avenida Gobernador Videla y Matienzo de Guaymallén, SERGIO ORLANDO MIRANDA GREGORIO, quien se conducía en un camión marca Iveco, dominio OPG-991 con semi dominio

MJF-854, cruzó la calle Gobernador Videla de Guaymallén en sentido Oeste a Este sin esperar que el cruce de la misma no causara riesgos ni afectara la fluidez del tránsito de la misma, en violación a los arts. 42 inc. B y 45 inc. B de la Ley de Tránsito 9024». «Por su parte Osmar Rodrigo Peca Flores conducía un Volkswagen Gol, dominio FVX-534 en contramano por calle Matienzo de Guaymallén en sentido Este a Oeste, bajo los efectos del alcohol, sin autorización para conducir y sin seguro obligatorio, en violación a los arts. 36, 42 inc. b, 43 incs a y b, 45 primer párrafo, 52 inc. 1, 7 y 10 de la Ley de Tránsito 9024».

«Asimismo José Caccia Barrionuevo al mando de un vehículo Fairlane, dominio RLO-467, sin seguro obligatorio, y al ver obstaculizada su circulación por Avenida Gobernador Videla como consecuencia de las acciones de los conductores del Gol y del camión Iveco ya referidos, y conduciendo a exceso de velocidad, cuando el máximo permitido en la zona era de 20 kilómetros por hora por los trabajos que se realizaban en la misma, intentó esquivar el camión que a su vez iba a la par del VW Gol mediante una maniobra brusca e intempestiva hacia donde se encontraban las víctimas de autos, CARLA ELIZABETH PANGLIARICCI y los menores ABRIL KRUK PANGLIARICCI y AGUSTIN KRUK PANGLIARICCI, en violación de los arts. 36, 42 inc. b y 52 inc. 11 y 39 de la Ley de Tránsito 9024.

La acción de los ciudadanos ante referidos creó un peligro jurídicamente desaprobado, que se concretó en la muerte de los menores AGUSTIN KRUK PANGLIARUCCI y ABRIL KRUK PANGLIARUCCI y lesiones graves a la ciudadana CARLA ELIZABETH PANGLIARICCI, las cuales tenían un tiempo probable de curación e incapacidad para el trabajo mayor a un mes» (ver fs. 6 y vta.).

El hecho así descrito fue calificado como, homicidio simple con dolo eventual (dos hechos) y lesiones graves con dolo eventual todo en concurso ideal (arts. 79, 54 y 90 del CP). b) En fecha 3 de enero de 2.019, el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial dictó la prisión preventiva de Sergio Orlando Miranda, José Osvaldo Caccia y de Osmar Rodrigo Peca Flores –los tres imputados por el delito referido en el párrafo anterior–. A su vez, se rechazó el pedido de sobreseimiento planteado por la defensa de Peca Flores.

Esta resolución fue apelada y, originó la sentencia que aquí se cuestiona parcialmente. Concretamente, el juez penal colegiado señaló que: «[...] con respecto a la materialidad del hecho se encuentra debidamente acreditado que el día 14 de diciembre de 2018, siendo aproximadamente las 19 hs., en la intersección de av. Gobernador Videla y Matienzo de Guaymallén un vehículo al mando del Sr. José Caccia atropella a la ciudadana Carla Pagliaricci y a los menores Agustín Kruk y Abril Kruk provocando la muerte de estos dos últimos y las lesiones de la primera.

Esta circunstancia ha quedado debidamente acreditada por actas de procedimiento a fs. 1, declaraciones testimoniales de fs. 7 y 22 de los testigos Granados y Curia, e informe de policía científica a fs. 235/249. Además, este último informe ubica en el lugar del hecho también a un vehículo marca VW, modelo Gol al mando del Sr. Osmar Peca Flores, situación confirmada por el testimonio de fs. 208 del testigo Saavedra. Asimismo, de los testimonios e informes señalados, también surge la participación de un camión marca Iveco al mando del Sr. Sergio Miranda, constancia que ratifica la declaración testimonial de fs. 262 de Romina Ochoa».

En cuanto a la calificación legal por la que el Ministerio Público Fiscal imputó a los tres intervinientes Caccia, Peca y Miranda, esto es homicidio simple con dolo eventual, lesiones graves con dolo eventual todo ello en concurso ideal, refirió que: «[...] comparto lo señalado por Zaffaroni cuando señala que habría dolo eventual cuando según un plan concreto del agente la realización de un tipo es reconocida como posible, en este caso, una posibilidad de homicidio sin que ello provoque la renuncia a tal proyecto de acción teniendo en cuenta los datos de la realidad.

Además, a los efectos de la imputación, **adhiero a la teoría de la causalidad adecuada** que considera como causa aquella acción que según la experiencia es normalmente idónea para producir resultado. Esta teoría nos orienta a una solución correcta ya que penetra en el ámbito de la culpabilidad especialmente en los casos donde personas que en virtud de poseer determinado conocimiento especial puede prever las consecuencias de su obrar». «En este sentido se debe realizar una consideración de nociones, de constancia y reiteración temporal, que permitan la formulación de un juicio de regularidad.

De acuerdo a las constancias obrantes puedo señalar, que los tres imputados generaron las condiciones adecuadas para que el hecho muerte ocurriera, en la medida que no solo nos encontramos con conductas violatorias de la normativa del deber de cuidado, sino que media una clara relación de determinación entre la violación y la causa resultado.

Respecto a **Caccia violó deliberadamente la velocidad** máxima para el sector que transitaba situación que fue acreditada por los testigos [...]». Específicamente en relación a Miranda expresó que «[...] su proceder vinculado a la violación de las reglas de circulación y velocidad contempladas en los arts. 52 inc. 43 y 59 de la ley 9.024, generó una verdadera “pared” en la Avda. Costanera en un horario de tránsito intenso, esta circunstancia verificadas por testigos, como el testigo Granados a fs. 7 y 8, quien señala dicha circunstancia describiendo el tránsito del camión como paso de hombre.

Es importante señalar que el camión en cuestión es un vehículo con la fuerza y potencia como para traspasar dicha arteria a una velocidad adecuada y teniendo en cuenta la visibilidad existente, las condiciones de la vía, el tiempo y la densidad del tránsito, aspectos que no fueron tenidos en cuenta deliberadamente por Miranda, quien decidió cruzar la Avda. Costanera de una manera antirreglamentaria a expensas del riesgo que implicaba su conducta.

Situación que no podía desconocer en razón de **su condición de chofer profesional lo que implica una plena representación de las características fácticas que iba a involucrar el evento** y no tuvo una verdadera renuncia a evitar ese resultado». En cuanto a Peca sostuvo que «[...] su participación también implica un accionar reprochable en los mismos términos que Miranda, con su circulación en contramano fue partícipe de la obstaculización de la Avda. Costanera.

En este sentido se comparten los fundamentos de la teoría del caso el caso planteado por el ministerio público cuando señala que hay una culpabilidad acumulativa. Peca con un total desprecio por la norma y conociendo plenamente el riesgo de su conducta continuó por calle Matienzo cruzando Costanera, colaborando conscientemente en el desenlace fatal.

Es muy claro al menos con el grado de probabilidad que esta instancia nos permite, que, a diferencia de lo señalado por la defensa, Peca cruzó de manera concomitante al camión conducido por Miranda y perjudicó la circulación para luego colisionar con una camioneta Ranger estacionada en calle Matienzo». A ello agregó que «[...] doctrinariamente se considera que cuando después de **una primera acción interviene otro sujeto debe considerarse causal tanto el comportamiento del que puso la primera condición como los restantes.**

En síntesis, puedo señalar que en cada uno de los imputados no estamos frente a un homicidio culposo sino ante una decisión volitiva lúcida y consciente de la calidad normativa de su accionar lo que ha conducido a la comisión de un delito doloso, cometido con dolo eventual.

Un análisis diferente podría implicar la impunidad para todo aquél que a través de un manejo abusivo y extralimitado provoca situaciones luctuosas como las que hoy transitamos. Por lo señalado debo confirmar la calificación del ministerio público, rechazar el pedido de la defensa y dar por sentado la existencia de elementos de convicción suficientes de la participación punible de los tres encartados».

En cuanto a la procedencia de la medida de coerción expresó que «[...] existe un requisito de procedencia para la prisión preventiva que se aplica de manera común a los tres imputados y se vincula con lo dispuesto por el inc. 2 del art. 293.

Atento a la escala penal prevista, para el delito enrostrado, que claramente ampliamente, supera los tres años lo que implica la no procedencia de una pena de ejecución condicional [...]. [A]simismo opera un claro y contundente riesgo de fuga [...], también operan aspectos particulares como la carencia de arraigo laboral en el caso de Peca, como así también su flagrante postura anómica en relación al cumplimiento de las reglas de tránsito en la vía pública, respecto a Caccia la situación es similar brindando un arraigo laboral y familiar lábil, aspecto que se profundiza en el caso de Miranda al no contar con un domicilio en la provincia sin haber constatado hasta la fecha ninguna referencia familiar del encartado [...]» (ver registro audiovisual de la audiencia del día 3 de enero de 2.019, a partir del minuto 49).

c) La resolución del juez penal colegiado fue apelada, lo que originó la sentencia que en esta instancia se cuestiona. En ésta el juez de apelaciones consideró que la plataforma fáctica que prima facie se tuvo por acreditada en la instancia previa resultaba imprecisa, contenía referencias genéricas, por lo que se trataba de un caso de fundamentación aparente, sin respeto por las previsiones del art. 155 del CPP.

En este sentido, el juez del Tribunal Penal Colegiado en función de apelación que al modificar el avoque, el fiscal de instrucción varió la calificación asignada a los hechos –de homicidio culposo y lesiones culposas a homicidio simple con dolo eventual y lesiones con dolo eventual– sin precisar la conducta infractora de cada uno de los imputados. Así, el juez de la instancia previa consideró suficientemente probado que el 14 de diciembre de 2.018, momentos antes de las 20.00 hs., en el cruce de calles Avda. Gbdor.

Videla y Matienzo de Guaymallén, José Caccia –al mando del vehículo Ford Fairlane– embistió a tres personas –Carla Pagliaricci y sus hijos Agustín y Abril Kruk–, y ocasionó lesiones graves a la primera y el deceso de los niños. Entendió acreditado tal extremo por la declaración de Caccia y las testimoniales de Juan Curia, Gaspar Granados, Romina Ochoa y las actas de fs. 90 y 308 (ver fs. 115 vta.).

Asimismo, entendió probado que por calle Matienzo circulaba Sergio Miranda, quien conducía el camión Iveco que traspuso el puente sobre el canal zanjón Cacique Guaymallén, encontrándose avanzado el cruce de Avda. Videla. En esas circunstancias, y por tratar de esquivar al camión por detrás, el Ford Fairlane impactó primero a las víctimas y luego a una camioneta Ford Ranger. Esta última, por el impacto, golpeó al Volkswagen Gol que en contramano –de este a oeste–, circulaba por el costado izquierdo del camión. Osmar Peca estaba al mando del Volkswagen Gol. Consideró también acreditado que al mismo tiempo en que el camión Iveco trasponía Videla por Matienzo hacia el este, Peca Flores a bordo del Volkswagen Gol lo hacía en sentido contrario, por calle Matienzo, en contramano.

Así, para cruzar de este a oeste pasó por el costado izquierdo del camión. Peca halló frente a su rodado a la camioneta Ford Ranger conducida por Curia que circulaba tras el camión, y ambos disminuyeron su velocidad hasta casi detenerse. En ese momento el Ford Fairlane impactó a la Ford Ranger, y ésta al Volkswagen Gol. Para así determinar este momento del hecho el juez valoró las testimoniales señaladas y el informe técnico de fs. 235/249.

A su vez, el a quo analizó la secuencia de los hechos y estableció (fs. 115 vta. in fine), en atención a las testimoniales de Granados y Romina Ochoa, que Caccia manejaba el Ford Fairlane a alta velocidad por calle Avda. Videla adelantando a otros vehículos por la vía izquierda. Valoró además, que tanto Granados como Ochoa expresaron haber visto al camión desde una distancia no menor de ochenta metros y que éste se encontraba en pleno cruce, motivo por el que ocupaba todo el ancho de Avda. Videla; por ello, disminuyeron la velocidad hasta casi detener sus vehículos.

Por su parte el juez de apelaciones infirió que todos los testigos pudieron ver el camión y disminuir la velocidad sin problemas para permitir el paso del camión con el semirremolque –longitud que se estimó en 16 o 18 metros–. Así es que el juez consideró acreditado que el Ford Fairlane conducido por Caccia primer lugar se subió a la vereda en la que Pagliaricci y los niños Abril y Agustín Kruk esperaban para cruzar y los atropelló, para posteriormente impactar a la Ford Ranger que giró y colisionó al Volkswagen Gol. Agregó que en atención al desplazamiento que sufrió Curia –conductor de la Ford Ranger– es que éste calculó que el Ford Fairlane se desplazaba a 100 km/h, en forma concordante con las afirmaciones de Granados y Ochoa, en tanto que el camión circulaba a baja velocidad.

El juez entendió, además, que al conductor del rodado de mayor tamaño le pertenecía la prioridad de paso. Luego de determinados los hechos, el juez analizó los requisitos de procedencia de la prisión preventiva y señaló que era preciso establecer el grado de participación punible de cada uno de los sujetos de la imputación plural base de la imputación llevada a cabo en autos.

Para ello, consideró necesario determinar el aporte de cada imputado en la producción del resultado lesivo (fs. 116 vta. y 117). En este orden, estimó que la participación en el hecho de alguno de ellos se estableció debido a que se parcializó la prueba, se llegó a conclusiones falsas y se construyeron premisas contradictorias con la prueba rendida y las reglas de la lógica y las normas jurídicas aplicables. Específicamente concluyó que, con excepción de la situación de Caccia, la atribución delictiva de Miranda y Peca se llevó a cabo a raíz del defectuoso análisis de la prueba. En relación con el conductor del Ford Fairlane apreció que conducía a exceso de velocidad un vehículo en regulares condiciones de mantenimiento. Aun cuando el resto de los conductores que lo precedían advertieron el camión Iveco que trasponía la Avda. Videla ocupando todo el ancho, y redujeron la velocidad, Caccia no hizo esto último. Por el contrario, desvió su marcha hacia el carril izquierdo y se adelantó a quienes lo precedían en la marcha y se encontró con el camión que no terminaba aún de cruzar la arteria.

Consideró así que la conducta de Caccia obedeció a que no conducía con atención, pese a la velocidad a la que circulaba, o que las condiciones de su vehículo no permitieron que lo detuviera. Descreyó de la afirmación de José Caccia relativa a que circulaba a 45-50 km/h y calificó su aporte como sustancial y generador del resultado dañoso.

Respecto del aporte de Sergio Orlando Miranda, conductor del camión Iveco, analizó que su tránsito por el puente de calle Matienzo fue a una velocidad de menos de 20 km/h. Agregó que varios vehículos que transitaban por calle Videla notaron desde ochenta metros antes que el rodado de grandes dimensiones circulaba y, por ello, redujeron la velocidad de su marcha y la detuvieron, con excepción de Caccia. Entendió de esta manera que los únicos elementos considerados para efectuarle reproche penal a Miranda en la instancia previa se circunscribían, por un lado, a que la presencia del camión que conducía fue la causa para que Caccia desviase su dirección y así no impactarlo.

Por el otro, la conducción antirreglamentaria en infracción a los arts. 52, inc. 43, y 59 de la ley 9.024 y que su actuación la llevó a cabo pese que debía considerar como posible el resultado típico. Sostuvo que el cruce del camión no fue antirreglamentario. Para ello, explicó que circulaba por una zona urbana a la velocidad a la que se indica transitar, y que el cruce que debía realizar lo comenzó cuando los autos que circulaban por Videla estaban al menos a ochenta o cien metros de la calle por la que él transitaba. Así, y en base a las consideraciones que realizó, entendió que Miranda inició el cruce cuando los automóviles de los testigos y el de Caccia estaban a unos ciento cincuenta metros de la intersección con Matienzo (ver fs. 119 penúltimo párrafo).

d) De acuerdo con lo señalado, vienen las presentes actuaciones a raíz de los recursos planteados por el querellante particular y el fiscal de instrucción. Ello, en relación con los sobreseimientos dispuestos por el juez del Tribunal Penal Colegiado N° 2 respecto de Sergio Orlando Miranda Gregorio y Osmar Rodrigo Peca Flores. En razón de ello el objeto de los recursos se circunscribe solamente a lo dispuesto en los puntos 2, 3, 4 y 5 de la resolución de fs. 113/123.

Tanto el querellante particular como el representante del Ministerio Público Fiscal basan sus quejas en una diversa valoración de las testimoniales de Granados y Ochoa (ver fs. 129) y reclaman la valoración del testimonio de fs. 252 prestado por el oficial Del Pozzi. Asimismo, promueven una diferente interpretación de las normas de la ley 9.024, concretamente la referida a la prioridad de paso de la derecha y la vía principal. Cuestionan la falta de análisis por parte del juez de la condición de chofer profesional de Miranda y que éste era oriundo de otra provincia, por lo que debió respetar con mayor ahínco la norma de tránsito. Por ello, sería mayor el reproche por el delito cometido (fs. 130).

Por último, refieren que el juez al sobreseer a Miranda y Peca perdió de vista las disposiciones del art. 2 del CPP y cercenó la capacidad genérica de investigación que tiene atribuida la acusación pública ante los prematuros sobreseimientos de aquellos acusados, sin permitir que se produjera la prueba que la defensa técnica de los nombrados había solicitado.

En particular, el querellante particular expresa que el juez erró al valorar las pruebas testimoniales, omitió valorar otras y se apartó de circunstancias que no se han tenido por probadas. Así también señala que se cercenó la capacidad genérica de investigación que tiene atribuida el Ministerio Público Fiscal (fs. 146)

En forma coincidente con el Ministerio Público Fiscal considera que, de las testimoniales de Granados y Ochoa, que fueron ponderadas en forma parcializada, surge que el paso del camión obstaculizó el tránsito de la Avda. Gobernador Videla. Critica la omisión de valoración de la testimonial de Del Pozzi.

Cuestiona también la interpretación asignada a las normas de tránsito de la ley 9.024. Estima que es contradictorio afirmar en relación con Miranda que no había entorpecido el tránsito y al expedirse sobre Peca señalar que era Miranda quien lo obstaculizaba.

Como motivo sustancial, señala la errónea aplicación de la ley sustantiva, la que entiende derivada de la errónea valoración de los hechos que se tuvieron por acreditados (ver fs. 150). e) Como anticipé, las críticas formuladas por los recurrentes no logran desvirtuar la validez del análisis llevado a cabo por el juez de la instancia previa. En razón de que los argumentos de los recurrentes son coincidentes en lo esencial corresponde otorgarles tratamiento conjunto.

Tal como desarrollaré, considero que la valoración de los elementos probatorios, concretamente las testimoniales de Ochoa, Granados y Curia, se llevó a cabo correctamente por parte del juez quien determinó adecuadamente la dinámica de los hechos luego de valorar los elementos de convicción obrantes en la causa –especialmente las declaraciones testimoniales–, sin que se advierta parcialización alguna al respecto.

A mi criterio, el juez acierta cuando descarta la afirmación de que Miranda vulneró la prioridad de paso de quien circula por la derecha. Ello, en tanto los vehículos involucrados no llegaron a la intersección en forma simultánea.

Asimismo, interpretó correctamente que no infringió la prioridad de la derecha ni de la vía importante, ya que el resto de los rodados estaban a una distancia no menor a ochenta metros. Esto, surge evidente también de las testimoniales de Ochoa y Granados que ubican el inicio de la circulación del camión Iveco cuando todavía restaban 80 metros para llegar al cruce con Matienzo.

También acierta al descartar que el tránsito del camión generara una «pared» que impedía la circulación. Ello, toda vez que en todo caso el obstáculo generado por el tránsito del rodado de mayor dimensión resultó legítimo, ya que no violó norma de tránsito alguna.

Encuentro adecuada la interpretación que efectuó de la normativa establecida en el art. 52, inc. 43 y 59 de la ley 9.024 en el caso concreto. Por lo tanto, coincido con el magistrado de la instancia previa en que de las constancias de la causa no era posible afirmar que Miranda obstruyó la fluidez del tránsito, ni que circuló en violación de las reglas de velocidad (ver fs. 119 vta.) P

Por otra parte, concuerdo con la consideración del juez en relación a que no surge acreditado que Miranda al iniciar el cruce de calle Videla, «sin vehículos circulando en las cercanías, teniendo prioridad de paso y haciéndolo a velocidad adecuada [...] pueda haber puesto una condición causal que le pueda ser atribuida jurídicamente» (fs. 120). Acierta también el juez al considerar que no cuenta con sustento la afirmación de que Miranda se diese a la fuga.

Así, la apreciación del juez relativa a que la resolución apelada, en relación con Sergio Miranda, «carece de fundamentos rigurosos y válidos desde el punto de vista jurídico-penal» es, a mi modo de ver, adecuada.

Por otra parte, más allá de la genérica mención de la omisión de valoración del testimonio de Del Pozzi, no encuentro que su inclusión gravite en forma decisiva como para destruir la validez de la resolución dictada. Ello, en tanto no advierto que de los dichos del Oficial Del Pozzi pueda inferirse la intervención indirecta del acusado Miranda, que pretenden los acusadores público y privado. Por el contrario, entiendo que de su análisis surge que no puede afirmarse –sin evaluar testimoniales y grabaciones– que su participación resulte determinante en la producción del evento lesivo.

Como señale, la valoración de las manifestaciones de los testigos respeta los principios de la sana crítica racional y, conforme surge de las constancias del legajo no se pudieron obtener grabaciones del hecho (ver fs. 35 vta.).

Por lo expuesto, considero que corresponde el rechazo de los agravios promovidos en contra de la decisión de juez del Tribunal Penal Colegiado N° 2 en relación al sobreseimiento dispuesto a favor de Sergio Orlando Miranda Gregorio.

Por otra parte, entiendo que tampoco pueden prosperar los recursos promovidos en relación con Osmar Rodrigo Peca Flores. Respecto de este acusado el juez considero que se acreditó manejaba con algún grado de alcoholización (0,69%), sin licencia de conducir, en contramano y sin seguro. En tales circunstancias cruzó la Avda. Videla en dirección este-oeste por calle Matienzo. Tal circulación fue contemporánea a la del camión Iveco que manejaba Miranda y por la izquierda de este rodado de grandes dimensiones. Sobre el puente se encontró frente a la camioneta Ford Ranger en la que circulaba Curia. Éste le avisó a aquél, mediante señas de luces, que iba en contramano y Peca detuvo la marcha. En esos momentos, se produjo el impacto del Ford Fairlane contra la Ford Ranger.

El juez de la instancia previa expresó que, en la resolución apelada, el juez penal colegiado señaló que fue el Volkswagen Gol el que impactó a la Ford Ranger que estaba estacionada sobre el puente Matienzo. Ahora bien, respecto a la afirmación referida el juez de apelaciones indicó que no existía elemento de convicción que indicara que las circunstancias antes referidas en las que circulaba Peca –consumo de alcohol, circulación en contramano, ausencia de carnet de conducir y de seguro– hayan sido la causa del hecho investigado. En este orden, consideró que fue Caccia quien puso causa eficiente y suficiente para la realización del resultado reprochable.

Por lo tanto, discrepó con el juez penal colegiado, en tanto éste sostuvo que los tres imputados generaron condiciones adecuadas para la producción del resultado.

Afirmó así el juez que la conducción de Peca **no puso condición alguna para la producción del resultado**, puesto que lo que generó la maniobra de desvío indebido de Caccia hacia la izquierda no fue la presencia del Volkswagen Gol conducido por Peca sino la presencia del camión Iveco.

Valoró también que el conductor del Ford Fairlane, José Caccia, al prestar declaración no mencionó al Volkswagen Gol conducido por Peca Flores, ya que no pudo verlo y no fue éste rodado el que generó su brusca maniobra.

Además, examinó la testimonial de Verónica Saavedra, invocada por el fiscal de instrucción y señaló que, a su criterio, aquellas afirmaciones relativas al paso del Volkswagen Gol a toda velocidad y doblando por Matienzo en contramano previo haber circulado por Avda. Videla obedecieron a una confusión. A su criterio, resulta físicamente imposible que el Volkswagen Gol haya realizado tal trayectoria en razón de la presencia del camión.

También consideró probado, por los dichos de Curia, que el Volkswagen Gol circulaba por calle Matienzo a baja velocidad. Por lo tanto, desechó la declaración de Saavedra en ese aspecto.

En función de lo expuesto, entiendo justificada la apreciación del magistrado –ello, más allá de las consideraciones sobre causalidad del juez de la instancia anterior en tanto, y como luego explicaré, considero que estos casos deben abordarse de acuerdo con criterios de imputación objetiva–, en el sentido de que no se explica en la resolución del juez penal colegiado cómo operó en el hecho investigado la alcoholización de Peca.

En consecuencia, no basta con verificar que existe una relación de causalidad entre un determinado comportamiento y el acaecimiento de un daño, sino que, se requiere, además, que esa afectación pueda atribuirse al causante como su obra.

Dicho sucintamente: no debe confundirse causalidad con imputación. Por otra parte, si bien Peca llevó a cabo comportamientos antirreglamentarios en orden a lo prescripto por la Ley de Tránsito, esto tampoco es suficiente si no se verifican una creación de un riesgo jurídico penalmente relevante que se realiza en el resultado. Con esto último me refiero a los dos niveles de imputación del tipo objetivo: imputación del comportamiento e imputación del resultado.

En concreto: Peca llevó a cabo comportamientos en infracción a la ley de tránsito, pero estos no generaron ni aumentaron el riesgo de muerte y lesiones que se concretó en la vida de las víctimas de manera jurídico-penalmente relevante. En tal sentido la verificación de la ausencia de carnet de conducir, la falta de seguro de automotor y el resultado de una encuesta ambiental en la que vecinos de aquel lo colocaban como mal conductor, tal como refiere el juez, son factores y circunstancias riesgosas que, como tales, quedan al margen –en terminología roxiniana– del radio de protección de la norma de los tipos penales en juego.

Tampoco considero que asista razón a los recurrentes en cuanto a la contradicción de la resolución impugnada respecto a que afirma, por un lado, que Miranda con el camión Iveco no obstruía el tránsito y, por otro lado, que Peca no pudo obstaculizar por cuanto lo hacía el camión conducido por Miranda.

Ello así por cuanto en la sentencia no se valora el cruce del camión Iveco como obstáculo a la circulación, sino que por el contrario el traspaso del vehículo de mayor tamaño se realizó en forma debida y sin infringir las normas de tránsito.

En otro aspecto, discrepa el representante del Ministerio Público Fiscal (fs. 131) en relación con la trayectoria de Peca en el evento y afirma que Curia estaba aturcido por el impacto. Agrega que la defensa del conductor del Volkswagen Gol solicitó medidas de prueba tendientes a despejar la contradicción, pero,

en razón del sobreseimiento, no fue posible que el órgano acusador dilucidara esta cuestión. Sostiene que tanto la conducta de Peca, como la de Miranda, consisten en una intervención indirecta y en una causalidad acumulativa ya que ambas fueron condiciones establecidas de manera independiente y que actuaron de manera conjunta para provocar el resultado final.

También en este punto considero que la crítica formulada no logra conmover los fundamentos de la sentencia puesta en crisis y las objeciones formuladas a aquellas no resultan más que la discrepancia con la labor interpretativa llevada a cabo por el juzgador.

A mi modo de ver, de la interpretación de los medios de prueba llevada a cabo por el juez entiendo que los hechos resultaron correctamente fijados por éste y no se advierte en la conducta de Miranda ni de Peca la comisión de ilícito alguno.

De la misma manera, no puede ser acogida la crítica relativa a la falta de producción de prueba ofrecida por la defensa de Peca, puesto que la obligación de acreditar los extremos de la imputación corre a cargo del órgano acusador.

Precisamente, la interpretación asignada por el juzgador a los hechos traídos a su consideración es que, de los elementos de convicción obrantes en la causa, no se deriva que el comportamiento antirreglamentario de Peca haya generado o aumentado el riesgo de lesión para la vida e integridad física de las víctimas.

Finalmente, debo señalar que no concuerdo con la crítica que afirma que la resolución cuestionada cercena las facultades de investigación del órgano acusador ante el precipitado sobreseimiento.

En este sentido, advierto que el sobreseimiento de los acusados fue reclamado en la audiencia llevada a cabo (ver al respecto registros audiovisuales correspondientes a la audiencia del día 22 de enero de 2019, a partir del minuto 47) y que tal circunstancia resulta una de las posibilidades dispuesta a favor de las partes. Por otro lado entiendo necesario analizar las conductas delictivas atribuidas a cada uno de los imputados a la luz de los institutos que nos ofrece la teoría de la imputación objetiva. Tal análisis comienza con el estudio del comportamiento acusado, a fin de determinar si puede afirmarse que ha contribuido a la creación de un riesgo no permitido –imputación objetiva del comportamiento–.

Luego, continúa con un segundo nivel de análisis del tipo objetivo, que intenta determinar si tal comportamiento riesgoso ha **configurado el suceso lesivo –imputación objetiva del resultado–**.

A continuación, consideraré el riesgo creado por el conductor del camión Iveco, Gregorio Miranda y si aquél se encontraba dentro de los parámetros del riesgo permitido en la conducción vehicular.

En este sentido, tal como señalé, considero acertada la valoración de los elementos de prueba llevada a cabo por el juez de grado inferior al momento de determinar la irrelevancia jurídico-penalmente relevante de los comportamientos antirreglamentarios de Peca en orden a las lesiones sufridas por las víctimas.

Como dije, no debe confundirse causalidad con imputación y, tampoco debe identificarse un comportamiento antirreglamentario con una condición suficiente para atribuirle al causante una lesión, si no se verifica que esa conducta prohibida ha generado o aumentado el riesgo prohibido dentro del radio de protección de la norma.

Es así que entiendo que el riesgo introducido por el conductor del camión, Gregorio Miranda al efectuar el cruce estaba dentro de los parámetros permitidos por la normativa que regula la conducción vehicular.

Al respecto, se estableció, acertadamente, que la velocidad a la que efectuó el cruce no superaba la máxima permitida (20 km por hora) y que no infringió la prioridad de paso de los automotores que circulaban a su derecha, ni la prioridad de la vía importante.

De tal manera, el juez de la instancia previa acierta al señalar que la prioridad de quien circula por la derecha puede ejercerse cuando ambos vehículos llegan en forma simultánea o prácticamente en el mismo momento a la intersección (véase Fallos 326:297 y 320:2971 de la CSJN) y que la prerrogativa establecida en favor de quienes circulan por una vía importante lógicamente decae, cuando quien comienza el traspaso, lo hace encontrándose los otros vehículos a una distancia de al menos ochenta metros.

De lo expuesto, resulta evidente que Miranda no creó, con su comportamiento, un riesgo no permitido o desaprobado capaz de explicar el suceso lesivo y siempre se condujo dentro del marco del riesgo permitido. Ahora bien, respecto al comportamiento antirreglamentario de Osmar Peca, consistente en circular en contramano, con un grado de intoxicación alcohólica (0,69%) superior al permitido, sin carnet de conducir y sin seguro, considero que, si bien se trata de una conducción riesgosa, esta permanece al margen del radio de protección de la norma de los tipos penales en juego. En efecto como estableció la resolución criticada Peca transitó en dirección contraria a la de circulación por calle Matienzo de este a oeste y lo hizo al mismo tiempo que el camión Iveco, ubicándose a su izquierda. Se encontró de frente con la camioneta Ford Ranger conducida por Curia.

Ambos automóviles detuvieron su marcha y, en ese momento, el Ford Fairlane impactó la Ford Ranger, y ésta al vehículo conducido por Osmar Peca. De tal dinámica del hecho no se aprecia que la conducta riesgosa asumida por Peca se haya concretado en el arrollamiento del grupo de personas compuesto por Carla Pagliaricci y sus dos hijos por parte del Ford Fairlane conducido por Caccia. En relación con la conducta del conductor del Ford Fairlane, me remito a las consideraciones realizadas en la causa nº 13-06748493-7/1.

Por lo expuesto, entiendo que no resulta prematura la decisión del juez de apelación al disponer el sobreseimiento de los imputados.

Según entiendo, en forma previa a la atribución de una conducta presuntamente delictiva debe llevarse a cabo un análisis objetivo que explique si la conducta analizada fue un riesgo no permitido que determinó el resultado lesivo él.

Estos extremos de análisis, no fueron observados por la acusación. Por ello y toda vez que no se verifican los agravios promovidos por los recurrentes es que los recursos de casación deben ser rechazados y la resolución puesta en crisis confirmada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto Dr. Valerio. Adhiere. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, POR SU VOTO, DIJO: Por las razones que a continuación paso a exponer, si bien comparto la solución a la que llega mi colega de Sala en cuanto al **rechazo de los recursos interpuestos**, debo remarcar que del análisis de los recursos casatorios promovidos por el Fiscal de Instrucción y el querellante particular contra la resolución impugnada, corresponde referirnos a las críticas formuladas en lo relativo al cercenamiento de las facultades de investigación de la acusación.

Ello, al considerar que el **sobreseimiento** dispuesto respecto de Sergio Orlando Miranda Gregorio y Osmar Rodrigo Peca Flores ha resultado prematuro, por cuanto restaban medidas de prueba que producir propuestas por la defensa de uno de los imputados.

Sin embargo, y por otras buenas razones que expondré, concuerdo con la solución adoptada en la instancia anterior en cuanto **acoge el recurso de apelación** en contra de la prisión preventiva dispuesta

respecto de Sergio Miranda y Osmar Peca Flores, revocándolas, por lo que, en consecuencia corresponde rechazar los recursos casatorios en análisis.

De manera preliminar, debo señalar que coincido con el análisis efectuado por el ministro preopinante en relación con la **decisión de revocar la prisión preventiva** dictada respecto de Sergio Miranda y Osmar Peca Flores.

Ahora bien, respecto del sobreseimiento dispuesto en beneficio de Miranda y Peca Flores y el argumento de los presentantes al señalar que la decisión cercena la capacidad de investigación del órgano acusador, es conveniente recordar las consideraciones expuestas en la **causa «Rojas Montenegro»** en torno al **alcance de la competencia del tribunal en grado de apelación**.

Esto, en el sentido de que en ese caso se consideró que **el tribunal a quo excedió los límites de su competencia al expedirse en cuestiones que no correspondía discutir en la etapa procesal** por la que transitaba la causa.

Más allá de lo señalado, el contexto fáctico y jurídico de aquella causa y de la presente son diferentes y no puede ser aplicado a esta última.

Ello, por cuanto el razonamiento sobre la **capacidad de investigación del Ministerio Público Fiscal durante la Investigación Fiscal**, surge con claridad de la correcta interpretación de las normas procesales.

Art. 351 CPP

En primer lugar, cuando el **art. 351 del CPP**, determina con precisión que durante la Investigación Fiscal el Juez de Garantías puede **motivadamente dictar el sobreseimiento cuando el Fiscal lo requiera** en forma fundada (párrafo tercero del art. 351 del CPP), **salvo cuando se ha extinguido la pretensión penal donde el sobreseimiento procederá, aún a petición de parte** (párrafo segundo del art. 351 en función del inc. 4, art. 353 CPP).

Art. 357 CPP

Por su parte, del **art. 357 del CPP** en cuanto dispone que cuando el órgano acusador estime cumplida la investigación y tenga elementos de convicción suficientes para considerar como probable la participación punible del imputado en el hecho oportunamente intimado requerirá la citación a juicio; entonces es a partir de notificárseles tales conclusiones que el acusado y la defensa pueden oponerse en el término de cinco días, instando mediante solicitud, **el sobreseimiento o el cambio de calificación (art. 360 del CPP)**. Sólo con ello es posible motivar legítima y jurídicamente al juez de garantías para disponer el sobreseimiento.

En segundo lugar, es condición necesaria para poder disponer el sobreseimiento que durante la Investigación Penal Preparatoria se hubiera procedido a efectuar formalmente **la imputación conforme al Artículo 271 (párrafo primero del art. 351 del CPP)**, razón por la cual en ningún caso el Juez de Garantías puede dictar el sobreseimiento cuando a una persona se le ha tomado declaración informativa (art. 318 del CPP) (ver, al respecto, el **precedente «Mogrovejo»**).

En tercer lugar, ninguna disposición normativa que regula la prisión preventiva autoriza a que durante la audiencia, o en ocasión de su tratamiento, o revisión de la decisión que la dispone, **el Juez de Garantías, y en consecuencia el Juez o Tribunal con función de apelación, pueda cambiar la calificación legal al hecho o disponer el sobreseimiento** (fuera del caso previsto en el párrafo segundo del art. 351) o darle instrucciones investigativas al Ministerio Público Fiscal, o anticipar el control previsto como oposición al requerimiento establecido en el art. 360 del CPP.

Así lo comprobamos en el **inc. 2 del art. 293 del CPP**, que es la consagración de la exposición de motivos al proyecto de la ley 8.869, la que refiere que «[d]e la interpretación armónica y sistemática del art. 17 de

la Constitución de Mendoza y de los casos constitucionales de flagrancia nacen las condiciones necesarias para que pueda proceder la prisión preventiva en el supuesto que analizamos:

- 1) que existan elementos de convicción suficientes que justifiquen la existencia de un hecho punible;
- 2) que la prueba permita sostener como probable la participación punible del imputado; y
- 3) que el hecho ilícito que se le atribuye o su situación jurídica del imputado, no aparezca posible aplicar la condena condicional».

En consecuencia, el Juez debe **comprobar tales condiciones para poder disponer motivadamente la prisión preventiva**, pero no está habilitado ni corresponde un control anticipado de la investigación propio del art. 360 del CPP.

En cuarto lugar, la calidad de multipropósito de las audiencias, habilita para que en el trámite de una audiencia solicitada, como en el caso de la prisión preventiva, se pueda requerir y tramitar un juicio abreviado a fin de evitar desgastes administrativos y jurisdiccionales innecesarios; incluso en beneficio de los derechos del acusado, debe ser realizada inmediatamente.

Lo cual constituye una regla de buena práctica y desempeño que debe guiar el accionar de los jueces en su responsabilidad de la gestión jurisdiccional del caso durante esa audiencia.

Finalmente, en quinto lugar y en atención a las pormenorizadas consideraciones, como a las buenas razones jurídicas vertidas por el a quo en la resolución cuestionada, es que estimo que **estamos excepcionalmente en el caso que debe considerarse que no estaba en las condiciones jurídicas objetivas necesarias, según la etapa respectiva**, para considerar que existían motivos bastantes para sospechar de la participación de Peca y Miranda poniendo condiciones para la producción del hecho investigado y su resultado.

En consecuencia, **no se los podía imputar formalmente, según el art. 271 del CPP**, como punto de partida de la Investigación Fiscal dentro de la Investigación Penal Preparatoria y según surge claramente de la interpretación del **art. 349 del CPP**.

En efecto, la Investigación Penal Preparatoria tiene inicio con la noticia criminis, o con la denuncia, donde la sospecha en función de una hipótesis de la probable comisión de un hecho punible habilita las medidas de investigación respectivas que autoriza el Código Procesal Penal.

Pero esta **sospecha subjetiva del investigador** que motiva hipótesis/s y línea/s investigativa/s, **no autorizan a la imputación formal del art. 271 del CPP**, para la cual se requiere que existan **motivos bastante para sospechar** que una persona ha participado en la comisión de un hecho punible, porque en tal caso la **sospecha es/debe ser objetiva** y tiene que estar fundada en elementos que hagan posible con el grado de probabilidad tales condiciones aunque, insistimos, con la provisoriedad propia de la etapa que se transita.

En consecuencia, esas pormenorizadas consideraciones y las buenas razones jurídicas expuestas por el Juez en función de apelación, me convencen que al momento de la imputación no existían las condiciones necesarias para la imputación formal.

Así, en virtud del referido **art. 271**, así como de los **arts. 198 inc. 3 y 199 del CPP**, estaríamos ante un caso de nulidad absoluta por violación del **art. 18 de la Constitución Nacional**, en cuanto garantiza el derecho de defensa.

De tal manera, **excepcionalmente y por razones de economía procesal, de eficacia y eficiencia del sistema de justicia penal, que hacen razonable y recomendable evitar soluciones formalistas**, considero corresponde, siguiendo el voto preopinante, el rechazo de los recursos promovidos. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento el resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y, diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia

RESUELVE:

- 1- Rechazar los recursos de casación interpuestos por el representante del Ministerio Público Fiscal y el representante de la parte querellante particular.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal efectuada.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro.

Capítulo II.

Delitos contra las personas.

Lesiones.

CAPÍTULO II. DELITOS CONTRA LAS PERSONAS. Lesiones

1- TUR MOYA. 03-02-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	Par.	M	-	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=780>

Lex: Arts. 92 en función del 89 y 80 incs. 1 y 11, 54 del CP. Art. 26 CP. Art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza. Convención Belem Do Pará. Art. 2, inc. a, b, c y e; art. 4 inc. "f", 16 y 31 de la Ley 26.485. Art. 206 CPP. Ley 27.499 «Ley Micaela». Acordada n° 29.318.

Vox: **VG. Lesiones leves** dolosas calificadas por la relación de pareja preexistente y por mediar violencia de género. Concurso ideal. Vulnerabilidad por género y enfermedad. **Testimonio de la víctima. Rechazo de condena de ejecución condicional.** Condena de cumplimiento efectivo.

Summa:

El JPC N° 1 TCJ condenó a TUR MOYA a la pena de un año de prisión de cumplimiento efectivo por ser autor penalmente responsable del delito de lesiones leves dolosas calificadas por la relación de pareja preexistente y por mediar violencia de género en concurso ideal.

La defensa interpone recurso y cuestiona la valoración probatoria y la imposición de una condena de cumplimiento efectivo a su pupilo procesal, que no posee antecedentes penales.

El Procurador General entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La SCJM rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 4830 dictada por el JPC N° 1- 3° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Dr. Valerio:

I- Valoración probatoria en materia de violencia de género. Perspectiva de género:

- «Morales Quiroga»
- «Cruz Caporiccio». 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- «Ojeda Pérez». 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- «Vázquez Tumbarello». 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- «Narvárez Videla». 23-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=269>
- «Brancello Urbón». 05-03-20.: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- «Vega» 04-06-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- «Zurita» 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>

II-Rechazo de condena de ejecución condicional. Cumplimiento efectivo.

- «Domínguez Castillo»,
- «Gutiérrez Farías»
- «Martínez Fernández». 16-15-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=60>

Dr. Adaro.

I- Valoración probatoria en materia de violencia de género. **Perspectiva de género:**

- «Galdeano Reyes».31-07-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=242>
- «Concha, Jesús»
- «González Pringles»
- «Ojeda Pérez»: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- «Rivero Gutiérrez».19-02-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=280>
- «Alaniz Pineira» 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>

Dr. Palermo.

I- Valoración probatoria en materia de violencia de género. **Perspectiva de género:**

- «Di Cesare Morales»26-06-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- «Mejía Salvador». 10-09-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>
- «Reyes Cortelezzi».08-03-21. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=634>

b-CSJN

- «García» 04-05-21. Fallos 333:584
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/fallosDestacados/buscar.html>

Precedentes relacionados

a- CSJN

- «Rivero,Alberto». 03-03-22.
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?idDocumento=7729965&cache=1673187818463>
- «B.A.O.» 15-12-22.
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?idDocumento=7812105&cache=1673188015873>

Doctrina citada.

BOBBIO, Norberto, Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política, Fondo de Cultura Económica, trad. José F. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, México, 1989.

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo

Fallo.

CUIJ: 13-06709923-5/1((038501-9320)) F C/ T. M. W. E. P/ LESIONES LEVES DOLOSAS CALIFICADAS POR LA RELACION DE PAREJAPREEXISTENTE Y POR MEDIAR VIOLENCIA DE GENERO (9320) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105970912*

En Mendoza, a los tres días del mes de febrero del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06709923-5/1 caratulada “F. c/ T. M. W. E. P/ LESIONES LEVES DOLOSAS CALIFICADAS POR LA RELACIÓN DE PAREJA PREEXISTENTE Y POR MEDIAR VIOLENCIA DE GÉNERO S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa de W. E. T. M. interpone recurso de casación contra la sentencia n° 4830 dictada por el Juzgado Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción que lo condenó por el delito de lesiones leves dolosas calificadas por la relación de pareja preexistente y por mediar violencia de género en concurso ideal (arts. 92 en función del 89 y 80 incs. 1 y 11, 54 del CP) a una pena de un año de prisión de cumplimiento en efectivo.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde? T

ERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El juez de la instancia anterior condenó a W. E. Tur M. por considerar acreditado que «[e]l 17 de enero de 2021, la víctima M. F. L. C., se encontraba en su domicilio de calle del Barrio .. de San Martín, Mendoza. A las 03:00hs aproximadamente de ese día se presentó W. E. T. M., con quien había mantenido previamente una relación de pareja y que en dicha ocasión le solicitó quedarse con ella, porque había tenido problemas con la Srta. M. E. C., que era su nueva pareja a esa fecha. La Srta. M. F. L. accedió a la petición de W. T..

Luego, durante la madrugada, se produjo una discusión entre ambos, provocada por los distintos reclamos que el Sr. W. T. le dirigió a M. F., por ejemplo, que ya se habría puesto de novia, tras lo cual la tomó por las muñecas, le mordió el pecho izquierdo indicándole que de esa manera la persona que estuviera con ella sabría que aún le pertenecía a él, luego la empujó contra la cama y le dio un golpe de puño en el pecho.

Como consecuencia de esta agresión física, la joven sufrió lesiones en su cuerpo, consistente en marca en ambos brazos, a la altura de las muñecas, lesiones en el pecho y en una de sus piernas, todas de carácter leve. Luego de estos hechos, W. E. T. M. se retiró de ese domicilio.

También se encuentra probado que durante la relación de pareja y con posterioridad a su cesación el joven W. T. ejerció un comportamiento de dominación y control respecto de la Srta. M. F. L. y que la nombrada se encontraba en situación de mayor vulnerabilidad por su género y enfermedad, en razón de su condición de paciente renal crónica». Para así decidir valoró, entre los principales elementos de prueba,

las declaraciones testimoniales de F. L., K. V., R. F. T., R. E. M., M. C., la declaración del acusado y la prueba instrumental incorporada durante el debate.

2.- Recurso de casación

La defensa interpone recurso de casación contra la sentencia de conformidad con el art. 474 inc. 1 del CPP. Los agravios versan en dos líneas argumentales. La primera, cuestiona que no fueron valorados todos los elementos probatorios incorporados en el debate y que no se encuentran probadas las circunstancias de tiempo, modo y lugar del hecho investigado por las contradicciones en las manifestaciones de la víctima.

La segunda línea argumental **arguye que la pena impuesta haya sido de cumplimiento efectivo**. Niega que pueda fundarse tal decisión en la convicción de que el acusado no vaya a respetar las reglas de conducta que se le impongan como razón para ordenar una pena de cumplimiento efectivo que cumple con los recaudos establecidos por el art. 26 del CP.

A ello agrega que no se ha valorado que su representado se encontraba realizando tratamiento psicológico que podría haber continuado fuera de la institución penitenciaria y que se ha utilizado de forma arbitraria el informe confeccionado por el Cuerpo Médico Forense para fundar la decisión judicial. Finalmente, hace reserva de caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General informa a fs. 5/7 el remedio casatorio presentado.

Entiende que **procede el recurso desde el punto de vista formal**, por lo que debe ingresarse al fondo de los planteos realizados por la defensa. Sin embargo, estima que el recurso **debe ser rechazado en lo sustancial** y que corresponde confirmar la sentencia de instancia anterior.

En relación con la **valoración probatoria expuesta en la sentencia**, considera que fue exhaustiva y que resultó determinante el **testimonio de la víctima y el informe confeccionado por el EPI que estableció riesgo de violencia física grave**.

En cuanto a la **pena de cumplimiento efectivo** establecida, comparte con el Tribunal inferior que no es conveniente dejar en suspenso la pena en el caso en concreto por la peligrosidad demostrada por el acusado debido a la dependencia a las drogas como por su perfil psicológico.

Hace hincapié en el informe que expone que presentar un riesgo para sí mismo como para terceros si no **realiza tratamiento psiquiátrico y psicológico**.

4.- La solución del caso.

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puestos en consideración los motivos de agravio expuestos por la defensa del acusado T. M., adelanto mis conclusiones en el sentido de que no corresponde hacer lugar al recurso interpuesto y, en consecuencia, debe confirmarse la sentencia de condena dictada por el Juzgado Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción. Ello a tenor de los argumentos que serán expuestos a continuación.

De manera preliminar entiendo oportuno destacar que en casos como el presente se impone la **valoración de los diversos elementos de prueba con la debida perspectiva de género**. De tal manera considero importante recordar lo que sobre la cuestión he señalado en diversos precedentes. Así, por ejemplo, en «Morales Quiroga», «Cruz Caporiccio», «Ojeda Pérez», «Vázquez Tumbarello», «Narvárez Videla», «Brancello Urbón», «Vega» y «Zurita».

En particular, como expuse en «Ojeda Pérez» comparto aquella concepción según la cual «[...] **la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las**

diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la **igualdad y la equidad**” (UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017).

Destaco la idea de **igualdad** contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional. Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” -Belem Do Pará-, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (**art. 4, inc. “f”**)».

En esa misma oportunidad destacué que «[...] en nuestro ordenamiento interno, **la ley nacional 26.485** es una norma orientada pura y exclusivamente a **promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las "mujeres"**.

En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “**la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres**” (**art 2, inc. a, b, c y e respectivamente**)». Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer **un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia**, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas.

Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los **órganos decisores** en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. «Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional... **los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados**, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son sus naturales testigos [...]» (**art. 16**)».

Junto a esta norma aparecen las disposiciones del **art. 31** en cuanto establece el principio de «libertad probatoria».

En función de lo señalado, agregué en el mencionado precedente que «[...] el texto legal vigente **no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género**, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP)». Con lo cual, las referencias de la legislación vigente sobre esta cuestión se justifican ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en sus resoluciones del contexto fáctico que resulta propio a este género de conductas delictivas.

De este modo, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, **un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva**, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar. Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes

y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (**art. 7, inc. “e”**).

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional, puesto que siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos **parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos** sometidos a juzgamiento.

Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto.

Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los **bienes jurídicos** que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de **vulnerabilidad de las personas involucradas**».

Conforme a ello «[...] **es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo** el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio.

Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el **testimonio de la víctima** ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

Es por todo ello que concluí en aquella oportunidad que uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse **su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables**.

En razón de las consideraciones señaladas, considero que aquel **método de valoración no resulta novedoso para la labor jurisdiccional, puesto que siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento**.

Brancello Urbón

En este sentido, en el precedente «Brancello Urbón» concluí que de no proceder de esta manera estaríamos recreando la **sociedad estamental** –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del **principio de igualdad** –consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los **pilares de la República Federal**.

Zurita

En otro orden de ideas, en el precedente **«Zurita»** he enfatizado que la perspectiva de género no se trata simplemente de un **lenguaje**, sino esencialmente de **una forma de actuación** que requiere comprender en toda su dimensión que existen en los casos y/o circunstancias una situación de discriminación que se reclama su cese para asegurar un trato igualitario de todas las personas.

En dicho precedente referí que, en particular en materia penal, el método de análisis **con perspectiva de género** que debe ser utilizado cuando la mujer es víctima de un delito es para asegurar que la ley, que es igual para todas las personas, sea también aplicada con igualdad de trato ante ella, evitando la discriminación por usos y costumbres derivadas de la cultura estereotipada patriarcal –como poder ideológico, que se vale de la posesión de ciertas formas de saber, información o códigos de conducta, incluso por la posesión de ciertos bienes que le dan la primacía a algunos varones sobre los restantes integrantes de cada grupo de pertenencia de varones, mujeres y niños/as; y entre los varones al primigenio; como de los varones sobre las mujeres y de éstas sobre los niños/as–, para ejercer una

influencia sobre el comportamiento de los demás e inducir a los miembros del grupo a efectuar o no efectuar una acción machista –como ejercicio o manifestación de la fuerza o económico, que se impone por la asimetría entre los varones y de estos con las mujeres–, como capacidad de determinar el comportamiento de los demás; pero ambos **imponen rígidos roles que contribuyen a instituir y mantener sociedades desiguales, divididas entre fuertes y débiles, ricos y pobres, como de sabios e ignorantes** (ver BOBBIO, Norberto, Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política, Fondo de Cultura Económica, trad. José F. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, México, 1989).

Vazquez Tumbarello

Por su parte, en el precedente **«Vázquez Tumbarello»** destacué la relevancia de la **ley 27.499 «Ley Micaela»**, en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer, para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado. En este mismo orden, corresponde también mencionar la Acordada n° 29.318 y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia» del 3 de septiembre de 2019, instrumentos que en aras del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación, dispone una serie de acciones concretas para asegurar la igualdad real en las relaciones interpersonales.

Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, **a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas.**

Narvaez Videla

En definitiva, considero que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una nueva perspectiva para valorar los elementos probatorios. Esto es **una mirada llevada a cabo bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional**, despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal- inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron e importan prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación (ver al respecto mi voto en «Narvée Videla»).

Todas estas pautas y consideraciones, como a continuación se analizará, han sido tenidas en cuenta por el juez de la instancia previa al momento de valorar los diversos elementos obrantes en la causa. En relación con los agravios vinculados a la valoración probatoria, el núcleo del cuestionamiento gira en torno a la falta de acreditación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar del hecho investigado y no haber tomado en consideración para ello lo declarado por R. T. y R. M. –padre y madre del acusado respectivamente– en el debate.

Sin embargo, no corresponde hacer lugar al planteo efectuado por la defensa. La hipótesis alternativa que constituye la teoría del caso de la defensa en el debate residió en que W. T. M. y la víctima de autos permanecieron juntos en el domicilio de la familia del acusado durante los días 16, 17 y 18 de enero de 2021 y que por ello no pudo ocurrir el hecho en el domicilio de la víctima el día 17 de ese mes.

Sobre este planteo, comparto la valoración expuesta en la sentencia por el juez de la instancia anterior acerca de que **«[s]obre esa hipótesis alternativa, planteada desde el comienzo por el imputado a través de su declaración en el juicio, la prueba rendida para su corroboración consistió en la declaración de sus**

padres, Ricardo Francisco Tur y Rosa Ester Moya. Sin embargo, estas declaraciones testimoniales, como dejaré establecido, **no resultaron creíbles y finalmente la hipótesis defensiva sucumbió ante el mayor valor conviccional que reportó la prueba de cargo**». En este sentido, el juez refirió que «[p]artamos de una inicial comprobación.

Sea que hayan estado juntos en el domicilio de E. T.o en el domicilio de [F.L.], la agresión **no aconteció en presencia de testigos directos u otros medios probatorios** como registros de videgrabaciones que puedan reproducir o dar cuenta del hecho por haberlo percibido de manera directa. Por lo tanto, la declaración de los involucrados tendrá valor fundamental para determinar, en conjunto con el pleno probatorio concurrente, la verdad o falsedad de la acusación».

Como se advierte, el juez tuvo en **consideración lo expresado por el padre y la madre del acusado, sólo que no asignó el valor pretendido por la defensa**, por cuanto las declaraciones no aportaron información relevante que desacreditara la existencia del hecho o la autoría de T. M. por ser hechos que ocurren habitualmente en ámbitos íntimos – sin presencia de testigos– y que la prueba de cargo tuvo mayor valor conviccional.

En particular, considero adecuada a la valoración expresada por el magistrado de instancia anterior respecto a que las declaraciones del padre y la madre del acusado resultaron genéricas y que «[...] ni el imputado ni sus progenitores han podido afirmar que [F.L.] volviera de diálisis ese día -16 de enero- a dormir a la casa de W. T., de manera de estar en ese domicilio las primeras horas del día 17 de enero que es la fecha en que la acusación ubica la comisión del delito».

A ello se agrega que de lo expuesto por el acusado, y en función de la prueba rendida, sólo se logró acreditar la existencia de una **relación de pareja entre la víctima y el victimario** hasta noviembre de 2020, que T. M. padece consumo problemático de estupefacientes, que podía concurrir en horarios de madrugada a la vivienda de la víctima y allí pernoctar aún cuando habían terminado su relación, que la víctima había conseguido turno en la psicóloga para que asistiera T. M. y que asistieron al turno el día 18 de enero de 2021.

Por su parte, respecto a la declaración de la víctima comparto también la ponderación del juez acerca de que tenía todos los **indicadores de credibilidad** concernientes a la verosimilitud del testimonio, persistencia en la incriminación y ausencia de incredibilidad subjetiva.

Esto, debido a que la víctima fue clara al expresar que la agresión denunciada ocurrió durante la madrugada del día 17 de enero de 2019, día anterior a la fecha en que concurren a la cita con la psicóloga. Conforme a lo expuesto, entiendo que debe ser rechazado el cuestionamiento defensivo en razón que no tiene asidero.

Respecto al segundo agravio expuesto en el recurso casatorio relativo a la modalidad de ejecución de la pena impuesta en la condena, entiendo que tampoco corresponde hacer lugar al planteo efectuado por encontrarse el decisorio debidamente fundado.

Sobre el instituto de condena de ejecución condicional

En cuanto al instituto de condena de ejecución condicional me he expresado en diversos precedentes de esta Sala del Máximo Tribunal, como son «Domínguez Castillo», «Gutiérrez Farías», «Martínez Fernández», entre otros. En este aspecto, encuentro relevante destacar que en aquellas ocasiones he sostenido que la sentencia representa una unidad lógica, por lo que las consideraciones efectuadas relativas al quantum de la penalidad impuesta se encuentran directamente relaciones con la modalidad de cumplimiento de la misma.

Entiendo que la normativa sustancial, al regular el instituto de la condena de ejecución condicional, luego de definir claramente que su disposición es una atribución facultativa del tribunal de sentencia, establece una suerte de limitación a su aplicación al señalar que la resolución jurisdiccional deberá estar fundada en «[...] la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de la libertad» (art. 26 del CP).

La posibilidad de que recaiga condena de ejecución condicional no implica la operatividad automática del instituto, sino que el juzgador debe fundar en los extremos antes reseñados las razones del efectivo cumplimiento de la pena. Esta exigencia ha sido destacada en numerosos precedentes de la Corte Federal al considerar que la decisión que deniega la condenación condicional debe ser fundada (CSJN, fallo del **04/05/2021, «García»**, Fallos 333:584).

Como puede apreciarse en el caso de autos, luego de señalar la escala penal prevista para la figura atribuida, el juez explicó que «[a]unque la entidad de las lesiones no revista gravedad y el acusado carece de antecedentes condenatorios previos, no es conveniente en el caso concreto dejar en suspenso el cumplimiento de la pena debido a la peligrosidad demostrada por el imputado, tanto por su dependencia a las drogas como por el perfil psicológico y el significado objetivo del hecho».

Para realizar esta afirmación el juez tomó en consideración el dictamen conjunto del perito psiquiatra y perito psicólogo en relación con que T. M. debe ser considerado un riesgo para sí y para terceros si no realizaba tratamiento psicológico.

Además, entiendo que su valoración para resolver la modalidad de cumplimiento aparece razonablemente fundada también en la violencia de género advertida en el hecho. Su argumentación es coherente con la perspectiva de género aplicada en la valoración probatoria. En este orden de ideas, el juez consideró, correctamente, la situación de mayor vulnerabilidad de la víctima debido a encontrarse bajo un contexto de violencia de género y su condición de paciente renal crónica, lo que estimó que conllevaba la aplicación de un enfoque diferencial.

Así, expresamente afirmó que «[...] la condición de víctima de violencia de género define la escala penal aplicable, pero **la intensidad del ataque o la afectación concreta al bien jurídico protegido por la norma permitirá recorrer la escala penal entre el mínimo legal y el máximo concreto** señalado por el acusador y orientar la decisión sobre el cómo de su cumplimiento».

En este sentido, la modalidad del ataque revela el **contenido misógino** del comportamiento juzgado en autos al haberle expresado el acusado a la víctima que mediante la mordida en el pecho quería evidenciar que **ella era de su propiedad**.

En consecuencia, basándose en **las condiciones personales del autor, la naturaleza del hecho y la particular situación de mayor vulnerabilidad de la víctima**, el juez concluyó que era inconveniente dejar en suspenso el cumplimiento de la pena de prisión impuesta en las presentes actuaciones.

Este razonamiento lo encuentro ajustado a las disposiciones legales vigentes en la materia, como a las consideraciones antes expuestas sobre abordaje de casos judiciales con la debida perspectiva de género. De acuerdo con todo lo señalado, considero que del análisis de la sentencia cuestionada y del recurso interpuesto surge que la primera no posee los vicios atribuidos por la defensa, pues el juez de instancia anterior ha fundado sólidamente la resolución dictada en relación, por una parte, con la existencia del hecho y la autoría de T. M. y, por otra, con la modalidad de cumplimiento de la pena impuesta. Por todo lo expuesto, estimo que debe contestarse de manera negativa a la primera cuestión planteada. **ASÍ VOTO.**

Voto Dr. Adaro.Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. MARIO D. ADARO, POR SU VOTO, DIJO: Comparto las conclusiones a las que llega mi colega de Sala preopinante en cuanto a la improcedencia sustancial del recurso interpuesto. Empero entiendo pertinente remitir respecto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género a lo que ya he referido en numerosos pronunciamientos de este Máximo Tribunal (ver «Galdeano Reyes», «Concha, Jesús», «González Pringles», y más recientemente «Ojeda Pérez», «Rivero Gutiérrez», «Alaniz Pineira», entre otros). ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo.Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. OMAR A. PALERMO, POR SU VOTO, DIJO: Comparto las conclusiones a las que llega mi colega de Sala preopinante en cuanto a la improcedencia sustancial del recurso interpuesto. Ahora bien, en relación a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género entiendo oportuno remitirme a lo que he expuesto en los precedentes «Di Cesare Morales», «Mejía Salvador» y «Reyes Cortelezzi». ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de W. E. T. M..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

2- DE JESUS. 07-03-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	PCC	-	-	A	-	-	-	-	-	N	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=759>

Lex: Arts. 94 Bis, 26 del CP. Arts. 392 y 413 del CPP. Art. 8.2 de la CADH

Vox: Lesiones graves culposas agravadas. Conducción antirreglamentaria. Inhabilitación. Principio de congruencia. Hecho diverso. Iura novit curia. Principio de la unidad de la prueba.

Summa:

El JPC condenó al sindicado a la pena de un año de prisión de ejecución condicional como autor penalmente responsable del delito de lesiones culposas graves agravadas.

La defensa alude como primer agravio que la sentencia es nula ya que que el Tribunal de juicio cambió la calificación legal y el hecho, ello en contra del principio de congruencia, defensa y debido proceso. Su segundo agravio gira en torno a la valoración de la prueba conforme la sana crítica racional.

El Procurador General entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La SCJM rechazó el recurso de casación. Aseveró que no existió un hecho diverso y que la estructura típica del delito de lesiones graves culposas es idéntica al de lesiones graves culposas agravadas por la conducción de un vehículo automotor.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 3732, pronunciada por el JPC N° 1- 3° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- «Torres Surget». 03-05-18. Algunos párrafos destacados:

En un hecho delictivo, lo que distingue entre los distintos grados de intervención no es el dominio del hecho sino el grado de intervención en el suceso, de modo que la diferencia entre autores y partícipes, y entre estos en particular, depende de intensidad cuantitativa de los aportes, siendo autor aquel que configura lo principal en el hecho, y partícipes quienes configuran lo accesorio.

Si la participación en un delito implica valoraciones sobre la naturaleza de la intervención de una persona en la configuración de un hecho en términos de intensidad, las apreciaciones que la acusación haga respecto de ello implican definiciones relativas al alcance de la plataforma fáctica imputada y, consecuentemente individualizan el punto de referencia de la defensa para plantear la mejor estrategia posible de acuerdo con su interés. De este modo, **cualquier postura que modifique el sentido dado por la acusación a la intervención del acusado conlleva una modificación de la referencia sobre el que la defensa ha decidido estructurar su labor contradictoria.**

El Juez de grado vulnera el derecho de defensa del acusado, en primer lugar cuando cambia la calificación definida por la acusación relativa al tipo de intervención del imputado en el hecho delictivo. En segundo lugar, puesto que compromete la labor de la defensa del acusado al no facilitar la tarea contradictoria respecto del campo modificado y su relevancia en la individualización de la pena...”

La petición de la pena forma parte de la acusación, entendida ésta como etapa fundamental del debido proceso penal, de manera que **la completa correspondencia que demanda el principio de congruencia entre la sentencia y las circunstancias tenidas en cuenta por el órgano acusador también recae sobre el**

requerimiento punitivo. Así, cualquier pena que exceda el pedido de la acusación coloca al procesado en una situación más desfavorable que la pretendida por el propio órgano acusador, de manera que se vulnera la prohibición de la reformatio in pejus.

La potestad del juez no puede exceder la pretensión punitiva expresada por aquella de las partes del proceso titular del ejercicio y la responsabilidad de la acción penal, es decir, del órgano acusador respecto del pedido expreso de penalidad, aplicando una sanción mayor, ni tampoco en cuanto al análisis de la plataforma fáctica objeto del proceso, calificando el hecho en forma más gravosa para la situación del imputado; una actuación que no se adecúe a ello, no sólo atenta contra los principios y garantías que implica el sistema acusatorio, sino que afecta de modo directo contra el derecho de defensa en juicio, principio basal del ordenamiento procesal. (Voto Dr. Valerio)

Si bien la pretensión acusatoria determina el contenido y el alcance máximo de la jurisdicción, ello no obsta a que, en el caso concreto, cuando el Tribunal advierta que el hecho encuadra en una calificación menos gravosa, puede aplicar ésta, diferenciándose así de la acusación. (Voto Dr. Valerio)

b-CSJN

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/fallosDestacados/buscar.html> EXCELENTE.

- «Sircovich». Fallos: 329:4634.

<https://sj.csjn.gov.ar/homeSJ/notas/nota/20/documento>

Nota de Jurisprudencia, Principio de congruencia, Secretaría de Jurisprudencia, Corte Suprema de Justicia de la Nación, agosto de 202).

b-CIDH

Cambio de calificación legal. Derecho de defensa

- Caso «Fermín Ramírez vs. Guatemala»20-6-5.

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_126_esp.pdf

Doctrina citada.

CAFFERATA NORES, José I. - TARDITI, Aída, Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, t. 2, p. 203, Edit. Mediterránea, Córdoba, noviembre 2003). (CAFFERATA NORES, José I. - TARDITI, Aída, Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, t. 2, p. 203, Edit. Mediterránea, Córdoba, noviembre 2003.

SCJM. Dres.: **Valerio.** Llorente. Adaro.

Fallo.

CUJ: 13-05062023-3/1((032101-8815)) RECURSO DE CASACION EN P-8815/17 FC/ DE JESUS JORGE DANIEL P/ LESIONES CULPOSAS (8815) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105228272*

En Mendoza, a los siete días del mes de marzo del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 05062023-3/1 caratulada “FC/DE JESUS, JORGE DANIEL P/LESIONES CULPOSAS (8815) S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo el DR. MARIO D. ADARO y tercero el DR. PEDRO J. LLORENTE.

A fs. 2/11 vta. la defensora de la Segunda Defensoría de Pobres y Ausentes de la Tercera Circunscripción Judicial, interpone recurso extraordinario de casación contra la sentencia N° 3.732 de fecha 16 de octubre de 2019 y sus fundamentos (fs. 57 y 59/65) del Primer Juzgado Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción Judicial.

Ello en cuanto condena al acusado Jorge Daniel De Jesús a la pena de un año de prisión de ejecución condicional, con más la accesoria de dos años de inhabilitación especial para conducir todo tipo de vehículos automotores por encontrarlo autor penalmente responsable del delito de lesiones culposas graves, agravadas por la conducción imprudente, negligente o antirreglamentaria de un vehículo con motor (art. 94 bis, 26, 40 y 41 del CP).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

En las presentes actuaciones la plataforma fáctica por la que el Ministerio Público Fiscal requirió la citación a juicio del acusado sostuvo que «[...] el día 29 de enero de 2017, siendo aproximadamente las 05:30 horas, el señor JESUS ROBERTO LEIVA GIMENEZ circulaba junto a su esposa [...] y sus hijos [...] a bordo de un automóvil Renault, modelo 6 [...] por Ruta Nacional 7 con dirección de marcha hacia el oeste [...] cuando un vehículo Chevrolet Cruze [...] al mando de Jorge Daniel De Jesús realiza una maniobra de sobrepaso imprudente colisionando al vehículo Renault provocando que el mismo perdiera el control y comience a dar vuelcos, ocasionándole como producto de la colisión a Leiva, Gonzalo politraumatismo grave por accidente vial [...] **hubo riesgo de vida**».

La sentenciante, por su parte, tuvo este hecho por parcialmente acreditado y puntualizó, que no hubo controversia de partes respecto de que el mismo se produjo a las 02:30 hs.; que el vehículo del acusado circulaba en la misma dirección que el de Leiva, por el carril lento; que el accidente se produjo a la altura del Km. 982, que no existe en la zona luminaria artificial ni señalización y que el vehículo fue embestido por alcance, con su sector frontal medio derecho al sector posterior, del Renault 6. Del mismo modo, que antes del accidente y delante del vehículo del acusado circulaba un colectivo de larga distancia que sobrepasó al Renault 6; así como que éste al ser impactado derrapó, realizó un medio giro y volcó, sufriendo lesiones los menores de edad ocupantes de este vehículo (ver fundamentos de fs. 59 vta. y 60).

Para decidir de este modo, la jueza valoró, entre los elementos de prueba más relevantes, el acta de procedimiento y croquis de fs. 01/03, los informes médicos de los que surgen las lesiones de los menores de fs. 26/27 y 73, los dosajes de alcohol de fs. 08/09 y 23, las comunicaciones del CEO de fs. 53/67 y el informe de Científica de fs. 88/90. Igualmente valoró las testimoniales de Leiva, conductor del vehículo embestido, la declaración indagatoria del propio acusado y las declaraciones testimoniales de los funcionarios actuantes, Melisa Cuadro y Laura Lucero (ver fundamentos de fs. 60/61).

De este modo, concluyó que el imputado no respetó la distancia necesaria con el vehículo precedente – el colectivo de larga distancia– dada la oscuridad del lugar; que circulaba a una velocidad que no le permitió tener el pleno dominio de su conducido y realizar a tiempo la maniobra de sobrepaso, por lo que terminó colisionando por detrás al Renault 6 (ver fs. 62). Así, entendió que **el acusado excedió el riesgo permitido en términos de velocidad y distancia de seguridad con el vehículo precedente impidiéndole el pleno dominio sobre su conducido, correspondiendo atribuirle el resultado dañoso.**

2.- El recurso de casación

La defensa formula recurso de casación a fs. 2/11 y fs. 75/76 contra la sentencia arriba individualizada con fundamento en el art. 474, inc. 2 del CPP.

Ello por cuanto entiende que adolece de **nulidad** absoluta por violación **al principio de congruencia, del debido proceso y del derecho de defensa en juicio**, en tanto no existió correlación entre la acusación y la sentencia. Aduce, además, motivación aparente y arbitraria con transgresión a las reglas de la sana crítica, apartándose el tribunal de las reglas de la lógica, la experiencia y la psicología (art. 416, inc. 4 del CPP).

Respecto del primer agravio –nulidad de la sentencia conforme el art. 474 inc. 4 del CPP– transcribe el hecho de la acusación, refiere que la calificación legal fue de lesiones graves culposas conforme el art. 94, párrafo 2 en función con el art. 84 y art. 90 del CP en ese hecho y que, al momento de los alegatos, la representante del Ministerio Público sostuvo esa misma **calificación** conforme con la pieza acusatoria haciendo referencia al **cambio de la hora del hecho**.

Sostiene que se ha condenado al acusado por **un hecho diverso**, que no fue modificado por la fiscal, pues la acusación versó sobre una maniobra imprudente de sobrepaso sobre el Renault 6 con una única víctima. Luego, reseña una nueva modificación, esta vez sobre la existencia de un tercer vehículo, un colectivo de larga distancia.

Lo propio hace respecto de la **modalidad del hecho**. En este sentido, afirma que no hubo controversia de partes en cuanto a la **embestida por alcance**, cuando la pieza acusatoria habla de **maniobra de sobrepaso imprudente y se arroga la facultad de acusar y completar el tipo del delito culposo cambiando el relato de los hechos**. Igualmente, en cuanto a las lesiones a los tres menores de edad ocupantes del vehículo.

Analiza los alegatos del Ministerio Público Fiscal, las pruebas en las que se funda y la petición de ser condenado por lesiones culposas.

De la **modificación de la calificación legal** –lesiones culposas agravadas del art. 94 bis del CP–, reitera que tanto los hechos como la calificación jurídica no fueron advertidos por la defensa, pudiendo haber pedido, por ello, la suspensión del debate. Añade que nunca se le atribuyeron las lesiones de los otros menores de edad, ni los nuevos hechos de cómo habría sucedido el accidente –no circular con cuidado y prevención, o no respetar las distancias entre vehículos o ir a exceso de velocidad–. Reitera que la conducta atribuida fue un sobrepaso imprudente que produjo **lesiones a una sola persona**.

Discorre luego sobre el principio del **iura novit curia** y cita jurisprudencia de la Corte nacional –«**Fermín Ramírez**»– en el que, si bien se reconoce al tribunal la facultad de modificar la calificación legal del hecho, se establecen parámetros para preparar adecuadamente su defensa.

Cita también jurisprudencia internacional y peticona se dicte el sobreseimiento de su defendido por lesiones culposas agravadas.

El segundo agravio gira en torno a la valoración de la prueba conforme la sana crítica racional. Entiende que la jueza de la instancia previa fundamentó su sentencia en el testimonio de Leiva, conductor del Renault 6, prueba poco fiable por su interés tanto penal como civil.

Destaca que Leiva sostuvo que circulaba con las luces traseras encendidas y afirma que se debe dudar de su testimonio por cuanto no tenía licencia de conducir, seguro, transferencia a su nombre ni revisión técnica en un auto modelo 1973, demostrativo de su falta de interés de circular en debidas condiciones.

Continúa, respecto del testimonio de Cabañez, indicio para la sentenciante, quien dijo haber visto solo las luces delanteras de tres vehículos y no las traseras de ninguno por la posición diagonal y la distancia en que se encontraba –300 a 500 metros–.

Por su parte, refiere que su asistido dijo no haber visto al Renault 6 porque no le vio luces traseras ni delanteras, que se lo encuentra sorpresivamente al pasar el colectivo, que hubo huellas de frenada pero igualmente lo impacta quedando todos los vehículos en el lugar.

A criterio de la defensa, estas afirmaciones serían reforzadas por el testigo Cabañez.

Agrega que las fotos del automóvil muestran un vehículo muy antiguo y en malas condiciones con un bidón como tanque de combustible; el informe de Policía Científica no pudo verificar –dado el estado final– la existencia de bocina, el sistema de luces, la velocidad, pero si una huella de frenado de 2,5 metros.

Reitera el escaso valor convictivo del testimonio de Cabañez acerca de las velocidades de circulación de los rodados, pues no es perito ni experto, no sabe medir en kilómetros y la zona es oscura sin iluminación, circunstancia ésta reforzada por el personal actuante. Entiende que en este punto hay una duda insuperable.

En otro orden, la jueza afirmó que el acusado sostuvo que iba a 120/130 km cuando el propio acusado dijo haberlo hecho a 90 km, que es la velocidad permitida y a la que se conducen los colectivos de larga distancia; que no valoró la altura del colectivo que le permitió advertir el Renault 6 y que éste alumbraba hacia adelante. Todo ello no permitiría inferir participación alguna de su asistido.

Añade, además, que el resto de la prueba desincrimina a De Jesús, particularmente la inexistencia de signos de cansancio y de alcohol, la ayuda que brindó a las víctimas, su manifestación de no haber visto al Renault 6 y es precisamente porque no tenía luces traseras.

Sostiene que de haber inobservado las reglas de dominio, velocidad y espacio entre autos el acusado hubiera embestido antes con el colectivo, ya que venían en forma lineal, por el mismo carril hasta, que aquél efectuó el sobrepaso.

En conclusión, entiende que existe errónea valoración de la prueba, falsa valoración de los dichos del acusado y valoración fraccionada de la prueba en un razonamiento no derivado de los datos de la investigación; que es el Estado quien debe probar los hechos y la culpabilidad para destruir el estado de inocencia; que no se ha desvirtuado su versión exculpatoria, existiendo una duda insuperable que impide la condena.

Finalmente hace reserva de caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, a fs. 82/84 de este legajo, contesta la vista conferida **y se pronuncia por la procedencia formal y el rechazo sustancial** del recurso articulado.

En cuanto al primer agravio, cita jurisprudencia y doctrina para sostener que no existe violación al principio de congruencia por cuanto el acusado no ha sido sorprendido en el ejercicio de su derecho de defensa, en razón de que no se le ha endilgado un hecho del que no pueda defenderse, en tanto la plataforma fáctica, en lo esencial, es idéntica.

Respecto de la motivación de la sentencia entiende que de ningún modo la misma es arbitraria o aparente o que se haya transgredido las reglas de la sana crítica respecto de elementos probatorios decisivos.

Por el contrario, la jueza ha valorado las declaraciones testimoniales y la contundente prueba instrumental y no obstante hacer hincapié la defensa que el vehículo era antiguo y deteriorado, sus neumáticos, según Policía Científica, estaban en buenas condiciones, no logrando verificarse el sistema de luces y bocina, mientras que el sistema de freno accionaba en aparentes buenas condiciones.

Entiende, en definitiva, que el tribunal valoró acabadamente todo el plexo probatorio, por lo que la sentencia cuestionada no está insuficientemente motivada, ni puede ser considerada ilógica, arbitraria o falsa, por lo que el planteo defensivo es infundado y no puede prosperar.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso promovido por la defensa del acusado, adelanto que, por las razones que a continuación se exponen, corresponde rechazar la impugnación impetrada.

Dos son los aspectos, en orden a los agravios articulados, a los que debiera darse tratamiento.

El primero (a) referido al análisis relacionado con la **violación del principio de congruencia** por parte de la sentencia que condenó a De Jesús, la falta de aplicación del hecho diverso (art. 382 del CPP) y el principio del iura covit nuria (art. 413 del CPP).

El segundo (b), si existen vicios de argumentación respecto de la valoración de la prueba.

a.- Consideraciones sobre la pretendida violación del principio de congruencia, la inaplicabilidad del instituto del hecho diverso y el principio iura novit curia.

En relación con el primer agravio expuesto por la defensa entiendo que no existe de modo alguno violación al principio de congruencia por parte de la jueza de la instancia anterior.

La defensa parte de allí para sostener que el hecho por el que ha sido condenado el acusado es diverso y que ha existido un cambio en la calificación legal en la sentencia en relación al contenido de la acusación fiscal, tanto respecto del requerimiento de citación a juicio, como respecto de los alegatos finales. **Dicha diversidad la centra en la calificación legal, el horario del hecho y la modalidad del accidente.**

Calificación legal

El instituto del art. 392 del CPP de Mendoza tiene concordancia con el previsto en el art. 389 del CPP de Córdoba y se define como «[...] aquel que presenta circunstancias fácticas comunes con el relatado en la acusación originaria –ya que si fuera un nuevo delito regirá el art. 152, debiendo absolverse con respecto al originario– pero que a criterio del tribunal –que dispone correr vista al fiscal– **resulta alterado durante el debate, por agregación, supresión (a veces por insuficiencia de prueba) o sustitución de algún accidente de lugar, modo o tiempo del acaecer histórico de su comisión**, no previstos en aquella y que **no constituyan simples circunstancias previstas como agravantes** por la ley penal cuya concurrencia hubiera determinado la aplicación del art. 388» (CAFFERATA NORES, José I. - TARDITI, Aída, Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, t. 2, p. 203, Edit. Mediterránea, Córdoba, noviembre 2003). En

mérito a ello, entiendo que el **hecho se ha mantenido inmutable** durante toda la investigación penal preparatoria y aun durante el debate por lo que entiendo no cabe hablar de hecho diverso.

Al efecto, en primer lugar y en cuanto a la calificación legal, la defensa no logra demostrar, ni tan siquiera mencionar **cuál ha sido la afectación** al derecho de defensa y el agravio que ello le ha originado. Ello en razón que desde el inicio la imputación del delito fue de lesiones graves culposas, originadas en un accidente de tránsito, lo que en modo alguno ha sido desconocido para la defensa y, asimismo, cuando el acusado conducía un vehículo automotor. De este modo **no existe margen alguno para alegar un hecho diverso** y por ello no existe afectación del principio de congruencia dado que **la estructura típica del delito de lesiones graves culposas es idéntica** al de lesiones graves culposas agravadas por la conducción de un vehículo automotor.

A más de ello, cabe aclarar que, en los alegatos finales, el Ministerio Público Fiscal solicitó expresamente que el acusado fuera condenado por el delito de lesiones culposas graves conforme el art. 94 bis del CP, al **entender acreditada la responsabilidad por conducción imprudente del imputado** (ver registro audiovisual del 16/10/2017, minuto 00:22:13 en adelante), lo que contradice claramente la afirmación de la defensa.

Ello así por cuanto es aquí cuando éste debe argumentar y concluir sobre la cuestión penal, fundadamente, con claridad y precisión, pronunciándose sobre la existencia material del hecho, las modalidades en que éste aconteciera, el encuadre legal y el grado de intervención del imputado, a más de solicitar la pena.

Horario del acontecimiento

En otro orden, debe decirse que la jueza en la sentencia **destacó el acuerdo de las partes en cuanto al horario de acontecimiento**, segundo motivo alegado por la defensa para fundar el hecho diverso. Ahora, no obstante el cuestionamiento defensivo y la afirmación de la jueza, ello surge de la totalidad de la prueba rendida y de la misma declaración del acusado.

Cierto es que de la lectura de la imputación en la segunda jornada en que se dio inicio al debate efectuada por la propia jueza, la hora del hecho que surge son **las 5:30 horas** pero fue el propio acusado, que declaró inmediatamente después y ya habiéndolo hecho en la instrucción, quien refirió que fue **a las 2:30 horas** (ver registro audiovisual del 31/07/2019, minuto 00:04:50), reiterando ello en su declaración sobre el final del debate y antes de los alegatos, «[...] eran alrededor de las dos y media de la mañana [...]» (ver registro audiovisual del 16/10/2019, minuto 00:00:50).

Ello surge también de las testimoniales de Jesús Leiva, conductor del Renault 6 en cuanto dijo que «[...] veníamos de Santa Rosa a San Martín, [...] no me acuerdo, a la madrugada, fuimos a las doce del mediodía, habían estado todo el día, era el cumpleaños de mi madre [...]» (ver registro audiovisual del 31/07/2019, minuto 00:22:13 en adelante); de Cinthia González, esposa de este último, cuando afirmó que «[...] veníamos de Santa Rosa de la casa de mi suegra, a las 02:00 más o menos por la Ruta 7 de Santa Rosa a San Martín [...]» (ver registro audiovisual del 31/07/2019, minuto 00:47:46 en adelante). Sobre el mismo horario, dos o tres de la mañana, también coincidió el testigo Cabañez (ver registro audiovisual del 26/09/2019, minuto 00:03:20).

Lo propio acontece con la demás prueba instrumental obrante en la causa. Así, del acta de procedimiento de fs. 1/3, labrada en la Sub Comisaría Giannoni de San Martín a las 5:30 horas del día 29 de enero de 2019, surge que «[...] en la fecha siendo las tres horas aproximadamente, se toma conocimiento a través del Centro Estratégico Operacional que en la Ruta 7 Km 982 de Alto Verde, San Martín. Se habría producido un accidente vial [...]»; de la constancia de dosaje de alcohol realizada a las 04:50 horas (ver fs.

10); de constancia de accidente vial de fs. 19 que da cuenta del horario del suceso a las 3:00 hs. aproximadamente; las constancias de comunicaciones del CEO de fs. 54/67 en las que consta que la **primera novedad** fue a las 2:16:09 horas. **Ello, a más de no ocasionar perjuicio alguno al acusado –si el accidente aconteció dos horas antes o después–, lo único que hace es explicar la existencia de un error material en el avoque de fs. 95** y que se trasladó al acta de imputación formal de fs. 102 y a la acusación, el que fue debidamente aventado en el debate y de modo alguno incide en las circunstancias fácticas del accidente que protagonizara el acusado.

Modalidad del acontecimiento

El tercer tópico considerado constitutivo de un hecho diverso por la defensa refiere a la **modalidad del acontecimiento**, en tanto se incorpora a éste un tercer vehículo, un colectivo de larga distancia. Particularmente entiende que, de la «realización de una maniobra de sobrepaso imprudente con lesiones a uno de los ocupantes del rodado», la sentenciante pasó a considerar que **no hubo controversia** acerca del «embestimiento [sic] de De Jesús hacia el Renault 6, y a no circular con cuidado y prevención, no respetar las distancias entre vehículos o ir a exceso de velocidad, con lesiones a otras personas».

Al respecto entiendo oportuno realizar algunas aclaraciones previas. De Jesús resultó condenado –contrariamente a lo sostenido por la defensa– por las lesiones ocasionadas respecto de uno solo de los menores de edad (véase para ello fundamentos a fs. 63 vta., párrafo 4to.) en estricta observancia a la acusación que se le impusiera.

En relación con la incorporación de un **tercer vehículo**, que aduce antojadiza de la jueza de la instancia anterior, la existencia de dicho rodado es clara desde el inicio de la investigación penal preparatoria y a ello se han referido desde el propio acusado, en todas sus declaraciones, la prueba instrumental debidamente incorporada y todas las testimoniales rendidas (véase fs. 1 vta. del acta de procedimiento; fs. 63 de las constancias del CEO, entre otras).

Téngase en cuenta, además, que la existencia del colectivo fue expresamente utilizada por la defensa en sus alegatos para explicar la mecánica del suceso (ver registro audiovisual del 16/10/2019 en la parte pertinente).

Resta entonces referirnos a la falencia al **principio de congruencia**, ahora respecto de la **modalidad de comisión del hecho**. Refiere la defensa que los hechos consistieron inicialmente en una maniobra de **sobrepaso** imprudente y en la sentencia se modifica por una **embestida** por alcance, desconociendo si se está frente a la falta del deber de respeto de la distancia reglamentaria entre vehículos, exceso de velocidad o falta de cuidado y prevención para circular.

Entiendo que tampoco en este tópico existe reformulación del hecho como pretende la defensa. Por el contrario, ambas situaciones se producen y no son sino una la explicación de la otra: es efectivamente De Jesús el embistente del rodado Renault 6, y es quien efectúa una maniobra de sobrepaso, ante la advertencia sorpresiva del vehículo, que no puede concluir exitosamente al circular sin el cuidado y prevención que las normas del tránsito le imponían, entre ellas y como bien señala la jueza, **la que impone el deber de mantener una prudente distancia entre vehículos y la velocidad precaucional que le hubiera permitido evitar la colisión**. Es ésta la explicación jurídica de la situación de hecho que precisamente ha sido tratada extensamente en la segunda cuestión y no altera de modo alguno la plataforma fáctica.

Calificación legal. Caso “Fermín Ramírez vs. Guatemala”. Torres Surget. Sicovich.

Por último, respecto de este agravio, la defensa también invoca violación al **art. 413 del CPP** como derivación del planteo ya efectuado acerca del principio de congruencia. Esto por cuanto entiende que la

modificación de la calificación ha afectado el derecho de defensa del acusado, la que entiende ha sido brusca.

Le asiste razón cuando sostiene que la falta de acusación fiscal importa grave afectación del principio de congruencia y correlativamente del derecho de defensa porque la actividad defensiva se construye en relación a la acusación fiscal y en tanto estemos en un modelo de enjuiciamiento acusatorio, más aún hoy de corte adversarial, ésta funciona como límite a la actividad jurisdiccional.

Al respecto este Cuerpo ha sostenido, con cita del fallo que la misma defensa invoca, que «El sentido y alcance del principio *iura novit curia*, y su relación con el derecho de defensa en juicio y el debido proceso penal, fue objeto de análisis de la jurisprudencia interamericana en ocasión de expedirse en la solución del caso “**Fermín Ramírez vs. Guatemala**”.

Allí, al explicar el alcance de las garantías contenidas en el **art. 8.2 de la CADH**, la Corte interamericana de Derechos Humanos sostuvo que «[l]a **calificación jurídica [de los hechos] puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador**, sin que ello atente contra el derecho de defensa, cuando se mantengan sin variación los hechos mismos y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación.

El llamado ‘**principio de coherencia o de correlación entre acusación y sentencia**’ implica que la sentencia puede versar **únicamente sobre hechos** o circunstancias contemplados en la acusación» (ver considerando 67)», pronunciándose, en el voto preopinante, por un principio de congruencia fuerte en su dimensión fáctica y débil en sentido jurídico, matizado por el concepto de “sorpresa”, es decir que los hechos contenidos en la acusación son absolutamente inmodificables por el juzgador, pero puede apartarse del sentido jurídico que el acusador le da a la solución en tanto no se altere la base fáctica y siempre que el cambio de calificación no implique una sorpresa para el imputado (**ver precedente «Torres Surget», sentencia del 3 de mayo de 2018**).

Nuestra Corte Suprema ha sostenido que cualquiera sea la calificación jurídica que en definitiva efectúen los jueces, el hecho que se juzga debe ser exactamente el mismo que el que fue objeto de imputación y debate en el proceso, es decir, aquel sustrato fáctico sobre el cual los actores procesales desplegaron su necesaria actividad acusatoria o defensiva.

Si bien en orden a la justicia represiva, el deber de los magistrados, cualesquiera que fueren las peticiones de la acusación y la defensa, o las calificaciones que ellas mismas hayan formulado con carácter provisional, consiste en precisar las figuras delictivas que jueguen con plena libertad y exclusiva subordinación a la ley, ese deber **encuentra su límite en el ajuste del pronunciamiento a los hechos que constituyen la materia del juicio** (Fallos: 314:333; 315:2969; 319:2959).

El **cambio de calificación** adoptado por el tribunal será conforme al artículo 18 de la Constitución Nacional, a condición de que dicho cambio no haya desbaratado la estrategia defensiva del acusado, impidiéndole “formular sus descargos” (“**Sircovich**”, Fallos: **329:4634**) (Nota de Jurisprudencia, Principio de congruencia, Secretaría de Jurisprudencia, Corte Suprema de Justicia de la Nación, agosto de 2021).

Pero, como venimos diciendo, la identidad que ha de existir y se da en el caso es una necesaria identidad fáctica en cada uno de los actos del proceso penal –hecho intimado, hecho motivo de la acusación y hecho de la sentencia–, para no violentar el principio de congruencia y con ello la garantía de defensa en juicio y que aún en el supuesto de identidad en la base fáctica objeto de juzgamiento, la pretensión acusatoria es la que determina el contenido y el alcance máximo de la jurisdicción.

Ello es lo acontecido, pues en los alegatos fiscales se precisó la calificación jurídica a las previsiones del art. 94 bis del CP, que no implica sino un ajuste a la situación concreta debidamente probada –delito de lesiones culposas graves originadas en la conducción de un vehículo automotor–.

De más está señalar que tampoco acredita violación concreta a garantías constitucionales, limitándose a efectuar en este aspecto –posibilidad frente a la novación legal de haber desplegado herramientas de resistencia o defensa– apreciaciones teóricas generales y dogmáticas al efecto.

En conclusión, entiendo, conforme el desarrollo efectuado, que el referido agravio no puede tener acogida en esta instancia.

b.- Sobre los cuestionamientos de la defensa en relación con el apartamiento de la sana crítica racional en la valoración de la prueba

La defensa realiza un ingente esfuerzo para desacreditar la convicción a la que llegara la sentenciante con relación a la falta de acreditación, con el grado de certeza necesario para condenar, de la autoría del acusado en el hecho atribuido.

Sin embargo, adelanto, en este sentido, que los elementos de convicción incorporados luego del debate han sido suficientemente valorados en orden a los principios de la sana crítica racional, por cuanto se ha efectuado un análisis completo y razonado de la totalidad del plexo probatorio.

No se advierte la imputada falencia de motivación y, por ello, **el acto sentencial debe ser considerado un acto jurisdiccional válido, pues no adolece de falencias que ameritan su anulación** (ver al respecto, L.S. 186-427; 153-011; 354-218; 392-94 y 397-177, entre otros).

De tal manera, del análisis de los fundamentos se advierte un tratamiento de todos y cada uno de esos elementos de prueba –testimonios, prueba instrumental e indicios–, y una adecuada valoración de ellos por parte de la jueza sentenciante.

En primer lugar debe señalarse que el **aspecto objetivo** del hecho se halla debidamente acreditado a partir de la ponderación de la totalidad de la prueba instrumental y testimonial; particularmente del acta de procedimiento de fs. 1/3, de la constancia del dosaje de alcohol del acusado, de los informes del CEO, de las declaraciones testimoniales de los actuantes, del informe de lesiones del menor de edad de fs. 27, de la historia clínica del Hospital Notti acollarada y del informe de Policía Científica.

Las condiciones de tiempo y lugar constan claramente y ello le permitió tener por probado fecha, lugar y circunstancias del lugar, así como vehículos que participaron. Ya me he referido a ello en el tratamiento del primer agravio.

Tiene por acreditado, con el informe de Policía Científica, que el rodado del acusado fue el embistente, en mérito a los daños que su vehículo presentaba, lo que obedece correctamente, incluso, a las propias manifestaciones del acusado.

Esto último por cuanto señaló que él «[...] iba por la mano lenta, me lo encontré [...] lo toco en la parte de atrás del conductor [...] me lo encuentro y lo quiero esquivar [...] me encuentro con el auto y volanteé [...]» (ver registro audiovisual del 31/07/2019, minuto 00:04:50 y ss). Igualmente, ello surge del testimonio del policía actuante Lucero en el debate quien entrevistara al acusado a su llegada al lugar, «[...] dijo que había perdido el dominio, que se lo había topado [...] que no lo había visto» (ver registro audiovisual del 21/08/2019, minuto 00:38:40 y ss).

La defensa se esfuerza en cuestionar el testimonio de Leiva y principalmente de Cabañez, testigo presencial dada la cercanía de su vivienda al lugar del accidente.

Del primero por su interés penal y civil y en cuanto la sentenciante le otorga valor a su afirmación respecto de la existencia de luces traseras encendidas. Destaca, además, su falta de licencia de conducir,

transferencia, seguro y falta de revisión técnica como conductas desinteresadas, desidiosas e irresponsables, entendiéndose que estas características de personalidad (sic) denotan falta de interés de circular en debidas condiciones. A partir de ello deduce la duda sobre la veracidad de su testimonio.

Cabe aclarar que, no obstante la mención efectuada por la jueza en la sentencia (ver fundamentos fs. 62 y 62 vta.), todas esas falencias importan –en el caso– infracciones administrativas que eventualmente pudieron haber generado la sanción pertinente en el correspondiente ámbito. Por su parte, la revisión técnica del rodado, a la fecha de los hechos, no era de cumplimiento obligatorio.

Entiendo insuficiente la crítica practicada para denostar un testimonio que lució creíble en cuanto a las condiciones de circulación. Esto por cuanto el testigo, al momento del hecho, circulaba en compañía de toda su familia, que regresaba de un evento familiar y que vive en la zona pero, principalmente, porque las condiciones del evento dañoso lo hacen un actor pasivo del mismo.

Debe destacarse que el testigo circulaba en la misma dirección del embistente, por el carril de circulación lento de una ruta que, a esa altura, cuenta con doble vía. Según sus dichos, nada le hacía presumir que pudiera ser impactado desde atrás.

Lo propio debe decirse de Cabañez, quien efectivamente vive en las inmediaciones. Al respecto, corresponde señalar que el imputado dijo que frente a ese domicilio quedó el rodado de Leiva, al que luego le sacó fotos (ver declaración de éste del día 16/10/2019, minutos 00:00:50 en adelante). Las críticas acerca de la velocidad de circulación que éste pudo haber referido entiendo no tienen peso probatorio alguno en la decisión final alcanzada en tanto la velocidad de cada uno de los rodados deviene irrelevante en principio.

El argumento de mayor peso de la defensa y del acusado a lo largo del proceso fue que el Renault 6 no contaba con luces traseras. De tal manera, y por esa razón, una vez que el colectivo de larga distancia lo sobrepasó, éste se lo encontró, intentó esquivarlo –y, por ello aparece una huella de frenada de 2,5 metros– pero finalmente lo impactó. Téngase presente que aquello que el acusado mencionó como una posibilidad, al momento de hacer uso de la vía impugnativa devino en una afirmación.

En cualquier caso, si el vehículo de Leiva circulaba a menor velocidad, habilitado porque lo hacía por la vía correcta o incluso con defectos en sus luces, su contribución, a los efectos de atribuirle responsabilidad en el hecho, también deviene irrelevante.

Coincido con la sentenciante que el acusado **generó un riesgo más allá de lo permitido, pues efectivamente encontró el rodado de Leiva ya sin posibilidades de sobrepaso**, lo que se tradujo en un resultado dañoso –las lesiones graves a uno de los menores de edad–. Ello no es sino demostrativo de que no circulaba a la velocidad precaucional y con el dominio sobre su vehículo que las condiciones le imponían conforme a la normativa vigente, entre ellos la distancia del vehículo precedente. Por tal razón, uno de los indicios mensurados en la sentencia resulta ajustado, tal la conducta seguida por el chofer del colectivo que –en las mismas condiciones– efectuó la previa maniobra de sobrepaso.

Y ello así en tanto, circulaba detrás de un tren de vehículos, en primer lugar el rodado embestido –Renault 6–, luego un colectivo de larga distancia y por último el vehículo del acusado. Efectuada la maniobra de sobrepaso del rodado intermedio –esto es, el colectivo–, lógicamente De Jesús sabía ex ante que había otro rodado delante y sin aminorar la velocidad suficientemente o sin respetar la distancia que le hubiera permitido efectuar la misma maniobra de sobrepaso pero con éxito, volanteó pero terminó embistiendo con uno de sus extremos al Renault 6.

Todas las demás condiciones, en contrario a lo aseverado por la defensa, le resultaban favorables a De Jesús: circulaba por la mano lenta, lo que le permitía contar con una mano de circulación libre en el mismo

sentido de marcha; lo hacía detrás de un colectivo, que efectuó una maniobra anterior, lo que debió motivarlo en el sentido de advertir la existencia de otro rodado que lo hacía a menor velocidad; y, se trataba de una ruta nacional, en las que la falta de iluminación artificial es habitual –la mayoría de las rutas adolecen de ésta, salvo cuando atraviesan ejidos urbanos, o en determinados tramos–.

Por otra parte, considero que acierta la jueza de sentencia en cuanto a que la contribución de la víctima, quien habría generado un riesgo desaprobado a juicio de la sentenciante **por las infracciones administrativas**, no se concreta en el resultado, más aún no tuvo incidencia alguna en el curso causal. Ello parece es lo que ha pretendido esbozar la defensa para generar la duda en favor de su defendido.

En definitiva, la sentencia cuestionada valora adecuadamente y de manera integral la totalidad de las pruebas incorporadas y rendidas en el debate y por ello no luce arbitraria en orden al estado de duda que pretende instalar la defensa respecto de la autoría del acusado.

En este sentido, debe tenerse presente que esta Sala ha sostenido en otras ocasiones que «**el sistema de la sana crítica racional se encuentra íntimamente relacionado con el principio de la unidad de la prueba e impone como regla de la consideración de la prueba en su conjunto**, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles e imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados» (LS 388-219).

Por lo expuesto, corresponde contestar de manera negativa la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso de casación promovido y confirmar la sentencia criticada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Llorente. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del condenado Jorge Daniel De Jesús a fs. 02/11 de este legajo y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 3.732 y sus fundamentos.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos. R

egístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro

3- TELLO SANCHEZ. 21-04-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	Par.	M	-	PCE	-	-	A	R	-	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=819>

Lex: Art. 92 en función con el art. 89 y 80 inc. 1° y 11 del CP. Decreto 734/20.

Vox: **VG.** Lesiones leves dolosas doblemente calificadas por mediar una relación de pareja y por mediar violencia de género. Violencia física, psicológica y económica. EPI ALTO. Retracción. Ciclo de la violencia. Testimonio de la víctima.

Summa:

El JPC N° 1 condenó al nombrado a la pena de **ocho meses de prisión de cumplimiento efectivo** e imposición de costas como autor penalmente responsable del delito de lesiones leves dolosas doblemente calificadas por mediar una relación de pareja y por mediar violencia de género, declarándolo reincidente. La defensa interpone recurso y cuestiona la valoración probatoria.

El Procurador General entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La SCJM rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 9161 (01-11-21) pronunciada por el JPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Dr. Adaro

I- Valoración probatoria en materia de violencia de género. **Perspectiva de género:**

- «Galdeano Reyes». 31-07-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=242>
- «Merlo Lassa»17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- «Basualdo Reyes». 08-02-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=442>

Dr. Valerio:

I- Valoración probatoria en materia de violencia de género. **Perspectiva de género:**

- «Cruz Caporiccio»17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- «Merlo Lassa». 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- «Ojeda Pérez» 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- «Vázquez Tumbarello»10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- «Navarro Orta»
- «Kraus»
- «Castillo Orozco»
- «Aracena»
- «Valdatta»
- «Benavidez Porcel»
- «Montenegro Fisigaro»

Dr. Palermo:

I- Valoración probatoria en materia de violencia de género. **Perspectiva de género:**

- «Di Cesare Morales»26-06-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>

- «Mejía Salvador». 10-09-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>

Precedentes relacionados.

I-Retracción. Perspectiva de género

- Aguilera. 07-05-18.
- «Calderón Polo». 17-05-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=65>
- «Di Cesare Morales»26-06-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- «Mejía Salvador». 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>
- «Gómez Alcaraz». 12-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=252>
- «Ortíz Agüero». 16-04-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=637>
- «Agüero Pérez».25-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=777>
- **Tello Sanchez**. 21-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=819>
- Baina Mandril. 16-05-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=839>
- Salguero Guzmán. 28-11-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=953>

Doctrina citada.

Recomendación del **MESECVI**- Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará-

Ministerio Público Fiscal. (2016). **Guía de Actuación** en Casos de Violencia Doméstica contra las Mujeres. Procuración General de la Nación.

SCJM. Dres.: **Adaro**. Palermo .Valerio.

Fallo.

CUJ: 13-06787110-8/1((018501-81848)) F C/ TELLO SANCHEZ NAHUEL FRANCO P/ LESIONES LEVES DOLOSAS DOBLEMENTE CALIFICADA POR MEDIAR UNA RELACION DE PAREJA Y POR MEDIAR VIOLENCIA DE GENERO (81848) (81848/21) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106041849*

En Mendoza, a los veintiún días del mes de abril del año dos mil veintidós reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 06787110-8/1 caratulada “F. C/ T. S., N. F. P/ LESIONES LEVES DOLOSAS S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. OMAR A. PALERMO, y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO.

La defensa de N. F. T. S. interpone recurso de casación contra la sentencia n° 9161 que lo condenó a la pena de ocho meses de prisión de cumplimiento efectivo e imposición de costas como autor penalmente responsable del delito de lesiones leves dolosas doblemente calificadas por mediar una relación de pareja y por mediar violencia de género (artículos 92 en función con el art. 89 y 80 inc. 1° y 11 del C.P). La resolución fue pronunciada por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial en los autos n° P- 81848.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre cosas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La jueza de anterior instancia, en lo que aquí interesa, tuvo acreditado que «[...] el día 15 de agosto del 2021, aproximadamente a las 18:00 hs en el domicilio ubicado en calle N.º de Guaymallén, se encontraba N. F. T. S. que comenzó a agredir verbalmente a su ex pareja S.A.F.V, en esas circunstancias la víctima tomó un palo de escoba que tenía cerca para defenderse pero T. con el mismo palo golpeó en la cabeza a la víctima que cayó al piso, al tiempo que le lanzaba piñas y cachetazos en toda la cabeza, codos y en las piernas, ocasionándole lesiones».

Para así decidir, la jueza de anterior instancia ha valorado, entre otros elementos probatorios, la declaración de la víctima, el informe del EPI de fs. 36/37, el examen psíquico de N. T. S. de fs. 107, y el informe de la Sección Necropsia y Lesiones del CMF de fs. 35/36.

2.- Recurso de casación

El recurso de casación se interpone al amparo del art. 474, inc. 1 y 2 del CPP, por considerar que la sentencia puesta en crisis adolece de vicios formales y sustantivos que la invalidan como acto jurisdiccional válido. La defensa afirma que, si bien la sentencia que cuestiona se dictó mediante el procedimiento de juicio abreviado y que en el proceso se invocó un contexto de violencia de género, ello no es motivo para proceder en detrimento de las garantías procesales establecidas en los tratados internacionales, la Constitución Nacional y nuestra ley procesal.

En este sentido explica que la sentencia recurrida no fundamenta debidamente su convencimiento en relación con el contexto de violencia de género, en tanto se omite valorar pruebas fundamentales que permiten sostener un estado de duda sobre la autoría del acusado en el hecho investigado.

De tal manera, considera que no se encuentra debidamente acreditado el contexto de violencia de género. Explica que las declaraciones de la víctima fueron contradictorias, y no sostuvo su versión en la audiencia oral, tampoco tuvo en cuenta la distancia temporal entre el supuesto acaecimiento del hecho y la denuncia efectuada por la denunciante.

Dice que en la sentencia puesta en crisis, no existe una sola referencia a la Convención de Viena de 1969 que reglamenta la aplicación de los tratados internacionales bajo los principios de buena fe y palabra empeñada, y que ambos conforman un tercer principio que es el de efecto útil.

De tal manera sostiene la existencia de «toda una cadena de ausencias invocando normativa internacional de modo infundado y fuera de toda técnica» (recurso, fs. 4 vta.).

Sobre la base de lo señalado, sostiene que la resolución no es razonable y, por ello, predica su carácter arbitrario en tanto se trata de una decisión fundada en la exclusiva construcción personal de la jueza, apartándose de los extremos fácticos y de las normas legales que regulan el caso. Formula reserva de caso federal.

3.- Dictamen del Procurador General

A fs. 5/6 vta., el Procurador General contesta la vista conferida y aconseja el rechazo del remedio de casación interpuesto.

En ese sentido considera que en el desarrollo del debate existió un análisis armónico, completo y contextual de toda la prueba rendida en autos y la jueza ofreció las razones por las que priorizó la declaración original de la víctima sin que se advirtiera un estado de duda que habilitara la absolución del acusado por el beneficio de la duda.

De tal manera, el Procurador entiende que de ninguna manera puede sostenerse que la sentencia cuestionada contenga vicios en su motivación, ni que resulte arbitraria por apartarse de las reglas de la sana crítica racional. En función de ello, aconseja el rechazo del remedio casatorio articulado.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar. Paso a explicarlo.

De manera preliminar, corresponde señalar que si bien la defensa refiere que a través de un procedimiento abreviado se derivó en la sentencia condenatoria de T. S. lo cierto es que ello no se verifica según las constancias de autos, en donde se ha seguido el procedimiento correccional.

Aclarado lo anterior, debe referirse que la defensa en su recurso cuestiona la fundamentación de la sentencia cuestionada en relación con el contexto de violencia de género, en tanto se omite valorar pruebas fundamentales que permiten sostener un estado de duda sobre la autoría del acusado en el hecho investigado.

En este aspecto, critica la ponderación de la jueza de la instancia previa respecto del testimonio de S.A.F.V. y particularmente enfatiza la cuestión vinculada a su **retractación**.

Dicho ello, entiendo que el embate recursivo no logra conmover el fallo impugnado, toda vez que la motivación de la sentencia en revisión se ajusta adecuadamente a las exigencias legales y convencionales, atento las características del caso analizado en el legajo.

En este sentido, la jueza de anterior instancia ha tenido acreditado el hecho fundamentalmente a partir de la primera de las declaraciones testimoniales de la víctima, **dándole preeminencia a aquella por sobre la segunda brindada en sede de la oficina** fiscal el día 21 de agosto de 2021. Ello, por varios motivos.

El primero, en tanto aquella declaración fue formulada a dos días de ocurrido del hecho. El segundo, debido que el análisis contextualizado de todos los elementos probatorios producidos corroboraron objetivamente esa primera versión brindada por la denunciante.

En efecto, y como dije, la declaración inicial de la víctima fue decisiva para la jueza de anterior instancia porque en ella relató con claridad circunstancias relativas al hecho investigado. En este orden expresó que el día de los hechos su ex pareja, N. T. S., le empezó a gritar «puta, hija de puta, sos una atrevida», al tiempo que se le acercó y comenzó a agredirla con golpes de puño en la cabeza.

A fin de defenderse S.A.F.V. tomó un palo de escoba que el acusado le sacó de las manos y la golpeó en la cabeza con tanta fuerza que el palo se rompió en dos. S.A.F.V. que quedó con la vista nublada pero alcanzó a ver como el acusado se retiraba de la casa. S.A.F.V. destacó en esa ocasión que estos episodios de violencia eran reiterados, que hacía diez años que estaban juntos y tenían un hijo en común de nueve años de edad.

El hecho investigado tuvo lugar en la vivienda ubicada en calle Guaymallén el día 15 de agosto de 2021 y la denuncia fue formulada en la fiscalía el 17 de agosto de 2021. La defensa del acusado sostiene que la víctima no formuló la denuncia en forma inmediata a la ocurrencia del hecho lo que, desde su perspectiva, indica que la denunciante **tuvo tiempo para pergeñar el relato.**

Como refuerzo de su argumento, refiere que la víctima se retractó de sus dichos el día 21 de agosto de 2021.

En este sentido, coincido con la jueza de la instancia previa en cuanto a las razones por las que descartó el argumento relativo al tiempo transcurrido para la formulación de la denuncia pues no se trata de un dato relevante que ponga en tela de juicio la credibilidad de S.A.F.V.

Ello, en tanto ese relato inicial se presentó **como coherente, con detalles circunstanciales y sin contradicciones.** Esta versión originaria apareció corroborada, como se adelantó, por elementos periféricos: el informe del EPI de fs. 36/37, la declaración testimonial del Dr. L. S. y el informe del Dr. Martín Barrera del CMF.

En efecto, el informe del Equipo Profesional Interdisciplinario de fs. 36/37 dio cuenta que S.A.F.V. mantuvo con el acusado una relación de pareja disfuncional con T. S., en los modos de comunicación e interacción de significancia clínica y crónica.

Agregó que la dinámica de la relación era asimétrica, donde el acusado adoptó un rol superior a través de conductas violentas y celos y la víctima un rol inferior de acomodación y adaptación a dichas pautas.

Destacó, además, que existieron denuncias anteriores, con separaciones y reconciliaciones, lo que evidenciaba la existencia del denominado **ciclo de la violencia.**

Asimismo destacó que el tipo de violencia en el historial de la pareja era de tipo psicológica, consistentes en gritos, insultos denigraciones, descalificaciones, menoscabos y se indicó que la valoración del riesgo vital era alto.

El profesional que realizó el informe de evaluación del riesgo, Dr. L. S. prestó declaración testimonial en el debate oral, donde aclaró las técnicas utilizadas para la realización del examen. Ante preguntas formuladas por la defensa de T. Sánchez sobre si era posible cierta manipulación o mendacidad en el relato de la víctima, el profesional enfatizó que la labor cumplida no era una pericia y que su intervención no tenía por **finalidad verificar la veracidad del relato,** pero que en caso de haberlo advertido hubiera registrado expresamente tal circunstancia (registro audio visual audiencia día 30 de agosto, 1:40 a 1:44). Asimismo resulta pertinente destacar que el profesional explicó detalladamente lo relativo a la retractación de la víctima (1:36 a 1:39) y aclaró que diversos factores provocaron la retractación de S.A.F.V.

respecto a su primera declaración: el deficitario a nivel global de la personalidad de S.A.F.V; los escasos recursos para gestionar de manera diversa los conflictos; su baja autoestima; el temor por represalias; el temor por perjudicar al denunciado; y, la dependencia económica de la víctima.

Pero aún mas, y de no menor relevancia según surge de las constancias del legajo, aparece la circunstancia vinculada con que la víctima se retractó en sede de la oficina fiscal el día 21 de agosto de 2021 (fs. 86), fecha que resultó coincidente con la aprehensión del acusado (fs. 60).

En dicha oportunidad S.A.F.V manifestó su voluntad de retirar la denuncia, pues que no quería que se llevaran preso al acusado, ni que lo condujeran al penal.

Aclaró que si bien no quería volver a convivir con él como pareja, destacó que lo necesitaba para mantener a su hijo, quien estaba muy conmocionado con lo sucedido. Similar relato vertió durante el debate oral en la audiencia del 30 de agosto de 2021 (57:42).

Por su parte, el informe de fs. 35/36, de la Sección Necropsia y Lesiones del CMF, acreditó las lesiones que presentaba la víctima al momento del examen, esto es, un hematoma de 2 cm de diámetro en región parietal de cuero cabelludo, un hematoma de 1 cm de diámetro en región retro auricular izquierda, escoriaciones en codo derecho, equimosis violácea de 3 cm de diámetro en cara anterior de muslo izquierdo, equimosis violácea de 2 cm de diámetro en cara lateral de rodilla derecha.

De tal manera, considero que la jueza de la instancia previa valoró adecuadamente, con la debida perspectiva de género que imponía el caso, la retractación de S.A.F.V., así como los demás elementos de prueba obrantes en la causa.

En este orden, debe recordarse que lo afirmado en anteriores precedentes jurisprudenciales –por ejemplo, «Galdeano Reyes», «Merlo Lassa», «Basualdo Reyes», entre otros– en el sentido de que la jurisprudencia en el sistema interamericano de protección de derechos humanos y a nivel nacional a partir de la Ley 26.485, «[...] ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su **análisis una visión integral de la temática, especialmente relacionada a la ponderación del testimonio de la víctima**».

Específicamente, en cuanto al denominado ciclo de violencia en la pareja, que se presenta en contextos de violencias por razones de género, el Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI), ha sostenido que «[...] la violencia de género en las uniones de hecho o de derecho no debe concebirse como hechos aislados, sino que se debe comprender su intrínseco carácter continuo, pues permanentemente se merman derechos como la libertad, la seguridad y la integridad física y psíquica» (Recomendación General N°1 del Comité de Expertas del MESECVI sobre legítima defensa y violencia contra las mujeres de acuerdo al artículo 2 de la Convención de Belém do Pará, punto B.2, párrafo segundo).

A ello ha agregado que «[...] existe el carácter **cíclico de la violencia**, en el cual las mujeres que han sido maltratadas anteriormente, muy posiblemente vuelvan a serlo.

El ciclo de la violencia funciona como una trampa, que hace que la mujer se quede en la relación, porque el hombre se comporta como cuando la conquistó y asume actitudes de conquista y ella cree que su sueño de amor romántico se hizo realidad.

El comportamiento del agresor funciona como un reforzador para que ella siga en la relación. **La pobreza y la falta de apoyo de la familia son factores de riesgo que se intersectan con la dinámica de la violencia**, disminuyendo las posibilidades de escapar, pero no son la causa de que se queden» (punto B.2, párrafo cuarto).

Cabe subrayar también que en investigaciones y juzgamientos de hechos de **violencias de parejas**, la presencia del **carácter cíclico** de los mismos, torna de relevancia la valoración integrada con perspectiva de género de las declaraciones durante el debate con el relato de hechos de violencias efectuados en la denuncia, exámenes físicos y psíquicos realizados a la denunciante y denunciado, y medidas de protección solicitadas y dispuestas para prevenir episodios de violencias posteriores, como aconteció en el caso en revisión (cfr. **Ministerio Público Fiscal. (2016). Guía de Actuación en Casos de Violencia Doméstica contra las Mujeres. Procuración General de la Nación**).

Así pues, como se destaca en la sentencia y surge de los registros audiovisuales de la audiencia oral, la víctima se retractó de su primera declaración y «acomodó» las posteriores porque «le había cambiado la vida desde que el acusado estaba privado de libertad y que su hijo estaba muy triste» (ver registro audiovisual, a partir del minuto 42: 00 a 1:21:45, particularmente a partir del minuto 57:42 explicó las razones por las que había cambiado su versión original).

Considero también aplicable en este segmento de la sentencia, la jurisprudencia de este Tribunal en el **caso «Cruz Caporiccio»** según la cual «[e]n un contexto de violencia de género, resulta imperioso para la defensa de los derechos de las mujeres considerar todos los antecedentes de violencia previos al evento que finalmente es puesto en conocimiento de las autoridades y que conforman el ciclo de violencia.

Ello permite explicar satisfactoriamente las posibles inconsistencias o contradicciones en el relato de la víctima y, aún, su retracción o desistimiento de la denuncia, como así también, el tiempo transcurrido hasta que formaliza la denuncia, entre otras conductas que el referido ciclo genera en la personalidad de las mujeres en situación de violencia» (LS. 573-114).

Así también, debe considerarse «[...]la posición **de desventaja procesal** para el ejercicio real de sus derechos humanos, en que pueden estar posicionadas mujeres denunciantes de hechos de violencias de pareja encuadrables en delitos penales, que prestan declaración sin el patrocinio letrado de profesionales del derecho especializados/as en perspectiva de género» (ver «González Sosa»).

De modo entonces, según las pruebas ponderadas en la sentencia, por una parte se ha demostrado una modalidad asimétrica de vinculación de pareja entre la víctima y el acusado T. S. en la que S.A.F.V adoptó «un rol de subordinación» y el acusado adoptó «una posición superior, de control y dominio de la relación, en forma predominante ello está asociado a celos intensos y conductas controladoras» (cfr. informe psíquico del E.P.I. citado), y se le observó «tendencia a mostrar una imagen convencional de sí mismo como modo de manejar el medio, personalidad con un funcionamiento omnipotente con importante nivel de inmadurez emocional realizando un manejo acorde a sus necesidades e intereses las que tiende a priorizar» (cfr. informe psíquico del CMF).

Así las cosas, encuentro el cuestionamiento de la defensa que ataca por inconsistente la denuncia de S.A.F.V. no puede ser de recibo.

Finalmente la defensa, de manera confusa y sin una clara argumentación de su pretensión, se agravia porque la jueza de anterior instancia omitió aplicar la normativa internacional sin que exista referencia a la Convención de Viena de 1969.

Al respecto, entiendo que, el recurrente no concreta ni precisa de modo expreso el sentido de su cuestionamiento, refiriendo qué artículo o sección de la **Convención de Viena** no se aplicó, o cuál sería la incidencia de su aplicación, o el alcance hipotético pretendido, lo que obstaculiza la labor de este Tribunal para expedirse al respecto.

Ahora bien, más allá de la falencia advertida, encuentro que la jueza de anterior instancia ha cumplido su labor jurisdiccional, acorde las pautas que exige la normativa constitucional y convencional. De acuerdo a

lo expresado, entiendo que la jurisprudencia y Recomendación del MESECVI mencionadas se han aplicado en el proceso valorativo de las pruebas incorporadas y recibidas en la audiencia de debate, de acuerdo al sistema de la sana crítica racional y estándares internacionales y nacionales en materia de violencias contra mujeres, por lo que los agravios no pueden prosperar. Por tales razones y opinión concordante del señor Procurador General, doy respuesta negativa a la primera cuestión propuesta en el acuerdo que lidero. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo.Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Adhiero a la solución que brinda mi colega de Sala a la primera cuestión propuesta al acuerdo. Respecto de los lineamientos que deben ser observados al momento de valorar los elementos de prueba con perspectiva de género, entiendo oportuno remitirme, en lo que resulta aplicable al presente, al desarrollo realizado en los precedentes «Mejía Salvador» y «Di Césare», entre otros.

En efecto, considero oportuno destacar que en casos como el analizado es importante tener presente que la normativa nacional e internacional impone la incorporación de la perspectiva de género al momento de ponderar el plexo probatorio de autos y atribuir la calificación jurídica correspondiente a los hechos denunciados en casos en los que una mujer es víctima de violencia sexista, siendo la violencia sexual un claro ejemplo de ello.

En este sentido, una perspectiva integral en relación a los criterios de interpretación, establecidos en la ley 26.485 (de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales), exhorta a los operadores judiciales a que al momento de tener por acreditado un hecho ocurrido en contexto de violencia de género, valoren todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes (“Mejía Salvador”).

A partir de ello, particular atención se debe prestar al considerarse las posibles variaciones en que puede incurrir una víctima de violencia de género al prestar declaración testimonial.

Así, entiendo que sus manifestaciones deben ser articuladas con el resto de los elementos probatorios incorporados en autos «[...] y, dadas las circunstancias del caso, con su interpretación en el marco de un contexto de violencia de género» (“**Di Cesare Morales**”). Por lo expuesto, considero que debe responderse de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio.Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Coincido con la solución que brinda mi colega de Sala a la primera cuestión propuesta al acuerdo. En relación a la cuestión vinculada a la perspectiva de género en el ámbito de valoración de los elementos de prueba, entiendo oportuno remitirme, en lo que resulta aplicable al presente, al desarrollo realizado en **los precedentes «Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa», «Quiroga Morales»; «Ojeda Pérez» y «Vázquez Tumbarello», «Navarro Orta»; «Kraus»; «Castillo Orozco»; «Aracena»; «Valdatta», « Benavidez Porcel»; «Montenegro Fisigaro»** entre otros. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A PALERMO Y JOSÉ V VALERIO, adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A PALERMO Y JOSÉ V VALERIO, adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de N. F. T. S..
- 2.- Imponer las costas al recurrente vencido y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro.

4- BAINA MADRIL. 16-05-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	Par.	M	-	PCE	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=839>

Lex: Art. 92 en función con el art. 80 inc. 1 y 11, art. 183 primer párrafo, art. 149 bis primer párrafo primer supuesto, art. 141 y art. 55 del CP. Art. 416, incs. 3 y 4 del CPP. Art. 198 inc. 3 CPP. Art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza. Convención Belem Do Pará. Art. 2, inc. a, b, c y e; art. 4 inc. “f”, 16 y 31 de la Ley 26.485. Art. 206 y 409 CPP. Ley 27.499 «Ley Micaela». Acordada n° 29.318.

Vox: **VG.** Lesiones leves dolosas agravadas por la relación de pareja y por mediar violencia de género, daño simple, amenazas simples y privación ilegal de la libertad. **Retractación.** El informe de EPI. Pericia. Informe técnico. Nulidad.

Summa:

El JPC N° 1 PCJ condenó a BAINA MADRIL a la pena de **un año de prisión de cumplimiento efectivo** como autor penalmente responsable del delito lesiones leves dolosas agravadas por la relación de pareja y por mediar violencia de género, daño simple, amenazas simples y privación ilegal de la libertad.

La defensa interpone recurso y cuestiona la valoración probatoria, solicita la declaración de la nulidad de la sentencia, de conformidad a las previsiones del art. 416, incs. 3 y 4 del CPP y, en subsidio, la reducción de la condena a seis meses de prisión.

El Procurador General entiende que debe rechazarse el recurso casatorio promovido y confirmarse la validez de la sentencia impugnada.

La SCJM rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 9683, pronunciada por el JPC N° 1-1°CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Dr. Valerio

I- Valoración probatoria en materia de violencia de género. **Perspectiva de derechos:**

- «Morales Quiroga»
- «Cruz Caporiccio». 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- «Merlo Lassa». 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- «Ojeda Pérez». 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- «Vázquez Tumbarello». 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- «Vega» 04-06-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- «Zurita»11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>

II- **Retractación** de la víctima en casos de VG.

- «Calderón Polo». 17-05-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=65>
- «Di Cesare Morales»26-06-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- «Mejía Salvador». 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>
- «Gómez Alcaraz». 12-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=252>
- «Ortíz Agüero». 16-04-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=637>

- «Agüero Pérez».25-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=777>

III- Informe de EPI.

- «Zubieta Duchén». 05-07-18.

La **pericia** supone la manipulación de elementos de prueba recolectados durante la investigación y su sometimiento a operaciones técnicas con el fin de obtener conclusiones que, basadas en conocimientos técnicos y científicos específicos, permitan avanzar en la generación de certeza. **El informe técnico**, en cambio, supone la constatación de cosas o lugares por parte del personal policial o de especialistas sin realizar algún tipo de valoración, es decir, tiene un carácter de tipo descriptivo y no requiere el mismo grado de fundamentación que la pericia. A pesar de realizarse sin control de parte tales operaciones técnicas no pueden ser excluidas so pretexto de no haber sido fiscalizadas por la defensa.

Expte.: 13-04088391-0 - F Y QUER. PART. C / ZUBIETA DUCHEN ANABELLA VICTORIA Y MORINIGO ROJAS DANIEL OSCAR P/ HOMICIDIOS CALIFICADOS (9016) P/ RECURSO EXT. DE CASACION. Fecha: - SENTENCIA. Tribunal: SUPREMA CORTE - SALA N° 2Magistrado/s: VALERIO LLORENTE ADARO. Ubicación: LS562-083. Fuente.: Oficina de Jurisprudencia

Precedentes relacionados.

I-EPI.

- :«Mc Garry». 14-08-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=175>

I- Valoración probatoria en materia de violencia de género. **Perspectiva de género:**

Dr. Palermo:

- «Di Cesare Morales»26-06-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- «Mejía Salvador». 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>

Dr. Adaro

- «Galdeano Reyes». 31-07-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=242>
- «González Pringles»
- «Ruiz Gutiérrez».18-02-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=8>
- «Alaniz Pineira» 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- «Vargas Riquelmes». 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=743>
- «Scifo Ruffini». 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=738>
- «González Sosa»

III-Retracción. Perspectiva de género

- Aguilera. 07-05-18.
- «Calderón Polo». 17-05-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=65>
- «Di Cesare Morales»26-06-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- «Mejía Salvador». 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>
- «Gómez Alcaraz». 12-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=252>
- «Ortíz Agüero». 16-04-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=637>
- «Agüero Pérez».25-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=777>
- **Tello Sanchez**. 21-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=819>
- Baina Mandril. 16-05-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=839>

- Salguero Guzmán. 28-11-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=953>

Doctrina citada.

BOBBIO, Norberto, Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política, Fondo de Cultura Económica, trad. José F. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, México, 1989.

Recomendación del **MESECVI**- Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará-

Ministerio Público Fiscal. (2016). **Guía de Actuación** en Casos de Violencia Doméstica contra las Mujeres. Procuración General de la Nación.

SCJM. Dres.: **Valerio.** Palermo. Adaro.

Fallo.

CUJ: 13-06823879-4/1((018501-67339)) F. C/ BAINA MADRIL, ALFREDO LEONARDO P/ LESIONES LEVES DOLOSAS AGRAVADAS POR LA RELACIÓN DE PAREJA Y POR MEDIAR VIOLENCIA DE GÉNERO, DAÑO SIMPLE, AMENAZAS SIMPLES Y PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD, TODO EN CONCURSO REAL (67339/21) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106076043*

En Mendoza, a los dieciséis días del mes de mayo del año dos mil veintidós, reunida la sala segunda de la suprema corte de justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13- 06823879-4/1, caratulada “F. C/ B. M., A. L. P/ LESIONES LEVES DOLOSAS AGRAVADAS POR LA RELACIÓN DE PAREJA Y POR MEDIAR VIOLENCIA DE GÉNERO, DAÑO SIMPLE, AMENAZAS SIMPLES Y PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD, TODO EN CONCURSO REAL S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO, y tercero DR. MARIO D. ADARO.

La defensa de A L B M interpone recurso de casación contra la sentencia N° 9.683 y sus fundamentos, mediante la cual se lo condenó a la pena de un año de prisión de cumplimiento efectivo como autor penalmente responsable del delito lesiones leves dolosas agravadas por la relación de pareja y por mediar violencia de género, daño simple, amenazas simples y privación ilegal de la libertad, todo en concurso real (art. 92 en función con el art. 80 inc. 1 y 11, art. 183 primer párrafo, art. 149 bis primer párrafo primer supuesto, art. 141 y art. 55 del CP y art. 4 de la Ley 26.485), y que se le atribuye en la causa N° P67.339/21.

El pronunciamiento fue dictado por la juez del Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La jueza de la instancia previa tuvo por probado que «el día 8 de Julio de 2021 a las 11 horas aproximadamente en el domicilio ubicado en calle, el ahora sindicado Sr. A L B M, tras discutir con su pareja, A.R.G., le dio cachetones con la mano abierta, la tomó fuertemente de los brazos y forcejearon, haciéndola caer hacia el suelo, le tironeó de la ropa que llevaba puesta, ocasionándole la rotura de su remera blanca y un buzo gris con letras blancas en la parte de adelante, desde la parte del cuello hasta la sisa, en ambas prendas. Finalmente, el Sr. A L B M, cerró la puerta de entrada del mencionado domicilio con llave y le dijo “te quedás culiada” impidiéndole salir por un lapso de cuatro horas aproximadamente. Finalmente A.R.G. pudo escapar del lugar. Como consecuencia de lo relatado la denunciante presenta las siguientes lesiones: 1- Dos equimosis violáceas de 4 cm de longitud en forma de C, formando un semicírculo en cara anterior de brazo derecho, tercio medio; 2- Dos equimosis violáceo verdosas de 2 y 3 cm x 0.5 cm en flanco derecho; 3- Tres equimosis violáceas verdosas de la mayor de 2 cm de diámetro en cara posterior de brazo izquierdo; 4- Equimosis verdosa de 2 cm de diámetro en dorso de mano izquierda; 5- Dos equimosis violáceas de 1 cm de longitud en cara anterior de antebrazo izquierdo, tercio medio; 6- Equimosis verdosa de 2 cm de diámetro en cara anterior de pierna derecha, tercio medio; 7- Equimosis

violáceo verdosa de 1 cm de diámetro en cara antero interna de muslo derecho, tercio medio; 8- Dos equimosis violáceos verdosas de 1 cm de diámetro en cara anterior de pierna izquierda, tercio medio. Finalmente, el día 13 de Julio de 2021 a las 21 horas aproximadamente en la calle, el Sr. A L B M siguió a A.R.G. y mientras le tiraba la moto encima, sin llegar a tocarla, le dijo “ya vas a ver culiada”» . Para así decidir la sentenciante valoró, entre los elementos de convicción más importantes, las declaraciones testimoniales de A.R.G., de José Choque y de María Laura Lemos, así como la declaración del acusado y el informe del examen físico realizado a la víctima.

2.- Recurso de casación

Los motivos de la defensa se enmarcan en las disposiciones del inc. 2 del art. 474 del CPP. Sostiene que la condena se fundó en pruebas producidas sin la intervención de la defensa, en tanto la jueza tuvo en cuenta la denuncia de la víctima y no su declaración testimonial prestada en el juicio oral.

Agrega que aquella también consideró la declaración de la licenciada Lemos que no consignó los test aplicados para formular su informe, de manera que pudiera facilitar el control mediante perito de parte. Considera que el único elemento probatorio que está dotado de objetividad, es el informe de lesiones.

Sin embargo, señala que la denunciante expresó que tales lesiones fueron producto de una pelea con sus hermanos por lo que, según su entender, en el peor de los casos debería haber derivado en una condena por el delito de lesiones leves, pero careciendo de apoyo alguno en cuanto al delito de privación ilegítima de la libertad. Asimismo, hace referencia que el fallo omitió valorar adecuadamente el testimonio de José Choque, quien manifestó haber visto a la denunciante retirarse de su domicilio. En tanto, considera que de haberse valorado en forma razonada tal declaración no podría ser considerado un supuesto de privación ilegítima de la libertad.

Argumenta que la situación puede subsumirse dentro de las previsiones del artículo 198 inc. 3 del CPP, al haber valorado la jueza extremos probatorios que no fueron generados con intervención de la defensa.

En función de lo expuesto, solicita la declaración de la nulidad de la sentencia, de conformidad a las previsiones del art. 416, incs. 3 y 4 del CPP y, en subsidio, la reducción de la condena a seis meses de prisión, dado que el único elemento de cargo está configurado por la constatación de lesiones, siendo irrazonable la condena por las otras figuras.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General entiende que debe rechazarse el recurso casatorio promovido y confirmarse la validez de la sentencia impugnada.

Ello, por cuanto considera que la sentencia de condena se fundó sólidamente, analizándose debidamente y de manera integral la totalidad del plexo probatorio, es decir, las declaraciones testimoniales rendidas en la audiencia de debate y el resto de las pruebas debidamente incorporadas, arribando a la conclusión que resultaban ciertos los hechos narrados por la víctima en su primigenia presentación ante la Oficina Fiscal.

Sostiene que la sentenciante tuvo por cierta la versión inicial de la víctima que sustentó en la denuncia, por existir prueba objetiva que avalaba aquellos dichos, tales como el acta de visu.

En relación con el aludido informe que cuestiona el recurrente, señala que no le asiste razón en tanto no se trata de una pericia en sentido estricto, de modo que no requiere el trámite de notificación previsto para ésta y que posibilitaría la proposición de un perito de control, por lo que aquel informe no puede ser excluido bajo pretexto de no haber sido fiscalizadas por la defensa.

Tampoco puede ser de recibo el argumento del recurrente referido a que sólo se encuentran constatadas las lesiones, en tanto en la fundamentación quedaron asentados los motivos por los cuales se dotaba de

credibilidad los dichos de la denunciante respecto al tiempo en que estuvo privada de libertad por parte del acusado, la amenaza que recibió días después y el daño en las prendas.

En consecuencia, afirma que los agravios enumerados por el quejoso, más que vicios en la sentencia, reflejan su discrepancia en el legítimo ejercicio de su cargo, con la valoración dada al cuadro probatorio por la sentenciante, sin demostrar la presencia de vicios o defectos en el razonamiento del tribunal de la instancia previa que ameriten su anulación como acto procesal válido.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación formulado considero que no corresponde hacerle lugar.

Ello por cuanto, y como seguidamente se explicará, la motivación de la sentencia cuestionada es suficiente para mantener el dictum como acto jurisdiccional válido, en tanto no adolece de falencias que impliquen su anulación (conf. LS. 186-427, 153-011, 354-218, 392-094 y 397-177, entre otros).

a.- Consideraciones generales sobre la valoración probatoria con perspectiva de género

En el presente caso al acusado se le atribuye el hecho que, como se dijo, fue calificado como lesiones leves dolosas agravadas por la relación de pareja y por mediar violencia de género, daño simple, amenazas simples y privación ilegal de la libertad, todo en concurso real.

En todos ellos, la denunciante es su ex pareja, A.R.G. De tal manera entiendo esencial, de manera previa al análisis del recurso interpuesto, destacar que este Tribunal se ha pronunciado sobre valoración probatoria con perspectiva de género en diversas oportunidades. En particular, tuvo ocasión de referirme a ello en diversos precedentes («Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa»; «Quiroga Morales»; «Ojeda Pérez»; «Vázquez Tumbarello»; «Vega»; «Zurita»; entre otros).

En lo que sigue, traeré a colación ciertos pasajes de algunos de aquellos votos, pues considero que resultan enteramente aplicables a este caso y dan cuenta del modo en que, a mi juicio, la perspectiva de derechos debe ingresar al proceso penal.

Encuentro pertinente, en primer lugar, recuperar las consideraciones realizadas en «Ojeda Pérez», donde sostuve que «... comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una **“categoría analítica** que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional. Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - Belem Do Pará -, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”).

Señalé también en esa ocasión que «... en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las "mujeres". En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y

sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «... ese texto normativo vino a imponer **un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia**, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento». Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «los organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional ... los siguientes derechos y garantías: i) A **la amplitud probatoria** para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son sus naturales testigos ... (art. 16)».

Ahora bien, además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene normas que «... consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género.

En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de «amplia libertad probatoria» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica.

Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (art 31)». De tal manera, y conforme sostuve en el ya citado precedente «Ojeda Pérez», «... el texto legal vigente ley 26.485 no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP).

A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas».

Así, «... el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar. Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (**art. 7, inc. “e”**)».

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional en razón de que «... siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba – objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento. Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que

resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a lo expresado «... es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

De tal manera «... uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables».

De no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal –hasta aquí, conf. «Ojeda Pérez»–.

Es decir que, este método de análisis es para asegurar que la conquista de la igualdad consagrada en el art. 16 de la CN, donde además de ser iguales las personas ante la ley y esta una misma para los habitantes, en los hechos tenga una acción y fuerza uniforme (art. 7 de la Constitución de Mendoza) (conf. «Zurita»). En segundo lugar, **he enfatizado que la perspectiva de género no se trata simplemente de un lenguaje, sino esencialmente de una forma de actuación** que requiere comprender en toda su dimensión que existen en los casos y/o circunstancias una situación de discriminación que se reclama su cese para asegurar un trato igualitario de todas las personas –conf. «Zurita»–.

En particular en materia penal el método de análisis con perspectiva de género que debe ser utilizado cuando la mujer es víctima de un delito es para asegurar que la ley, que es igual para todas las personas, sea también aplicada con igualdad de trato ante ella, evitando la discriminación por usos y costumbres derivadas de la cultura estereotipada patriarcal –como poder ideológico, que se vale de la posesión de ciertas formas de saber, información o códigos de conducta, incluso por la posesión de ciertos bienes que le dan la primacía a algunos varones sobre los restantes integrantes de cada grupo de pertenencia de varones, mujeres y niños/as; y entre los varones al primigenio; como de los varones sobre las mujeres y de éstas sobre los niños/as–, para ejercer una influencia sobre el comportamiento de los demás e inducir a los miembros del grupo a efectuar o no efectuar una acción, o machista –como ejercicio o manifestación de la fuerza– o económico, que se impone por la asimetría entre los varones y de estos con las mujeres–, como capacidad de determinar el comportamiento de los demás; pero ambos imponen rígidos roles que contribuyen a instituir y mantener sociedades desiguales, divididas entre fuertes y débiles, ricos y pobres, como de sabios e ignorantes (ver Bobbio, Norberto, “Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política”, Fondo de Cultura Económica, trad. José F. Fernández Santillán, México, 1989) –conf. «Zurita»–.

En tercer orden, y tal como destacué en el caso «Vázquez Tumbarello», la relevancia de la ley 27.499, denominada «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado.

En coincidencia con aquella normativa la Acordada N° 29.318 de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia». Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales.

En conclusión, entiendo que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional. Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación.

Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género en donde, como se analizará, el tribunal de instancia anterior ha tenido en cuenta los parámetros antes referidos al momento de la ponderación de los elementos de prueba obrantes en la causa.

En función de las pautas señaladas es que analizaré las impugnaciones formuladas en la presente causa.

b.- Acerca de los cuestionamientos realizados por la defensa a la valoración probatoria realizada por el juez de sentencia y al modo de fundamentar su decisión

Tal como se adelantó, luego de analizado el recurso interpuesto y la sentencia cuestionada, debe señalarse que última no adolece de los vicios que pretende el recurrente.

Ello, en tanto encuentra sustento en la correcta valoración de la totalidad de las pruebas rendidas, particularmente, la denuncia de A.R.G. y demás testigos que declararon durante el debate, así como de las pruebas objetivas que obran en la causa; elementos que la sentenciante valoró de manera integral, contextualizada –con la debida perspectiva de género que el caso imponía– y conforme las normas de la sana crítica racional.

En primer lugar, estimo que no debe prosperar el cuestionamiento vinculado a que la sentenciante sólo tuvo en cuenta para condenar al acusado la denuncia de la víctima y no su testimonial prestada en el juicio oral, en donde minimizó el suceso.

Al respecto, se advierte que la jueza de la instancia anterior explicó, en razonamiento que comparto, por qué razón tenía mayor fuerza convictiva la denuncia prestada en la Oficina Fiscal que su declaración rendida en el debate oral. En este sentido, señaló que la denuncia tenía numerosos detalles en cuanto al tiempo de duración de la relación, el modo de vinculación con el acusado y de cómo ocurrieron los hechos. Asimismo, manifestó que tenía una cronología muy precisa y coherencia interna. A mi modo de ver, considero que no hay motivos para dudar de la declaración de la víctima A.R.G. prestada durante la instrucción. Ello, atento que resulta respaldada a través de prueba objetiva. Entre ella ocupa un lugar preponderante, el acta de visu y la fotografía de la víctima tomada en la Oficina Fiscal al momento de realizar la denuncia, en la que se visualiza una marca en su brazo. Además, debe considerarse el informe del Cuerpo Médico Forense donde se describen las numerosísimas lesiones sufridas por la víctima, las que son absolutamente compatibles con el relato de los hechos brindados por la denunciante en la Oficina Fiscal.

También debe tenerse presente el informe del Equipo Profesional Interdisciplinario del que surge no sólo la estimación del riesgo de violencia física grave y/o riesgo vital como moderado sino que, además, brinda

la evaluación de la modalidad vincular entre el acusado y la víctima, siendo ella asimétrica con significancia clínica donde el varón se posiciona en un lugar de predominio y superioridad frente a la mujer. De tal manera, puede afirmarse que la jueza de la instancia anterior valoró con la debida perspectiva de género los diversos elementos de prueba obrantes en la causa para llegar a considerar acreditados los hechos atribuidos al acusado.

Retractación.

En este sentido, restó valor a la declaración de A.R.G. prestada durante el debate y, ello resulta acertado, en tanto se trata de una retracción propia del ciclo de violencia en la que aquella se encontraba inmersa. En este orden, debe tenerse presente la posición de este Tribunal relativa a la retractación de la víctima en casos donde ha denunciado ser víctima de hechos de violencia de género (ver, al respecto, los precedentes «Calderón Polo», «Di Césare Morales», «Mejía Salvador», «Gómez Alcaraz», «Ortíz Agüero», «Agüero Pérez»).

En cuanto al cuestionamiento sobre la ausencia de consignación de los tests aplicados por la profesional interviniente, corresponde señalar, por un lado que la defensa en su momento no impugnó el informe reseñado y, por el otro, que no señala la relevancia de su crítica en función de los elementos de cargo obrantes.

Informe y pericia. Diferencias.

Por su parte, a ello debe agregarse que, tal como afirmó la sentenciante, en ningún momento la defensa solicitó pericia alguna ni propuso, en consecuencia, perito de control y, además, que el informe del Equipo Profesional Interdisciplinario obra, justamente tal y no como una pericia. Es decir, es un informe de valoración de riesgo que emite una conclusión.

Esta es la postura que ha asumido este Tribunal en diversos precedentes (ver, al respecto, «Zubieta Duchén», entre muchos otros).

Todas estas razones conllevan al rechazo del agravio.

En segundo lugar, tampoco resulta de recibo el agravio según el cual las lesiones de A.R.G. fueron producto de una pelea con sus hermanos.

Al respecto, la sentenciante explicó, las razones que sustentaban que las lesiones y la ropa rota no fue producto de la pelea entre la denunciante y sus hermanos.

En este orden, explicó que la víctima no brindó en su declaración en el debate ningún detalle de cómo y qué lugares aquéllos la habrían golpeado. **Por lo que no existe ninguna prueba que corrobore tal hipótesis, más aún si se tiene lo señalado en relación con la retractación de la víctima** en hechos como el investigado.

Por último, debo señalar que no le asiste razón al recurrente cuando señala que la sentenciante omitió valorar adecuadamente la declaración del testigo José Choque.

Ello en tanto la jueza refirió que el testigo afirmó que vio salir y después entrar a A.R.G. al domicilio, por lo que no era obstáculo para que luego de ese momento el acusado privara a la víctima de su libertad por el lapso de cuatro horas, tal como ella lo refiere en su denuncia.

En efecto, tal como sostiene la sentenciante, la hipótesis sostenida por el acusado, también en este sentido, de ningún modo se encuentra corroborada por prueba alguna, ni objetiva ni subjetiva.

En síntesis, considero que el recurso de casación interpuesto no puede prosperar en tanto la sentenciante **sustentó su decisión en el análisis integral y contextualizado de las pruebas** obrantes en la causa, las que ponderó con la debida perspectiva de género y conforme a las reglas de la sana crítica racional, cuyo apartamiento el recurrente no ha podido demostrar. A partir de allí, la calificación legal asignada a los

hechos aparece adecuadamente establecida. Por todo lo expuesto, y en opinión coincidente con la vertida por el Procurador General, debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazarse el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género me remito, en lo pertinente, a lo oportunamente señalado en los precedentes «**Di Cesare Morales**», y «**Mejía Salvador**».

En efecto, considero oportuno destacar que en casos como el analizado es importante tener presente que la normativa nacional e internacional impone la incorporación de la perspectiva de género al momento de ponderar el plexo probatorio de autos y atribuir la calificación jurídica correspondiente a los hechos denunciados en casos en los que una mujer es víctima de violencia sexista, siendo la violencia sexual un claro ejemplo de ello.

En este sentido, una **perspectiva integral** en relación a los criterios de interpretación, establecidos en la ley 26.485 (de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales), exhorta a los operadores judiciales a que al momento de tener por acreditado un hecho ocurrido en contexto de violencia de género, valoren todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes («**Mejía Salvador**»).

Particular atención se debe prestar al considerarse las posibles variaciones en que puede incurrir una **víctima** de violencia de género al prestar declaración testimonial. Así, entiendo que sus manifestaciones deben ser articuladas con el resto de los elementos probatorios incorporados en las actuaciones, dadas las circunstancias del caso, con su interpretación en el marco de un **contexto de violencia de género** («**Di Cesare Morales**»).

Por ello, considero, tal como destaca mi colega preopinante que la jueza de la instancia anterior valoró debidamente los elementos de prueba obrantes en la causa, restándole el valor que pretende asignarle la defensa a la declaración de A.R.G. en el debate.

Por lo expuesto, considero que debe responderse de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO: Comparto los fundamentos por los cuales mi colega preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa del acusado. En cuanto a las consideraciones realizadas en torno a la **valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género** me remito, en lo pertinente, a lo que ya he referido en numerosos pronunciamientos (ver «**Galdeano Reyes**», «**González Pringles**», «**Ruiz Gutiérrez**», «**Alaniz Pineira**» y más recientemente, «**Vargas Riquelmes**», «**Scifo Ruffini**» y «**González Sosa**», entre otros).

En esta última oportunidad señalé que «...en cuanto al denominado ciclo de violencia en la pareja, que se presenta en contextos de violencias por razones de género, el Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (**MESECVI**), ha sostenido que «... la violencia de género en las uniones de hecho o de derecho no debe concebirse como hechos aislados, sino que se debe comprender su intrínseco carácter continuo, pues permanentemente se merman derechos como la libertad, la seguridad y la integridad física y psíquica» (Recomendación General N°1 del Comité de

Expertas del MESECVI sobre legítima defensa y violencia contra las mujeres de acuerdo al artículo 2 de la Convención de Belém do Pará, punto B.2, párrafo segundo).

A ello he agregado que «... existe el carácter cíclico de la violencia, en el cual las mujeres que han sido maltratadas anteriormente, muy posiblemente vuelvan a serlo. El ciclo de la violencia funciona como una trampa, que hace que la mujer se quede en la relación, porque el hombre se comporta como cuando la conquistó y asume actitudes de conquista y ella cree que su sueño de amor romántico se hizo realidad. El comportamiento del agresor funciona como un reforzador para que ella siga en la relación. La pobreza y la falta de apoyo de la familia son factores de riesgo que se intersectan con la dinámica de la violencia, disminuyendo las posibilidades de escapar, pero no son la causa de que se queden» (punto B.2, párrafo cuarto).

Sostuve que en investigaciones y juzgamientos de hechos de violencias de parejas, la presencia del carácter cíclico de los mismos, torna de relevancia la valoración integrada con perspectiva de género de las declaraciones durante el debate con el relato de hechos de violencias efectuados en la denuncia, exámenes físicos y psíquicos realizados a la denunciante y denunciado, y medidas de protección solicitadas y dispuestas para prevenir episodios de violencias posteriores (cfr. Ministerio Público Fiscal. (2016). Guía de Actuación en Casos de Violencia Doméstica contra las Mujeres. Procuración General de la Nación).

También entendí que «...la posición de desventaja procesal para el ejercicio real de sus derechos humanos, en que pueden estar posicionadas mujeres denunciante de hechos de violencias de pareja encuadrables en delitos penales, que prestan declaración sin el patrocinio letrado de profesionales del derecho especializados/as en perspectiva de género» (ver «González Sosa»).

En definitiva, tal como sostuve en el precedente «Cruz Caporiccio», en un contexto de violencia de género, resulta imperioso para la defensa de los derechos de las mujeres considerar todos los antecedentes de violencia previos al evento que finalmente es puesto en conocimiento de las autoridades y que conforman el ciclo de violencia.

Ello permite explicar satisfactoriamente las posibles inconsistencias o contradicciones en el relato de la víctima y, aún, su retracción o desistimiento de la denuncia, como así también, el tiempo transcurrido hasta que formaliza la denuncia, entre otras conductas que el referido ciclo genera en la personalidad de las mujeres en situación de violencia». Por lo expuesto, considero que debe responderse de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO, adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO, adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando, en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de A L B M.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

5- GONZALEZ CALDERÓN. 30-05-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	FS	M	A	PCE IE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=831>

Lex: Arts. 92 en función del art. 90 y 80 inc. 9, 20 bis inc. 1, 12, 29 inc. 3 del CP. Art. 35 CP. Art. 9 inc. 7 de la Ley 6722. Art. 34 inc. 4 CP.

Vox: Lesiones graves dolosas agravadas por la calidad del **sujeto activo. Policía** (Fuerza de seguridad) . Inhabilitación especial. Legítima defensa. **Exceso en la legítima defensa.** Error de prohibición. Estado de necesidad. **Autopuesta en peligro de la víctima. Cumplimiento de un deber.**

Summa:

El PCC de la TCJ condenó al sindicado a la pena de **seis años de prisión de cumplimiento efectivo e inhabilitación especial para ejercer cargos públicos por el término de diez años**, por considerarlo autor del delito de lesiones graves dolosas agravadas por la calidad del sujeto activo.

La defensa interpone recurso en el entendimiento que la sentencia padece de motivación insuficiente en cuanto a las conclusiones relativas a que no ha existido legítima defensa ni estado de necesidad en el obrar de su defendido.

El Procurador General sostiene que el recurso procede formalmente y debe acogerse parcialmente en relación al fondo. Entiende que el accionar del imputado encuadra en las previsiones del art. 35 del CP y que no corresponde agravar la conducta conforme lo dispuesto por el art. 80 inc. 9 en función del art. 92 del CP.

La SCJM rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 4072 (09-10-15), pronunciada por la *Primera Cámara del Crimen de la Tercera Circunscripción Judicial*.

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Garay

Fallo.

CUJ: 13-03850672-7/1((030501-8232)) FY QUER. PARTICULAR C/ GONZALEZ MARIO CESAR POR LESIONES GRAVES DOLOSAS CALIFICADAS POR LA CALIDAD DEL SUJETO ACTIVO (8232) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *103894166*

En Mendoza, a los treinta días del mes de mayo del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-03850672-7, caratulada "F. C/ GONZÁLEZ MARIO S/CASACIÓN"

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. DALMIRO F. GARAY.

A fs. 343/362 vta., la defensa de Mario César González Calderón, promueve recurso de casación contra la sentencia N° 4.072, de fecha 9 de octubre de 2.015, obrante a fs. 314 y vta. y sus fundamentos de fs. 315/325, en tanto condena al nombrado a la pena de seis años de prisión de cumplimiento efectivo e inhabilitación especial para ejercer cargos públicos por el término de diez años, por considerarlo autor del delito de lesiones graves dolosas agravadas por la calidad del sujeto activo (arts. 92 en función del art. 90 y 80 inc. 9, 20 bis inc. 1, 12, 29 inc. 3 todos del C. Penal).

El pronunciamiento fue dictado por Sala Unipersonal de la Primera Cámara del Crimen de la Tercera Circunscripción Judicial, en autos N° P-8232/13.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- La sentencia recurrida

La resolución cuestionada, en lo pertinente para la solución del recurso establece que «[...] el día 21 de enero de 2.013 Mario César González Calderón, encontrándose de franco, acompañó a los policías que se encontraban de servicio hasta el Parque La Palmira, se bajó en puerta del ingreso con una escopeta marca Winchester modelo 1300 Defender, mientras el móvil se desplazó a la otra puerta porque había personas corriendo picadas en el parque. [...] También surge como indubitable, que la víctima de autos resultó al gravemente lesionada, y que luego de ser atendido por médicos del Hospital Perrupato, se le diagnosticó fractura de cráneo con pérdida de masa encefálica, y se le extrajeron de adentro del cráneo dos proyectiles de goma. [...]»

Ahora bien, respecto de cómo sucedieron los hechos, existieron durante el debate, distintas versiones [...] considero que la versión que se ajusta a la verdad, fue la versión de la víctima de autos, quien explicitó que trató de irse del parque porque la moto en la que circulaba era de su hermano, y que por ello emprendió la salida a una velocidad que le impidió tomar el atajo de la bajada al río, por tal motivo continuó su marcha y que al estar a unos cuatro metros del imputado, este levantó el arma y le disparó directo a la cabeza, que él ante tal situación instintivamente, bajó la cabeza y la giró, para no recibir el disparo en la cara, lo cual produjo que la lesión resultara en el parietal y en la mano. Que el disparo fue directo, también fue acreditado puesto que el perito Ibáñez fue claro al afirmar que de haber sido

producido el disparo al suelo, en el rebote las postas de goma se deforman y pierden velocidad, y que en el presente caso los perdigones no estaban deformados.

Considero acreditado que la **fractura de cráneo** se produjo como consecuencia del golpe que recibió Villarrubia al caer de la motocicleta [...] se advierte que la caída y la fractura de cráneo ha sido consecuencia directa del disparo, y que habiendo circulado Villarrubia a gran velocidad (70 km por hora calculó el imputado durante la inspección ocular), recibir el impacto le hizo perder el dominio del rodado. También resulta claro que su caída a esa velocidad no podía menos que producir severas lesiones. En cuanto al tenor de las lesiones, las mismas son graves [...]».

Para así decidir el juez valoró las declaraciones prestadas en audiencia de debate por: Lorena López, Marcia Ceballos, Pablo Ibañez, Patricia Cataldo, Cristian Villarrubia, David Ripodas, Susana Rodríguez, Julio Villarrubia y Gonzalo Pérez y el resto de la prueba incorporada.

2.- Recurso de casación

A fs. 343/362 se encuentra agregado el recurso de casación promovido por el defensor del imputado a tenor de las previsiones de los arts. 474 inc. 1 y 2 del CPP. S

ostiene que la sentencia padece de motivación insuficiente en cuanto a las conclusiones relativas a que no ha existido legítima defensa ni estado de necesidad en el obrar de su defendido.

a) Entiende que no es posible sostener que no ha existido legítima defensa ni estado de necesidad si, se afirmó en la sentencia que la víctima iba a 70 km por hora y que fue disparada por su defendido a una distancia de tres metros.

b) Considera que no existe motivación suficiente en relación a la afirmación de que Mario González conocía que su actuar era antirreglamentario, entiende el recurrente que las circunstancias fácticas tuvieron la entidad suficiente como para generar la creencia de que su actuar estaba justificado.

c) Considera arbitraria la afirmación de que su asistido al ver la moto a más de cuatro metros debió haber actuado en forma contraria a su deber de policía. Reclama se pondere lo declarado por Maximiliano García Ferri a fs. 12/13, cuyas manifestaciones fueron incorporadas por lectura. Destaca que, según declaró su asistido luego de efectuar el primer disparo disuasivo al aire ya había quedado recargada para efectuar disparo inmediato por seguridad.

d) Entiende que no ha existido motivación suficiente en relación a la agravante del art. 80 inc. 9 por remisión del art. 92 del Código Penal. Considera que para que se configure la agravante el autor no sólo debe revestir el carácter de agente de las fuerzas mencionadas en la norma sino que debe haberse aprovechado de su función o cargo para perpetrar la acción.

e) Refiere falta de motivación suficiente respecto a la circunstancia de que el disparo efectuado por el encartado haya sido directo contra el cuerpo de la víctima. Destaca que el oficial de Balística Forense, Gonzalo Darío Pérez, dijo que no analizó las postas.

f) Falta de motivación suficiente en relación al aspecto subjetivo requerido por el tipo penal de lesiones graves dolosas.

g) Considera que la jueza se limitó a determinar el nexo de causalidad sin brindar fundamento alguno para que el resultado haya sido abarcado por el dolo de su pupilo como resultado querido. Sostiene que la sentencia sólo tuvo por acreditado el dolo directo del tipo penal de lesiones leves dolosas ya que conforme el curso normal de un disparo directo con munición de goma a una distancia de 3 a 4 metros sólo produciría una lastimadura en el cuero cabelludo, en tanto que en relación a las lesiones graves (fractura de cráneo) sólo se determinó el nexo de causalidad, aunque sin brindar fundamentos.

Considera que ha existido errónea aplicación de la ley sustantiva, que debió haberse encuadrado el accionar de su defendido en las previsiones del art. 35 del Código Penal.

Ello puesto que se acreditó que el imputado se encontraba cumpliendo legítimamente su deber, autoridad y cargo, conforme a la ley 6722. Afirma que su defendido actuó en la creencia de estar amparado por una causa de justificación y el tribunal no se expidió al respecto al valorar y calificar la conducta de aquél. Critica que la jueza haya tenido por probado que el imputado se excedió en sus facultades y señala que el «exceso» no es igual a «abuso» de su función o cargo.

Refiere que por exceso se entiende a la intensificación innecesaria de la acción judicialmente justificada o cuando el sujeto en las condiciones en que se halló pudo emplear un medio menos ofensivo e igualmente eficaz.

Cuestiona que se haya encuadrado la conducta en la figura de lesiones graves dolosas calificadas por la calidad del sujeto activo o más precisamente abusando de su función o cargo ya que de las pruebas incorporadas y constancias evacuadas en la etapa del plenario surge claramente que el obrar de su asistido no se encuentra abarcado por el tipo subjetivo del delito en cuestión.

Entiende que se aplicó la agravante del art. 80 inc. 9 por la sola condición de funcionario policial que detentaba su defendido sin fundar el motivo por el cual se consideró que había abusado del cargo y sin que haya existido motivación razonada respecto del tipo penal aplicado.

Refiere que la víctima estaba cometiendo una falta, el delito de conducción imprudente y la participación en pruebas de velocidad situación ante la cual su asistido empleó legítima y justificadamente el uso de la fuerza, primero con fines disuasivos y luego con fines defensivos.

Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 401/403 se expide el Procurador General quien luego de examinar los agravios promovidos sostiene que el recurso procede formalmente y debe acogerse parcialmente en relación al fondo. Entiende que el accionar del imputado encuadra en las previsiones del art. 35 del CP y que no corresponde agravar la conducta conforme lo dispuesto por el art. 80 inc. 9 en función del art. 92 del CP.

Explica que el accionar del imputado comenzó siendo justificado puesto que existió un llamado del CEO para que la patrulla interviniera en el parque Palmira ante la realización de picadas de motos.

Se constató que se desarrollaban ese tipo de competencias y se desplegó un operativo para aprehender a quienes ponían en peligro la integridad física de los paseantes.

Por tal motivo el imputado se apostó en una de las salidas del parque con la escopeta de postas de goma con el objeto de aprehender a los conductores de motos en infracción, obligación que el policía cumple.

Luego la víctima que huía del móvil policial que había ingresado por la otra entrada del parque sale a la calle en que se apostaba el funcionario y lo vio desde unos quince metros –según su relato– sin bajar la velocidad y pese a las señas del policía y un disparo intimidatorio efectuado por éste, trató de pasar por el espacio vacío de la calle.

Sostiene el Procurador General, que del hecho acreditado por la prueba recabada y la declaración de la víctima, es posible sostener que **el accionar del policía estuvo justificado desde el principio y tenía la obligación de hacer cesar cualquier situación de peligro para terceros.**

Refiere que es posible establecer que el accionar antijurídico y antirreglamentario del policía es el disparo contra la víctima que puede considerarse como causa que genera la pérdida de equilibrio del motociclista y la caída que determina posteriormente su lesión grave en el cráneo.

Sostiene que no le era exigible al funcionario policial que cediera en su obligación de hacer cesar la situación peligrosa, que eligió la vía más drástica **y sólo por ese exceso debe responder** en cuanto es ese disparo el que ocasiona la caída y posterior fractura del cráneo.

Afirma que no es posible dejar de tener en cuenta **la autopuesta en peligro** de Villarrubia que continuó a toda velocidad poniendo las condiciones necesarias para el resultado dañoso más grave, y en este sentido quien **efectuó un gran aporte a la situación de riesgo no permitido** fue la víctima.

Por ello entiende que la conducta debe ser encuadrada en exceso en los límites impuestos por la autoridad (art. 35 del CP) en el delito de lesiones graves (art. 90 del CP) con un comienzo de acción justificada originariamente en el cumplimiento de un deber a los términos del art. 34 inc. 4 del CP, requiriendo la aplicación de la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia.

Añade que no se ha verificado en el accionar del imputado la agravante del art. 80 inc. 9 en función del art. 92, ya que la actuación comienza en cumplimiento de un deber asignado y cumplido legítimamente que descarta de plano el ejercicio abusivo de su función o cargo.

Por el contrario entiende que **el imputado no actuó en legítima defensa propia o de terceros, puesto que no fue atacado utilizando la moto como bólido sino que la intención revelada por la víctima era escapar por el único espacio libre** que quedaba pero como era obligación del funcionario detener al conductor, fuente de peligro para terceros, asumiendo riesgos no permitidos se excedió en la forma en que dio cumplimiento a ese deber legal.

Aconseja el acogimiento parcial del recurso, la casación de la sentencia y la imposición de una pena que corresponda conforme la calificación indicada.

4- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Analizado el recurso casatorio promovido por el defensor del imputado y el acto sentencial impugnado, adelanto mi opinión en el sentido de que aquel no puede ser acogido favorablemente por cuanto no se verifican los vicios denunciados por el recurrente.

En relación a los vicios formales promovidos por el recurrente advierto que, por un lado, se dirigen a cuestionar la motivación de la sentencia alegando insuficiencia en relación a la configuración de una situación de legítima defensa, o estado de necesidad, así como a la creencia del imputado en relación a que su actuar se encontraba justificado.

También considera insuficiente la fundamentación en relación a la posibilidad de exigir a su defendido un comportamiento contrario a su deber de policía, como también en la motivación relativa al abuso de la función con la que habría actuado su asistido, esto es sobre la procedencia de la agravante del art. 80 inc. 9 por remisión del art. 92 del Código Penal. Insuficiente motivación respecto a que el disparo haya sido directo contra el cuerpo de la víctima y, en relación al aspecto subjetivo.

Critica también que se haya considerado que González, por su profesión debía conocer el resultado del disparo a esa distancia como también y entiende que la jueza no ha fundado el motivo por el cual la fractura de cráneo fue consecuencia directa del disparo y se encuentre abarcado por el dolo de su asistido como resultado querido.

En primer lugar, debo señalar que como anticipé considero que la sentencia no padece defecto alguno y su motivación resulta suficiente para su mantenimiento **como acto jurisdiccional válido, no adoleciendo de falencias que impliquen su anulación, a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido que tales defectos, para conllevar tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a**

la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros), lo que en la especie no ocurre.

De tal manera considero que la jueza ha fundado los motivos por los cuales consideró que la conducta de Mario González **no se encontró amparada por una causa de justificación, en el caso la legítima defensa que propone el recurrente.**

En efecto, a fs. 323 vta./324 la a quo, en opinión que comparto, descartó la posibilidad de que González efectuase el disparo para defender su integridad física puesto que no tuvo por acreditado uno de los extremos de la defensa legítima, esto es la agresión ilegítima que mereciera el disparo.

Al respecto nótese que al confrontar las versiones que explicaban el hecho de diversa manera, la sentenciante con argumentos plausibles optó por asignar crédito a aquella mantenida por Cristian Villarrubia (fs. 323).

Ello llevó a la jueza a sostener que Villarrubia no intentó atropellar a González, ya que de haber sido así el disparo se hubiera realizado a una distancia más corta, en tanto que estableció que aquél se realizó a más de tres metros y que esa distancia no importaba en González un temor cierto de ser atropellado (fs. 324). Rechaza también la posibilidad de una autopuesta en peligro de la víctima y acertadamente considera que surge con claridad **que González realizó una conducta de riesgo no permitido**, contradiciendo lo normado por el **art. 9 inc. 7 de la ley 6722** que regula la actividad de la Policía de la Provincia de Mendoza, sin que la utilización del arma de fuego se encuentre justificada puesto que la vida del ahora imputado, contrariamente a lo que afirma el recurrente, no corrió peligro.

Por otra parte, de las constancias de la causa no surge acreditado la existencia de un peligro grave e inminente para la vida de las personas ni la comisión de delitos que hicieren previsible que ese peligro se concretaría.

Tampoco acierta el recurrente al señalar que su defendido no se encontraba en condiciones de conocer el ejercicio abusivo del arma utilizada en el evento y la actuación por fuera de la normativa que regula la actividad que desempeña, en este sentido es **que la sentenciante refirió que la ley 6722 «indica claramente cuando puede utilizarse la fuerza pública contra otra persona»** y consideró acreditado que Mario González habría violentado la normativa puesto que disparó directamente contra Cristian Villarrubia.

Entiendo que la dirección del disparo con el arma cargada con proyectiles anti tumulto surge suficientemente acreditada no sólo de la declaración de la víctima quien al declarar fue persistente en señalar que el imputado levantó el arma y le apuntó (ver fs. 317 vta.) y, en ocasión de formular denuncia (fs. 148 vta.), sino que además resulta revelador el lugar del cuerpo al que dirigió el disparo, en palabras de Villarrubia «a la parte superior del cuerpo» (fs. 148 vta.) o a la cara (ver fs. 318).

En cualquiera de los casos mencionados advierto que resultan zonas vitales del cuerpo. Además, la conducta del imputado consistente en apuntar y disparar directamente en dirección a la parte superior del cuerpo de Cristian Villarrubia surge acreditada con la declaración de Maximiliano García de fs. 12/13, quien refirió que el policía tiró a los chicos que iban en las motos, primero a uno hasta que cayó de la moto y que los disparos iban dirigidos al ocupante de la moto (fs. 12 vta.).

En otro orden, no procede el agravio que sostiene no acreditado ni fundado el ejercicio abusivo del cargo por parte de Mario González. Explica la sentencia que la calidad de policía del imputado resultó acreditada y que al momento del hecho se encontraba realizando un acto de servicio, pese a encontrarse de franco, de tal manera entiendo que el ejercicio abusivo de su función derivó del aprovechamiento de las facultades que le otorga su cargo al momento de cometer el hecho.

Finalmente, y en relación a la crítica que sostiene no acreditado ni motivado que el imputado en razón de su profesión estaba en condiciones de conocer el resultado lesivo del disparo efectuado con proyectiles antitumulto a escasa distancia, entiendo que yerra el recurrente puesto que la jueza refirió las declaraciones de los efectivos policiales –en especial aquellos que elaboraron los informes técnicos obrantes en la causa– que dieron cuenta del mayor poder de agresión de un disparo a escasa distancia en razón de la menor dispersión de las postas de goma y su poder ofensivo en determinadas zonas del cuerpo, no pudiendo escapar al conocimiento de **Mario González que el impacto del proyectil lanzado a escasa distancia contra una zona vital del cuerpo ocasionaría un daño grave en su salud con independencia de la específica lesión producida.**

Por los motivos expuestos considero que corresponde el rechazo de los vicios formales promovidos por cuanto como señalé no se verifican en el acto sentencial impugnado. Igual solución corresponde dar en relación a los vicios sustantivos formulados por la defensa técnica de Mario González. Sostuve en relación a la posibilidad de una legítima defensa que acertadamente la jueza descartó la existencia de una agresión ilegítima por parte de Cristian Villarrubia, de manera tal que eliminado uno de los presupuestos de aplicación de tal causa de justificación no es posible sostener que la conducta asumida por Mario González resulte una legítima defensa.

Tampoco entiendo que se haya aplicado erróneamente el derecho sustantivo como afirma el recurrente y considera el Procurador General en relación a que Mario González haya obrado en el legítimo ejercicio de un deber –art. 34 inc. 4 del CP– y que su conducta haya excedido los límites impuestos por la ley debiendo ser encuadrada en las previsiones del art. 35 del CP.

Al respecto sostiene el defensor que en atención a las previsiones de la ley 6.722 su asistido obró dentro de sus deberes legales por cuanto está habilitado por la norma para el empleo legítimo y justificado del uso de la fuerza, existiendo un exceso en la causa de justificación ya que la conducta comenzó con el legítimo cumplimiento de un deber a su cargo.

No concuerdo con tal postulado y entiendo que la conducta de Mario González no estuvo justificada, ni hubo exceso en la causa de justificación. En ese sentido entiendo que la calificación legal aplicada por la jueza resulta correcta sin que pueda considerarse un exceso en una causa de justificación sino un accionar doloso y antijurídico por parte del imputado.

Por las razones precedentemente expuestas y oído el Procurador General, entiendo que el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de Mario César González debe ser rechazado. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Garay. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y DALMIRO GARAY CUELI adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y DALMIRO GARAY CUELI adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y DALMIRO GARAY CUELI adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación promovido por el defensor técnico de Mario César González Calderón.
- 2.- Tener presente la reserva efectuada.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. DALMIRO F. GARAY CUELI Ministro.

6- GUAJARDO. 22-09-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	Par	M	-	-	-	-	A	-	-	-	-	SJP	N	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=896>

Lex: Arts. 92 en función del 89 y 80 incs. 1 y 11, 54 del CP. Art. 76 Bis CP. Art. 26 inc. 3 y 30 y ccs. CPP. CEDAW. Convención Belem Do Pará. Ley 26.485. Res. de la Procuración General N° 16/20. Ley 27.499 «Ley Micaela». Acordada n° 29.318.

Vox: **VG. SJP. Lesiones leves** dolosas calificadas por la relación de pareja preexistente y por mediar violencia de género. Suspensión de Juicio a prueba. **Falta de consentimiento fiscal. Víctima.**

Summa:

El JPC concedió al sindicado la SJP por el delito de lesiones leves dolosas calificadas por la relación de pareja preexistente y por mediar violencia de género por el plazo de dos años.

La Fiscal a cargo de la Fiscalía de Instrucción N° 3 de la Unidad Fiscal Valle de Uco interpone recurso de casación contra la resolución dictada.

El Procurador General mantiene el recurso fiscal interpuesto. Reitera que el criterio del Ministerio Público Fiscal sostiene que la **negativa fiscal**, expresada en un dictamen **motivado, posee carácter vinculante** y obsta la procedencia de la suspensión del juicio a prueba.

La SCJM resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal, anular el auto dictado por el JPC, remitiendo al Tribunal de origen.

Resolución cuestionada: Auto dictado por el JPC N° 1- 4° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Dr. Adaro:

I- Valor vinculante al dictamen fiscal sólo si está debidamente motivado.

- «Bustos Baldor». 02-03-10: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- «Ramón Mayorga»
- «González Farías»
- «Entre Ríos Oliva»
- «Rodríguez Rosales»
- «Moreno Frías». 01-12-17. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=904>
- «Torcetta Sanjurjo» 19-12-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=262>
- «Romero Díaz». 15-08-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=177>
- «Rivero Oro». 22-05-20. VG. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=315>
- «Navarrete Herrera»
- «Barré Crespo».
- «Cargnelutti»
- Crescitelli Flieger. 14-12-17: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>

Dr. Valerio.

El agente fiscal debe fundamentar su dictamen solamente cuando se aparta de esta regla consistente en la persecución penal.

- «Lemos Guerrero». 28-11-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=906>
- «Estrella»,
- «Luna Amaya»
- «Ramos Sevilla». 04-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=27>

b-CSJN

- «Góngora»23-04-13:
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7008981&cache=1673224038444>

Precedentes relacionados

SJP. Art. 76 Bis CP. Art. 30 CPP

- Bustos Baldor. 02-03-10: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Condori. 15-06-16. VG: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Bernaldes Bargas. 28-12-16: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Ayala Gil. 17-05-17: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Moreno Frías. 01-12-17: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=904>
- Crescitelli Fliguer. 14-12-17: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Lemos Guerrero. 28-11-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=906>
- Ramos Sevilla. 04-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=27>
- Romero Díaz. 15-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=177>
- Torcetta Sanjurjo. 19-12-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=262>
- «Rivero Oro».22-05-20. VG. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=315>
- Castro. 03-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=771>
- Vulcano. 22-03-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=981>
- Castillo Ordoñez. 11-05-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=895>
- Reyes Lara. 17-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=865>
- García Manca. 17-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=866>
- Martínez Fernández. 26-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=895>
- Guajardo. 22-09-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=896>
- Rosales Chacón. 11-11-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=973>
- «Ramón Mayorga»
- «González Farías»
- «Entre Ríos Oliva»
- «Rodríguez Rosales»
- «Bernaldes Vargas»
- «Sánchez»
- «Cruzate»
- «Pérez Martín»;
- «Lemos Guerrero»

- «Estrella»
- «Luna Amaya»
- «Ramos Sevilla»

Parágrafos destacados:

- Crescitelli Fliguer. 14-12-17: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
El dictamen motivado del Ministerio Público Fiscal en lo atinente a la concesión de la suspensión del juicio a prueba, resulta vinculante y no corresponde hacer lugar a tal planteo cuando aquél dictamen es en sentido negativo. Resultando por lo tanto su **consentimiento un presupuesto de procedibilidad** para que la "probation" pueda tener andamio; y ello es así porque el Ministerio Fiscal en el sistema acusatorio es el titular de la acción penal.

En nuestro sistema acusatorio adversarial corresponde la actuación de la Ley penal como regla y la suspensión de la prosecución penal como excepción; por lo tanto, es parte del principio de legalidad actuar la ley penal, como así también aplicar un criterio de oportunidad, sea suspendiendo la prosecución penal o la suspensión del juicio a prueba.

Cuando el representante del Ministerio Público no presta el consentimiento, basta con que manifieste la decisión de seguir ejerciendo la acción penal de manera inequívoca, por lo que no se trata de un dictamen o requerimiento sujeto a las exigencias de **fundamentación del art. 167 CPP**, sino de una simple manifestación de voluntad de una de las partes que no requiere expresión de razones, es decir, que no se le debe imponer al representante del Ministerio Público una conclusión fundada cuando decide continuar ejerciendo la acción penal o cuando decide no otorgar el consentimiento para la suspensión del juicio a prueba, atento a que el ejercicio de la acción penal es una imposición de la Ley. La **pena de inhabilitación** no constituye un obstáculo para la concesión de la suspensión del procedimiento a prueba, y el dictamen del Ministerio Público Fiscal sólo resulta vinculante cuando contenga juicios de conveniencia y oportunidad político criminal. Así, el quinto párrafo del art. 76 bis del CP hace referencia al pago mínimo de la multa cuando ésta sea aplicable en forma conjunta o alternativa con la de prisión, lo cual permite concluir que la imposibilidad sólo se refiere a los casos en los que la pena sea conminada en soledad, pues de lo contrario se debería haber optado por la misma fórmula utilizada para la pena de multa. (Voto en disidencia Dr. Palermo)

La suspensión del juicio a prueba constituye una respuesta que de algún modo grava el hecho cometido, pero al menor costo posible para el probable autor del mismo. En efecto, la imposición de una pena al autor del hecho deja de ser legítima cuando la solución del conflicto puede obtenerse recurriendo a otros medios menos lesivos: la pena debe ser la última ratio a la que debe recurrir el Estado para la solución del conflicto generado por el delito. (Voto en disidencia Dr. Palermo).

El consentimiento del Fiscal requerido por el art. 76 bis CP, para no inmiscuirse en la función de control legalidad - atribución propia de la función jurisdiccional - debe tener por objeto, necesariamente, algo distinto a las exigencias legales, cuya verificación exige el control judicial. Esto no significa que el Fiscal se encuentre impedido de pronunciarse sobre los presupuestos legales, pero el pronunciamiento que emita en ese sentido no obliga al Tribunal ni integra el "consentimiento" requerido legalmente, es decir, no es considerado vinculante. Lo que sí constituye la función propia del acusador público y que sí se vincula al Tribunal es la conveniencia de la suspensión. (Voto en disidencia Dr. Palermo).

Resulta vinculante para el Tribunal la opinión favorable del fiscal en aquellos casos en que el titular de la acción pública consiente la aplicación del instituto y considere cumplidos los presupuestos de legalidad, conclusión que se deriva de la aceptación de un modelo de enjuiciamiento acusatorio y de la inviolabilidad de la defensa en juicio. (Voto en disidencia Dr. Palermo)

Expte.: 13039308694 - FISCAL C/ CRECITELLI FLIGUER MAURO ALEXIS PORTACION ILEGAL DE ARMA. CAS.Fecha: 14/12/2017 – SENTENCIA.Tribunal: SUPREMA CORTE - SALA N° 2.Magistrado/s: VALERIO - PALERMO – ADARO. Ubicación: LS546-094. Fuente.: Oficina de Jurisprudencia.

- Ayala Gil. 17-05-17: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
El consentimiento del Fiscal requerido por el artículo 76 CP, para no inmiscuirse en la función de control de legalidad - atribución propia de la función jurisdiccional - debe tener por objeto necesariamente algo distinto a las exigencias legales, cuya verificación exige el control judicial. Esto no significa que el Fiscal se encuentre impedido de pronunciarse sobre los presupuestos legales, pero el pronunciamiento que emita es ese sentido no obliga al Tribunal ni integra el consentimiento requerido legalmente, es decir, no es considerado vinculante. Lo que sí constituye la función propia del acusador público y que sí vincula al Tribunal es la conveniencia de la suspensión.
Las razones del Fiscal al oponerse o no prestar su consentimiento para la concesión de la suspensión de juicio a prueba - sólo obligan al Tribunal en la medida en que constituyan un **concreto juicio de oportunidad político criminal**, pero no resultan vinculantes si se refieren al cumplimiento de los recaudos legales para la procedencia del instituto, pues este control resulta ser facultad exclusiva de la función jurisdiccional.
- Bernaldes BArgas. 28-12-16: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
El consentimiento del Fiscal requerido por el art. 76 CP, para no inmiscuirse en la función de control de legalidad, debe tener por objeto algo distinto a las exigencias legales, cuya verificación exige el control judicial. Lo dicho no significa que el Fiscal se encuentre impedido de pronunciarse sobre los presupuestos legales, pero el pronunciamiento que emita en ese sentido no obliga al Tribunal ni integra el "consentimiento" requerido legalmente, es decir, no es considerado vinculante. Lo que sí constituye la función propia del acusador público y que sí vincula al Tribunal es "**la conveniencia de la suspensión**".
- Condori Flores. 15-06-16: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
El asentimiento Fiscal al pedido de suspensión de juicio a prueba es vinculante para el Tribunal, en consecuencia, habiendo aquél considerado su improcedencia por tratarse de una situación de **violencia contra la mujer**, definida por la ley 26.485, corresponde denegar la aplicación del beneficio de oportunidad y ventilar los hechos en el marco natural para su investigación, esto es, la instancia oral.
Las razones que el fiscal expone al no prestar su consentimiento para la concesión de la suspensión de juicio a prueba, sólo obligan al Tribunal en la medida en que constituyan **un concreto juicio de oportunidad político - criminal**, pero no resultan vinculantes si se refieren al cumplimiento de los recaudos legales para la procedencia del instituto. En cambio, siempre resultará vinculante para el Tribunal la opinión favorable del fiscal en aquellos casos en que "consiente" la aplicación del instituto y considere cumplidos los presupuestos de legalidad, conclusión que se deriva de la aceptación de un modelo de enjuiciamiento acusatorio y de la inviolabilidad de la defensa en juicio. (del voto en disidencia Dr. Palermo)

- Tobar. 18-06-13. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
Si el hecho cometido lo fue mientras se encuentra en curso la suspensión del juicio a prueba otorgada, no corresponde hacer lugar al pedido de extinción de la acción penal.

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Palermo. (Licencia)

Fallo.

CUIJ: 13-05735792-9/1((048501-55091)) F. C/ GUAJARDO, SERGIO. P/ LESIONES LEVES DOLOSAS AGRAVADAS POR EXISTIR RELACIÓN DE PAREJA Y MEDIAR VIOLENCIA DE GÉNERO P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105921328*

En Mendoza, a los veintidós días del mes de septiembre del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05735792-9/1 caratulada “F. c/G.S. P/ LESIONES LEVES DOLOSAS AGRAVADAS POR EXISTIR RELACIÓN DE PAREJA Y MEDIAR VIOLENCIA DE GÉNERO S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La Fiscal a cargo de la Fiscalía de Instrucción N° 3 de la Unidad Fiscal Valle de Uco interpone recurso de casación contra la resolución dictada por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Cuarta Circunscripción de Mendoza que concedió la suspensión del juicio a prueba a S. E. G. C. por lesiones leves dolosas agravadas por existir relación de pareja y por mediar violencia de género (art. 92 en función de los arts. 89 y 80 incs. 1 y 11 del CP y ley 26.485) por el plazo de dos años y reglas de conducta en los autos P-55.091/20.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Cuarta Circunscripción concedió la suspensión del juicio a prueba por el plazo de dos años en favor del imputado S. E. G. C.. Entendió que en el caso bajo estudio concurrían los requisitos objetivos.

A ello agregó que si bien tenía en cuenta que el Ministerio Público Fiscal no había prestado el consentimiento fiscal para la concesión del instituto, existían razones para apartarse del mismo. En este sentido, valoró que el informe del EPI –una de las razones por las que la fiscalía había denegado su consentimiento– siempre parte de la existencia de riesgo moderado, por lo que no debería tener el peso que el órgano acusador le confiere para fundar su criterio.

Además, desestimó el criterio fiscal según el cual es necesario escuchar a la víctima en el debate oral, pues a su juicio la omisión de esta declaración no impide la concesión de la suspensión del juicio a prueba Hizo hincapié en el testimonio de la víctima, expresado en la audiencia, en relación a que hace un año que no tiene conflictos con el acusado, que G. C. desistió la denuncia que le había efectuado en su contra y que está de acuerdo con la concesión de la suspensión del juicio a prueba.

En consecuencia, se apartó del planteo fiscal e hizo lugar a la suspensión del juicio a prueba solicitada por la defensa por el plazo de dos años con las siguientes reglas de conducta: mantener buena conducta, comunicar al Tribunal cualquier cambio de domicilio y realizar un aporte de cinco cajas de leche para ser destinadas a un comedor del Departamento de San Carlos (ver audiencia realizada el día 30 de abril de 2021).

2.- Recurso de casación

La representante del Ministerio Público Fiscal interpone recurso de casación de conformidad con lo establecido por los arts. 474, 475 y 476 del CPP. Especifica que el Tribunal decidió apartarse del dictamen fiscal que se encontraba debidamente fundado y concedió la suspensión del juicio a prueba en razón de que la víctima no se opuso a su otorgamiento.

Además, destaca que el magistrado de instancia anterior cuestionó el informe confeccionado por el EPI por su sistema de análisis y en razón de que los mismos parten siempre de que el riesgo es moderado. Cuestiona que el Tribunal de instancia anterior concedió la suspensión del juicio a prueba existiendo dictamen fiscal fundado en sentido negativo.

Explica que su criterio expuesto en la audiencia se basó en que el hecho fue calificado en contexto de violencia de género. Ello en razón del Informe de Riesgo de Violencia Física para la víctima realizado por el EPI, las menciones de la víctima respecto a otros hechos de violencia anteriores, los rasgos de personalidad del acusado que describió y las lesiones denunciadas y constatadas. Destaca, además, entre las razones de su oposición los parámetros jurídicos tanto internacionales –CEDAW y Belém do Pará– como nacionales –ley 26.485– en la materia.

A lo que agrega la resolución de la Procuración General N° 16/20 en la que se estableció absolutamente indispensable practicar todos los actos procesales idóneas y necesario para someter el caso penal a la decisión definitiva que se dicte en un juicio oral. Destaca la importancia de asegurar el derecho de la mujer a ser oída y de evaluar los motivos y el contexto en el cual ha sucedido el hecho. Hace hincapié en el precedente «Góngora» de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

También hace referencia a que, de conformidad con la jurisprudencia de esta Suprema Corte, se requiere la conformidad fiscal para la procedencia de la suspensión del juicio a prueba y que su oposición resulta vinculante y cita precedentes «Navarrete Herrera», «Cargnelutti Martin», «Crescitelli Fliguer» y «Barré Crespo».

Finalmente, hace reserva de caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General mantiene el recurso fiscal interpuesto. Reitera que el criterio del Ministerio Público Fiscal sostiene que la expresa negativa fiscal, expresada en un dictamen motivado, posee carácter vinculante y obsta la procedencia de la suspensión del juicio a prueba.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Puesto a resolver el caso traído a estudio, adelanto que corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la representante del Ministerio Público Fiscal por las razones que a continuación se exponen.

a.- En relación con el carácter vinculante del dictamen fiscal. Sólo es vinculante cuando está debidamente motivado. (167CPP)

a.- En relación con el carácter vinculante del dictamen fiscal, y dado que advierto imprecisiones en las citas de precedentes realizadas por la recurrente, corresponde señalar que la posición que he sostenido de manera constante le asigna valor vinculante al dictamen sólo si está debidamente motivado (así, «Bustos Baldor», «Moreno Frías», «Ramón Mayorga», «González Farías», «Entre Ríos Oliva», «Rodríguez Rosales», «Torcetta Sanjurjo», entre muchos otros). En este sentido, el criterio que el recurso deriva de

los casos «Cargnelutti» y «Crecitelli Fliguer» surge de una imprecisa y errónea consideración jurisprudencial.

En el caso «Romero Díaz» he abordado este error –advertido en otro recurso del Ministerio Público Fiscal– y he explicado las razones que fundamentan mi posición, precedente al que remito en honor a la brevedad.

b- El razonamiento efectuado por el a quo tomó como premisa de base que a pesar de encontrarse fundado el dictamen del Ministerio Público Fiscal, correspondía apartarse del mismo, y por tanto corresponde hacer lugar al recurso interpuesto.

b.- Deslindada esta cuestión preliminar, del análisis del planteo recursivo y el dictamen emitido durante la audiencia por el Ministerio Público Fiscal advierto que la resolución pronunciada por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Cuarta Circunscripción ha concedido la suspensión solicitada a partir de fundamentos erróneos, motivo por el cual corresponde hacer lugar a la impugnación.

En efecto, el razonamiento efectuado por el a quo **tomó como premisa de base que a pesar de encontrarse fundado el dictamen del Ministerio Público Fiscal, correspondía apartarse del mismo** y hacer lugar al beneficio procesal solicitado por concurrir los requisitos objetos para su procedencia.

En este sentido, la posición asumida por el juez de instancia anterior no resulta coherente con la jurisprudencia relativa al **carácter vinculante del dictamen fiscal** –aun en las diversas posturas de los ministros que la integramos en relación con los requisitos para considerar vinculante el dictamen fiscal (ver al respecto «Moreno Frías», «Romero Díaz», entre otros)–.

Como bien puede apreciarse de la audiencia en la que se solicitó la suspensión del juicio a prueba para el acusado G. C., **la agente fiscal fundó suficientemente su negativa a la concesión.**

Así, encuadró los hechos investigados en el contexto de violencia de género en que se desarrollaron.

Para ello tuvo en consideración el informe confeccionado por el EPI, la denuncia realizada por la víctima que da cuenta de la existencia de hechos anteriores de violencia, la normativa internacional y nacional en materia de erradicación de la violencia para las mujeres –Convenciones CEDAW y Belém do Pará y Ley 26485– y la Resolución del Procuración 16/20.

Todo lo cual ha sido mayormente desarrollado en el recurso fiscal interpuesto con posterioridad.

En otro orden de ideas, es relevante reiterar la posición mayoritaria de esta Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia respecto a las obligaciones internacionales en materia de violencia de género expresadas en el precedente «Rivero Oro».

Rivera Oro.

Así, se hizo hincapié en las obligaciones internacionales a las que se ha comprometido nuestro país en materia de violencia de género. En efecto, en aquella oportunidad se sostuvo que «[...] la Corte Interamericana de Derechos Humanos dijo que «[e]n casos de violencia contra la mujer, las obligaciones generales establecidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana se complementan y refuerzan para aquellos Estados que son Parte, con las obligaciones derivadas del tratado interamericano específico, la Convención de Belem do Pará. En su art. 7.b), dicha Convención obliga de manera específica a los Estados Partes a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer» (Corte IDH, Caso «V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua», Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 8 de marzo de 2018, párr. 152)». «En línea con tales objetivos, entiendo que la adopción de alternativas distintas a la realización de un juicio no se condice con los compromisos internacionales asumidos en la materia, pues en caso contrario, podría incurrirse en un supuesto de responsabilidad internacional.

Ello por cuanto sólo a partir de tal procedimiento se puede derivar un pronunciamiento definitivo sobre la culpabilidad o inocencia del imputado, es decir, verificarse la posibilidad de sancionar hechos de violencia contra la mujer en razón de su género, violencia que comprende, entre otros supuestos, a la violencia psicológica, como la investigada en el sub lite». En consecuencia, estimo que la crítica del a quo excede el control de razonabilidad al que está llamado y expone la existencia de vicios en el razonamiento de su decisión, que la tornan infundada.

Así, en tanto la vista conferida al Ministerio Público Fiscal fue evacuada conforme a derecho (art. 167 del CPP) y en contra de la concesión de la suspensión petitionada, no correspondía que fuese otorgada. La resolución cuestionada, en definitiva, no satisface los requisitos de motivación contenidos en el art. 155 del CPP. Por estas razones, corresponde hacer lugar al recurso de casación planteado por la representante fiscal. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio.Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO, POR SU VOTO: Adhiero a la solución propuesta en el voto preopinante, haciendo saber que, conforme al criterio que sustentó y que he señalado en otras oportunidades, la actuación de la ley por parte del representante del Ministerio Público Fiscal es la regla en materia procesal e implica su promoción y ejercicio obligatorio, mientras que la excepción es la procedencia de criterios de oportunidad (ver «Lemos Guerrero», «Estrella», «Luna Amaya», y recientemente «Ramos Sevilla», entre otros).

A mi entender, el agente fiscal debe fundamentar su dictamen solamente cuando se aparta de esta regla consistente en la persecución penal, para otorgar el consentimiento para la aplicación del beneficio petitionado –en este caso, suspensión del juicio a prueba. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso formulado en autos, y revocar el auto del Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Cuarta Circunscripción, de fecha 30 de abril de 2021, que concedió la suspensión del juicio a prueba en favor de S. E. N. C., y remitir las actuaciones al tribunal de origen a fin de que continúe según su estado. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal en las presentes actuaciones y, en consecuencia, anular el auto dictado por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Cuarta Circunscripción de Mendoza.
- 2.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme el resultado aquí arribado.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro **Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo** no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 22 de septiembre de 2022.-

7- ROJAS. 25-10-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	Par.	M	-	PCC	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=938>

Lex: Art. 89, 92, 80 inc. 1 y 11 del CP. Convención Belem Do Pará. Art. 2, 16 y 31 de la Ley 26.485. Art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza. Art. 206 CPP. Ley 27.499 «Ley Micaela». Acordada n° 29.318. Art. 399, segundo párrafo del C.P.P. Art. 145, tercer párrafo del C.P.P.

Vox: **VG.** Lesiones leves dolosas calificadas por el vínculo y por mediar violencia de género.

Summa:

El JPC condenó al sindicado a la pena de **un año de prisión en suspenso** como autor del delito de lesiones leves dolosas calificadas por el vínculo y por mediar violencia de género.

La defensa interpone recurso de casación (art. 474 inc. 2 del CPP) estima que la sentencia es nula por falta de fundamentación, motivación contradictoria e inobservancia de las reglas de la sana crítica racional.

El Procurador General entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La SCJM rechazó el recurso de casación por la defensa.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 303, pronunciada por el JPC N° 2-2° CJ.

Precedentes citados

α-SCJM

Dr. Valerio

I- Valoración probatoria en materia de violencia de género. Perspectiva de género:

- «Cruz Caporiccio». 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- «Merlo Lassa»17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- «Ojeda Pérez». 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- «Vázquez Tumbarello». 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>

II- Sistema acusatorio:

- “Mopardo Dopoux”
- “Flores Gonzalez”. 10-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=30>
- «Chacón Moyano». 23-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=267>

Dr. Palermo.

I- Valoración probatoria en materia de violencia de género. Perspectiva de género:

- «Di Cesare Morales». 26-06-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- «Mejía Salvador». 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>
- «Zurita». 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>

SCJM. Dres.: **Valerio.** Palermo Adaro (Licencia).

Fallo.

CUIJ: 13-06768889-3/1((028502-37084)) F C/ ROJAS JULIO MARIO P/ LESIONES LEVES AGRAVADAS (37084/20) (37084) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106024864*

En Mendoza, a los veinticinco días del mes de octubre del año dos mil veintidós reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 06768889-3/1 caratulada “FC/ R. R., J. M. P/ LESIONES LEVES DOLOSAS CALIFICADAS POR EL VÍNCULO Y POR MEDIAR VIOLENCIA DE GÉNERO S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR PALERMO y DR. MARIO D. ADARO.

La defensa de J. M. R. R. interpone recurso de casación contra la sentencia n° 303, pronunciada por el Juzgado Penal Colegiado N° 2 de la Segunda Circunscripción Judicial, que lo condenó a la pena de un año de prisión en suspenso como autor del delito de lesiones leves dolosas calificadas por el vínculo y por mediar violencia de género (artículos 89, 92, 80 inc. 1 y 11 del CP).

Resolución dictada en los autos n° P-37084/20.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El juez de anterior instancia tuvo por acreditado que el hecho objeto de la acusación según el cual «en el distrito ... provincia de Mendoza, para fecha 11 de mayo de 2020, siendo las 22:15 hs., aproximadamente, en circunstancias que la Sra. [L.M.O.], se encontraba en el interior de su vivienda, sita en calle ..., de ese distrito, se hizo presente su ex pareja, el hoy imputado J. M. R., quien previo a dar inicio a una discusión, se abalanzó contra la denunciante, empujándola, para luego propinarle dos puntapiés en el muslo izquierdo, causándole con dicho accionar violento: “HEMATOMA 2 X 2 CM EN GLUTEO IZQUIERDO, COLOR AZUL VIOLACEO, SIN IPT, SIN RIESGO VITAL NI DESFIGURACIÓN DE ROSTRO”, lesiones éstas que fueron constatadas por el médico forense, Dr. N. B.». Para así decidir, el juez de la instancia anterior valoró entre los elementos probatorios más relevantes la declaración testimonial de L.M.O., N. B., J. S. R., R. M. y de M. C..

2.- Recurso de casación

La defensa interpone el recurso de conformidad al art. 474 inc. 2 del CPP. Esto, en tanto considera que la sentencia impugnada adolece de vicios formales que la invalidan como tal.

En ese orden, sostiene que la sentencia dictada por el juez de anterior instancia resulta nula por falta de fundamentación, motivación contradictoria e inobservancia de las reglas de la sana crítica racional.

Considera que el fallo no exhibe una fundamentación acorde a las reglas que rigen el pensamiento humano, en tanto no ha respetado las reglas de la lógica, la experiencia común y de la psicología. En tal sentido, la defensa expresa que las premisas fácticas – objetivas y subjetivas – fijadas por el tribunal como presupuesto de la atribución carecen de respaldo objetivo en la causa y constituyen afirmaciones que no tienen correlato con la prueba que se invoca.

En particular lo relativo a la constatación de las lesiones sufridas por la víctima, toda vez que no se encuentra incorporado el correspondiente certificado médico que acredite fehacientemente aquéllas ni la evolución de las mismas.

Por otra parte, cuestiona así la actuación del juez de anterior instancia pues sostiene que violentó el sistema acusatorio adversarial y su rol de juez imparcial, modificando sustancialmente alguna de las declaraciones testimoniales.

En función de lo expuesto solicita la aplicación del principio in dubio pro reo. Formula reserva de caso federal.

3.- Dictamen del Procurador General

A fs. 5/6, el Procurador General contesta la vista de ley y aconseja el rechazo del recurso de casación articulado. Ello por entender que la sentencia impugnada no adolece de los vicios denunciados por el defensor.

En particular referencia con la falta de acreditación de las lesiones, sostiene que del análisis de las actuaciones, surge claramente que en fecha 12 de mayo de 2020 el Dr. B. adelantó a la ayudante fiscal que la víctima padecía lesiones. Concretamente, un hematoma en glúteo izquierdo color azul violáceo.

Agrega que lo que fuera adelantado tiene su correlato con el informe agregado a fs. 56, al que si bien se le coloca la fecha 4 de noviembre, no cabe duda que se corresponde con un examen realizado a la víctima la fecha del hecho, lo que surge del análisis de fs. 19.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar. Paso a explicarlo.

Ante todo, y por tratarse de un supuesto de lesiones en contexto de violencia de género y por mediar un vínculo, entiendo oportuno recordar que el marco normativo vigente en el ámbito internacional, regional y nacional reconoce que la violencia de las mujeres constituye una violación de los derechos humanos.

En este sentido, destaco que al momento de resolver el sentenciante asumió una perspectiva integral en relación con los criterios de valoración señalados en la ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales.

En este orden, es oportuno destacar que sobre la cuestión tuve ocasión de pronunciarme en diversos precedentes (“Cruz Caporiccio”, “Merlo Lassa”; “Quiroga Morales”; “Ojeda Pérez”; “Vázquez Tumbarello”; entre otros).

En especial en “Ojeda Pérez” sostuve que «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional. Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir,

sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” -Belem Do Pará-, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”).

Sostuve también en esa ocasión que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las "mujeres".

En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)». Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas.

Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...]» (art. 16)».

Ahora bien, «[...] además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene dos normas que consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género.

En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de «amplia libertad probatoria» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (art 31)».

De tal manera «[...] el texto legal vigente [ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP).

A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas».

Así, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar.

Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes

y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”).

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional en razón de que «[...] siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba – objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento.

Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto.

Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a lo expresado «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio.

Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

Por todo ello, uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo.

A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables.

De tal manera «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo.

A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables». De no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal. A lo señalado debe sumarse, tal como destacó en el **precedente “Vázquez Tumbarello”, la relevancia de la ley 27.499, denominada «Ley Micaela»,** en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado.

En coincidencia con aquella normativa la Acordada n° 29.318 de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia».

Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales.

En conclusión, entiendo que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional.

Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación.

Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género en donde el tribunal de instancia anterior ha tenido en cuenta los parámetros antes referidos al momento de la ponderación de los elementos de prueba obrantes en la causa.

Formuladas estas observaciones, que resultan enteramente aplicables al caso, entiendo que los agravios expuestos por la defensa de Julio Mario Rojas Ríos, no pueden tener acogida favorable.

El juez de anterior instancia, tal como se adelantó, tuvo acreditado que J. M. R. R. luego de haber mantenido una discusión con L.M.O, le propinó dos patadas en el muslo izquierdo, las que le provocaron las lesiones que fueron constatadas por N. B. del Cuerpo Médico Forense.

Este supuesto encontró sustento en la declaración de L.M.O., de R. M., de la Lic. J. S.R., del oficial M. C., del Dr. B., el acta de denuncia de fs. 1 y 3, el acta de inspección ocular, el croquis y constancias de fs. 18 y 19, el informe de evaluación de riesgo de fs. 29 y 30, el informe de lesiones del CMF de fs. 56 y el examen psicológico de fs. 59 y vta.

En relación con este último examen, debe destacarse que en sus conclusiones se advirtió la existencia de riesgo de violencia moderado, explicó que el relato de la víctima era creíble, que había parámetros de violencia psicológica y que L.M.O. era víctima de violencia de género (ver legajo digital, fs. 59/62).

Tal como se afirma en los fundamentos de la sentencia cuestionada, en la presente causa no existieron cuestiones controvertidas. En efecto, no existió discusión en cuanto a que entre L.M.O y el acusado existió una relación de pareja; que ésta tuvo una duración de entre ocho y diez años; que tuvieron un hijo en común; que durante la convivencia de la pareja, existieron discusiones y en particular que el día de los hechos; que en esa discusión ambos se empujaron y que en ese contexto Rojas Ríos le propinó dos patadas en el muslo izquierdo de la víctima.

El cuestionamiento principal expuesto por la defensa tanto en el debate oral como en el escrito casatorio bajo análisis, se circunscribe a la acreditación de las lesiones padecidas por la víctima y en concreto a la fecha del certificado del Dr. N. B. (fs. 56).

Es que, según informó el profesional durante su declaración testimonial en el debate oral, el examen fue practicado el día 12 de mayo de 2020, es decir al día siguiente de la ocurrencia del hecho aquí investigado, siendo que la fecha de incorporación al legajo es del 4 de noviembre de 2020. Con sustento en esta circunstancia, la defensa de R. R. argumenta la falta de acreditación de las lesiones y consecuentemente, insta la aplicación del in dubio pro reo.

Ahora bien, como anticipé el objeto de agravio no debe ser acogido, pues tal como surge de los fundamentos brindados por el juez de anterior instancia, dicho extremo encuentra adecuada fundamentación a partir de la valoración conjunta de los diversos elementos probatorios, que no son relevados por la defensa en el caso concreto.

Es que, en primer lugar el juzgador consideró para tener por acreditadas las lesiones en L.M.O, su relato. Esto en tanto expuso que el 11 de mayo de 2020, en horas de la noche, discutió con el acusado en la vereda de su vivienda sita en El enojo del acusado se originó porque ese día no había podido comunicarse telefónicamente con el hijo menor que tienen en común con la pareja y en ese contexto éste la empujó.

La víctima agregó que ella hizo lo mismo y que luego R. R. le propinó dos patadas, causándole con dicho accionar violento las lesiones que cuestiona la defensa.

En ese contexto, también L.M.O, narró otros episodios previos de violencia, ocasiones en que había ido a la comisaría y no le habían dado constancia de la denuncia formulada.

Además dijo que el acusado vivía a 50 metros de su casa, que era buen padre del hijo de ambos, quien tenía una relación muy buena con R. R.. A su vez, pese a los cuestionamientos de la defensa de R. R., el juez de instancia previa encontró acreditado con la constancia rubricada por el oficial E. B. (fs. 18) que N. B., médico forense, examinó a L.M.O y al acusado el día 12 de mayo de 2020. En particular, con relación a este último informó que no presentaba lesiones.

Por su parte, el profesional en esa oportunidad refirió que elevaría el informe correspondiente vía MP. Además, el juez tuvo en cuenta que existía en el legajo una constancia de comunicación (fs. 19) que daba cuenta que el 12 de mayo de 2020, el médico N. B., se comunicó telefónicamente con la ayudante fiscal M. S. A., aproximadamente a las 11 hs. para informar que había examinado a la víctima de autos, L.M.O. quién presentaba un hematoma de dos por dos cm en glúteo izquierdo, color azul violáceo, sin riesgo vital.

De tal manera, puede afirmarse que la argumentación de la defensa se funda en una lectura sesgada de las constancias del legajo, en particular del examen físico practicado por N. B. en la persona de L.M.O y que se encuentra agregado a fs. 56. Ahora bien, lo cierto es que, este examen físico fue practicado el día 12 de mayo de 2020 es decir, al día siguiente de los hechos aquí investigados, según surge de las constancias de fs. 18 y 19.

Durante el debate oral, al prestar declaración testimonial N. B. explicó que en particular no recordaba el hecho, tampoco a la mujer ni los nombres de los involucrados.

Contó asimismo la dinámica de su trabajo y, en ese sentido, dijo que él practicaba los exámenes y luego los remitía en mano al ayudante fiscal o al personal policial y que luego eran enviados por correo zimbra o al sistema MP.

El profesional también expresó que era corriente hacer adelantos telefónicos al ayudante fiscal. Fue claro en sostener que en sus archivos no existía el informe, que no podía explicar por qué el informe que se practicó en mayo había sido agregado el 4 de noviembre de 2020 (ver registro audio visual de la audiencia oral del 28 de abril de 2021, minuto 20:01).

A ello he de adunar que el resultado del examen psicológico de la víctima practicado por J. S., que conforme a las circunstancias relevadas advirtió la existencia de riesgo de violencia moderado, explicó que el relato de la víctima era creíble, que había parámetros de violencia psicológica y que la mujer era víctima de violencia de género.

De tal manera, resulta claro, tal como se afirmara en la instancia previa que las lesiones de L.M.O. están acreditadas, por lo no surge el estado intelectual de duda que refiere la defensa.

Imparcialidad del juzgador

En relación con el cuestionamiento de la defensa sobre la actuación del juez de la instancia previa y la eventual vulneración del sistema acusatorio, entiendo oportuno traer a colación las consideraciones realizadas en los precedentes **“Mopardo Dopoux”** y **“Flores Gonzalez”**.

En efecto, en este último precedente sostuve que la imparcialidad, como principio del derecho procesal, determina que juzgador que actúa en calidad de autoridad para sentenciar el litigio tenga claramente el rol de tercero.

Esto, implica no estar colocado en la posición de parte –imparcialidad–, ya que nadie puede ser acusador y juez al mismo tiempo; debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio –imparcialidad–; y, debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes –independencia–.

Así, en un sistema acusatorio adversarial, durante la etapa previa al juicio, el rol del juez es activo en tanto su función principal consiste en velar por el respeto de las garantías de las partes involucradas.

Por su parte, durante el juicio el **rol del juzgador es absolutamente pasivo, a los efectos de mantener su imparcialidad y su posición de tercero imparcial.**

De tal manera, se acota su función primordial a que, garantizado el contradictorio entre los sujetos contendientes, deba tomar su decisión en forma exclusiva sobre el caso que las partes presenten y en la medida en que resulte acreditado.

A partir del deber de imparcialidad referido, se deriva que el juzgador no debe tener iniciativa probatoria autónoma ni poder impulsorio, caso contrario desdibuja su propia naturaleza y reemplaza la inacción de la parte.

De tal manera, tiene una función inactiva, en el sentido de ajenidad a todo movimiento impulsor de su propia actividad decisoria, limitándose a resolver las incidencias que surjan entre las partes durante el desarrollo del juicio; y latente, vista como en potencial intervención para la salvaguarda de los principios, garantías e institutos procesales que la legalidad constitucional requiera, y a exclusivas instancias de una intervención formal de un sujeto externo.

Art. 399 CPP

Particularmente, en relación con la prueba testimonial, el juez **debe limitarse a resolver las objeciones** de las partes frente a preguntas que consideran inadecuadas por ser impertinentes (art. 399, segundo párrafo del C.P.P.), indicativas, capciosas o sugestivas (art. 145, tercer párrafo del C.P.P.).

El art. 399 del CPP, permite al juzgador interrogar siempre dentro de los márgenes de lo que suponga lo estrictamente necesario para la **«mejor comprensión de la declaración»**.

Son preguntas aclaratorias aquellas que permiten clarificar algunos dichos oscuros emitidos por el testigo, perito o intérprete, ya sea en forma espontánea o a modo de respuestas provocadas sobre preguntas formuladas por los litigantes (ver al respecto, «Flores González»).

En el caso en análisis, la defensa sostiene de manera genérica que el desempeño del juez de anterior instancia durante el curso del debate oral resultó contrario a su deber de objetividad e imparcialidad. Concretamente, hace referencia a lo ocurrido durante la audiencia celebrada el 16 de abril de 2020, en ocasión de recibir la declaración testimonial de N. B..

Surge del registro audiovisual respectivo que la defensa se opuso a la formulación de una pregunta relacionada con las lesiones sufridas por la víctima, específicamente al tiempo de producción de los hematomas.

Según surge de las constancias del legajo, el juez de anterior instancia preguntó concretamente «respecto de la etiología de los hematomas, que Ud. distinguió raza, género... concretamente los hematomas podían aparecer en forma inmediata o podían aparecer en horas, tiempo después». Ante la oposición de la defensa, por entender concretamente que la pregunta del magistrado no era aclaratoria, se dispuso que el planteo no fuera evacuado por el profesional declarante.

Esta circunstancia obsta a la procedencia del reclamo toda vez que el mismo se encuentra formulado de un modo hipotético, pues como lo he dicho en el párrafo que antecede, el juez finalmente acogió la oposición del defensor oficial y el testigo no respondió el interrogante.

De tal manera, **no existió introducción indebida de información relevante por parte del juez** (respecto de la actuación del órgano jurisdiccional, ver «Chacón Moyano»).

Por las razones expuestas, y opinión concordante del Procurador General, doy respuesta negativa a la primera cuestión propuesta en el acuerdo que lidero. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Adhiero a la solución que brinda mi colega de Sala a la primera cuestión propuesta al acuerdo.

Respecto de los lineamientos que deben ser observados al momento de valorar los elementos de prueba con perspectiva de género, entiendo oportuno remitirme, en lo que resulta aplicable al presente, al desarrollo realizado en los precedentes **«Zurita», «Mejía Salvador» y «Di Césare»**, entre otros. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO, adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por al defensa de J. M. R. R..
- 2.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro Se deja constancia de que el **Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia** (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 25 de octubre de 2022.-

8- CANO. 03-11-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	Art. CPP
VG	Par.	M	-	-	Inc.1	-	A	-	-	-	-	-	N	414
														474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=935>

Lex: Art. 89, 92, 80 inc. 1 y 11 del CP. Convención Belem Do Pará. Art. 2, 16 y 31 de la Ley 26.485. Art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza. Art. 206 CPP. Ley 27.499 «Ley Micaela». Acordada n° 29.318. Art. 2 del CPP y 34 inc 1 del CP.

Vox: **VG.** Lesiones leves dolosas calificadas por el vínculo y por mediar violencia de género. Imputabilidad. art. 2 del CPP y 34 inc 1 del CP. Fundamentos escritos. Indubio pro reo, prudencia en VG.

Summa:

El JPC N° 1- 4° CJ absolvió al sindicado del delito de lesiones leves dolosas calificadas por el vínculo y por mediar violencia de género, por art. 34 inc. 1 CP..

El MPF interpone recurso de casación, estima que el juez a quo valoró incorrectamente la prueba.

El Procurador General mantiene el recurso casatorio promovido.

La SCJM resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal, en consecuencia, **anular** la sentencia N° 1150 y sus fundamentos y remitir las actuaciones al Juzgado Penal Colegiado de Tunuyán a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la realización del **nuevo debate**.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1150 (04-02-21), pronunciada por el JPC N° 1- 4° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Dr. Adaro

I- Valoración probatoria en materia de violencia de género. Perspectiva de género:

- «Galdeano Reyes». 31-07-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=242>
- «González Pringles»
- «Ruiz Gutiérrez».18-02-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=8>
- «Alaniz Pineira» 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- «Vargas Riquelmes». 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=743>
- «Scifo Ruffini». 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=738>
- «González Sosa»

II- Retracción como fenómeno propio del ciclo de la violencia.

- «Jara Pablo»,
- «González Abrego» 19-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=249>
- «Gómez Alcaraz». 12-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=252>
- «Narváez Videla»: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=269>

Sobre este tópico menciona el **Dr. Valerio** los siguientes precedentes destacados en el fallo Baina Madrid

- «Calderón Polo». 17-05-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=65>

- «Di Cesare Morales» 26-06-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- «Mejía Salvador». 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>
- «Gómez Alcaraz». 12-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=252>
- «Ortíz Agüero». 16-04-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=637>
- «Agüero Pérez». 25-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=777>

b-CIDH

«Castro Castro vs. Perú». Fondo, 25-05-06.

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf

Caso Rosendo Cantú vs. México. 31-08-10

https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339

Caso «Fernández Ortega y otro vs. México». 30-08-10.

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/fernandez_ortega/esap.pdf

c-CSJN

«Leiva, María Cecilia», entre otros.

Precedentes relacionados.

I-Retracción. Perspectiva de género

- Aguilera. 07-05-18.
- «Calderón Polo». 17-05-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=65>
- «Di Cesare Morales» 26-06-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- «Mejía Salvador». 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>
- «Gómez Alcaraz». 12-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=252>
- «González Abrego» 19-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=249>
- «Narváez Videla» 23-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=269>
- «Ortíz Agüero». 16-04-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=637>
- «Agüero Pérez». 25-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=777>
- **Tello Sanchez**. 21-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=819>
- Baina Mandril. 16-05-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=839>
- Salguero Guzmán. 28-11-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=953>

Doctrina citada.

Long Saborio, S. (2009). Defensa de los Derechos Humanos de las Mujeres: Orientaciones metodológicas con perspectiva de género para litigantes.

SCJM. Dres.: **Adaro**. Palermo Valerio. (Licencia)

Fallo.

CUIJ: 13-05517966-7/1((048501-84860)) F C/ CANO PEDRO SEBASTIAN P/ LESIONES LEVES DOLOSAS AGRAVADAS POR LA RELACION DE PAREJA Y POR MEDIAR VIOLENCIA DE GENERO (84860) (84860/20) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105700047*

En Mendoza, a los tres días del mes de noviembre del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13- 05517966-7 caratulada "F. C/ C. P. S. S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO.

El Ministerio Público Fiscal interpone recurso de casación contra la sentencia n° 1.150 de fecha 4 de febrero de 2.021, y sus fundamentos, emitida por el Juzgado Penal Colegiado de Tunuyán.

Ello, en tanto se absuelve a P. S. C. B., a tenor de las previsiones de los arts. 2 de CPP y 34 inc. 1 del CP, por el delito de lesiones leves dolosas agravadas por la relación pareja y por mediar violencia de género (arts. 92 en función de los arts. 89 y 80 inc. 1 y 11 del CP), en autos N° P84.860/20.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

De las constancias de la causa, surge que el hecho aquí investigado consistió que en fecha trece de noviembre del año dos mil veinte, aproximadamente a las 22.00 hs, en el domicilio sito en ..., P. S. C. B., golpeó a su pareja M.J.A.A., la tomó del cuello, del pelo, la tiró al piso, le pegó en la cabeza y pateó sus piernas. A raíz de los golpes, M.J.A.A. resultó lesionada, constatándose por parte de los profesionales intervinientes: equimosis de 1cm por 0,5cm en cara anterior cuello, color violeta (menos de 5 días devolución); equimosis de 6cm por 4cm en tercio superior cara lateral externa brazo izquierdo, color violeta; excoriación de 0,5cm sobre articulación metacarpo falángica 3° dedo mano izquierda; excoriación de 0,5cm sobre articulación metacarpo falángica 5° dedo mano derecha; equimosis de 3cm por 2cm en región lumbar izquierda, color violeta; 3 excoriaciones en rodilla derecha, una de 2cm por 1cm y dos de 1cm de diámetro, respectivamente.

Al llevarse a cabo audiencia de debate, el juez de la instancia previa absolvió al acusado a tenor de las previsiones del art. 2 del CPP y 34 inc 1 del CP. Para así decidir, el juez tomó en consideración las declaraciones testimoniales prestadas en audiencia de debate por la Lic. S. Z., por la denunciante M.J.A.A. (denunciante), J. F. (vecina de la denunciante) y por el L. T. (actuante en el acta de procedimiento).

2.- El recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal

El representante del Ministerio Público Fiscal interpone su recurso a tenor de las previsiones de los arts. 18 y 75 inc. 22 de la CN., arts. 474, 475, 476 inc. 2 y 3 del CPP, arts. 1 y 2 de la CADH y art. 2 del PDCyP. Refiere que el juez ha valorado en forma errónea la prueba sin relacionar cada una de aquellas con el resto de los elementos de convicción.

Asimismo, señala que tampoco relacionó todos los medios convictivos en su conjunto y de manera coherente.

Critica que el juez basó su decisión ponderando el testimonio de la Lic. Z., quien trabaja en el Hospital General Las Heras y trató a C. por su problema de alcoholismo.

Considera que el magistrado realizó una interpretación hipotética de lo que podría suceder y dio mayor peso a esa prueba por sobre el resultado del examen psíquico del Cuerpo Médico Forense.

Añade que en aquél se concluye que el acusado discrimina las acciones valiosas de las disvaliosas y puede dirigir sus acciones, de tal manera que es punible **y no debe ser incluido en las eximentes del art. 34 del CP.**

Afirma que con esta decisión se menoscabaron los derechos de la víctima que tienen jerarquía constitucional puesto que el caso traído a examen es un caso de violencia de género.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, a fs. 19 mantiene el recurso interpuesto por el Fiscal de la Fiscalía Correccional y de Instrucción n° 1 de la Unidad Fiscal del Valle de Uco, contra la sentencia n° 1150 dictada por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Cuarta Circunscripción Judicial.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Analizado el recurso de casación promovido y la sentencia dictada, entiendo que corresponde acoger la impugnación. Ello, por los motivos que a continuación se exponen.

Del recurso casatorio promovido, se desprende que el recurrente plantea la impugnación a tenor de las previsiones de ambos incisos del art. 474 del CPP y, que pretende que esta Corte case la sentencia dictando fallo conforme a derecho.

Ahora bien, según se advierte, los vicios formulados resultan **vicios de procedimiento** puesto que se refieren a defectos en la **interpretación de la prueba y omisión de valoración** de medios de convicción.

Por tal motivo en la presente se analizará la **validez de la sentencia como acto procesal** y, como adelanté, explicaré las razones por las que considero que resulta procedente el recurso interpuesto.

En primer lugar, debe señalarse que de la sentencia analizada surge que en el punto III del resolutivo se señala que los fundamentos de la decisión serían desarrollados por escrito.

Reproducidos los registros audiovisuales, en la audiencia del día 4 de febrero de 2.021, el juez señaló que brindaría el resolutivo y los fundamentos por escrito pero, a continuación, dio un breve detalle sobre los motivos por los que absolvía y reiteró que los fundamentos serían expuestos por escrito.

No obstante, ello, y conforme surge las constancias requeridas al Juzgado Penal Colegiado de Tunuyán, los fundamentos **no fueron brindados por escrito**, sino que se cuenta en autos tan sólo con los breves argumentos brindados por el juez en la audiencia de fecha 4 de febrero de 2.021.

Al respecto, de manera sintética, el juez dijo: «Teniendo en cuenta lo que se ha comprobado en el día de la fecha [voy a] hacer resumen muy escueto [...] Está acreditado el hecho, la lesión de [M.J.A.A.] como consecuencia del accionar del sujeto activo. También [está] acreditado el grado de alcoholización de C. al momento del hecho. También por T. está acreditado que C. estaba bajo los efectos del alcohol al ser aprehendido. También por Z. que ambos tenían problemas con el alcohol y por la testigo vecina de la pareja que [M.J.A.A.] era conflictiva. También [está] acreditado que C. presenta esquizofrenia. Autoría del hecho acreditadas. **Me genera dudas sobre la imputabilidad o inimputabilidad en el hecho.** [La] esquizofrenia puede acarrear situaciones en que C. no pueda dirigir sus acciones, [y] esto nos lleva al art. 34 inc. 1 del Código Penal, por tanto considero que no se llega a [una] situación de certeza positiva. Sí se ha demostrado [la] lesión y [la] autoría. No se ha podido demostrar la intencionalidad o capacidad de

dirigir sus acciones. Por ello en virtud del art. 2 del Código Procesal Penal (duda) absuelvo a C. en relación al delito que se le atribuye».

De tal manera, independientemente de la factibilidad de brindar en forma oral los fundamentos que sustenten una sentencia –condenatoria o absolutoria–, éstos deben ser autosuficientes y brindar una explicación acabada respecto de la valoración de los medios de prueba, circunstancia que claramente no se advierte en la resolución cuestionada.

En segundo lugar, le asiste razón al representante de la acusación en cuanto a que el presente caso reviste características de violencia de género.

En este orden, y tal como he señalado en numerosos precedentes (ver «Galdeano Reyes», «González Pringles», «Ruiz Gutiérrez», «Alaniz Pineira» y más recientemente, «Vargas Riquelme», «González Sosa» y «Scifo Ruffini», entre otros), el marco normativo vigente en el ámbito internacional, regional y nacional reconoce que la violencia contra mujeres **constituye una violación de los derechos humanos**.

De ahí, que los derechos humanos de las mujeres se imponen como un nuevo paradigma social cuestionador del fundamento androcéntrico del derecho, para garantizar una protección integral a cuya aplicación directa están obligados los tribunales de justicia (Long Saborio, S. (2009). Defensa de los Derechos Humanos de las Mujeres: Orientaciones metodológicas con perspectiva de género para litigantes).

Así, la jurisprudencia en el sistema interamericano de protección de derechos humanos y a nivel nacional, ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática, especialmente relacionada a la ponderación del testimonio de la víctima (cfr. Corte IDH, Caso del penal «Castro Castro vs. Perú». Fondo, Reparación y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N° 160; Corte IDH, Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216; Caso «Fernández Ortega y otro vs. México». Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215; y C.S.J.N. in re «Leiva, María Cecilia», entre otros).

Asimismo en los precedentes jurisprudenciales citados, he referido que en el ámbito nacional, la ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, «[...]establece criterios amplios en la interpretación de las pruebas, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para juzgadores y juzgadoras de valorar las pruebas con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática y análisis de las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrollan los hechos de violencias».

De tal manera, el art. 16 de la citada normativa establece la garantía que la investigación se realice bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos «[...] teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos», y **el art. 31 conmina a los operadores judiciales a que ponderen**, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, **todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes**. Por otro lado, debe considerarse que la citada ley nacional, se encuentra dentro de las denominadas leyes de segunda generación en materia de violencia contra mujeres, porque establece una protección integral al incorporar la perspectiva de género (CEPAL-OIG (2015)).

El enfrentamiento de la violencia contra las mujeres en América Latina y el Caribe. Informe Anual 2013-2014. Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe. Naciones Unidas. pp. 58-60. Santiago de Chile).

Asimismo, según Naciones Unidas, un enfoque de la legislación en materia de violencia contra la mujer que tenga en cuenta cuestiones de género, «reconoce que las experiencias que las mujeres y los hombres tienen de la violencia son distintas y que la violencia contra la mujer es una manifestación de la desigualdad histórica de las relaciones de poder entre el hombre y la mujer y de la discriminación contra la mujer» (Naciones Unidas (2010). Manual de Legislación sobre Violencia contra la Mujer. Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. División para el Adelanto de la Mujer.p. 15. Nueva York).

También afirmé en el precedente **Alaniz Pineira** que «[...] para juzgar los conflictos en los cuales las mujeres son víctimas de violencia en sus distintas manifestaciones, hay que partir de aceptar que la realidad se encuentra polarizada en torno a patrones de dominación masculina que reproducen la discriminación en los distintos ámbitos en donde la mujer desarrolla sus relaciones interpersonales.

De este modo, estimo que los distintos operadores del derecho, tanto en la recaudación de elementos probatorios como al momento de valorarlos, deben orientar también su labor a detectar las circunstancias estructurales que perpetúan la violencia estructural contra las mujeres con el fin de imprimir en su análisis una perspectiva de género.

Para ello resulta necesario que el juzgador comprenda el concepto de género y su necesaria implicancia al momento de valorar la prueba.

Este entendimiento resulta necesario para comprender las distintas convenciones y leyes que garantizan los derechos de las mujeres cuando son víctimas de violencia en sus diversas formas, y que deben ser comprendidas por todos los operadores del derecho para su efectiva aplicación». Por otra parte, debo mencionar que en el precedente **«Ruíz Gutiérrez» señalé la prudencia con que debe aplicarse el in dubio pro reo en los casos en donde la mujer es víctima de violencia en razón de su género.**

Ello en tanto desde una perspectiva procesal, si bien el principio in dubio pro reo no es una regla de valoración probatoria sino una regla de decisión, no es menos cierto que su correcta aplicación presupone una actividad de valoración de la prueba que incorpore las particularidades propias de los casos de violencia de género, es decir, se deberá ponderar para determinar el valor probatorio que corresponde atribuir a cada elemento de juicio, el bien jurídico protegido y su específico modo de ataque.

Ello, si se pretende derivar –en un segundo momento– **conclusiones lógicamente controlables para determinar si ha de absolverse o condenarse.**

En este sentido advierto que, más allá de que el juez de la instancia previa tuvo por acreditado el hecho denunciado, no formuló valoraciones respecto de las pruebas ofrecidas por el Ministerio Público Fiscal en la oportunidad pertinente (ver ofrecimiento de pruebas).

Así, no tomó en consideración el examen físico realizado a M.J.A.A. que da cuenta de las lesiones sufridas. Tampoco, las conclusiones de los profesionales del EPI en cuanto al riesgo presentado y el estado de vulnerabilidad detectado en la denunciante, ni el examen psicológico llevado a cabo. Asimismo, se advierte que el juez no abordó la cuestión vinculada con el fenómeno de retractación operado por parte de M.J.A.A. al momento de la audiencia de debate.

Efectivamente, de la reproducción de los registros audiovisuales de la audiencia de debate surge que, M.J.A.A. al declarar en audiencia de debate, minimizó el hecho denunciado y refirió que se trató de una discusión de pareja. En este sentido expresó que no recordaba todo y finalmente sólo admitió que al acusado «se le pasó la mano conmigo».

Al respecto, debe señalarse que este Tribunal ha destacado en forma pacífica y constante **las implicancias de la retractación como fenómeno propio del ciclo de la violencia**, (ver, al respecto, «Jara Pablo», «González Abrego», «Gómez Alcaraz» y «Narvárez Videla», entre otros).

Si bien entiendo que, en el caso aquella retractación no ostenta trascendencia en cuanto a la determinación del hecho, puesto el juez de la instancia previa lo tuvo por acreditado, tiene relevancia en cuanto a que el magistrado soslayó los parámetros elaborados por este Tribunal en torno a los hechos cometidos en contexto de género, como el presente.

Por el contrario, el juez ponderó en contra de la denunciante una posible situación de alcoholismo sugerida por la profesional que brindaba tratamiento psicológico al acusado, Lic. Z., y las referencias – también negativas– señaladas por la vecina, J. F., quien refirió que era M.J.A.A. la «problemática», la que «molestaba». Entiendo que tal posicionamiento respecto de la denunciante implicó la omisión de ponderación señalada por el recurrente.

Efectivamente, el certificado de discapacidad presentado, como también el informe de la Lic. Z. y, fundamentalmente, los dichos **de la profesional en audiencia de debate, le resultaron al juzgador determinantes al momento de decidir sobre la capacidad del acusado para dirigir sus acciones.**

No obstante, **omitió toda referencia y contraste con el examen que se llevó a cabo por intermedio del Cuerpo Médico Forense** y la referencia formulada al mismo por el representante del Ministerio Público Fiscal al momento de alegar (ver, registro audiovisual de fecha 4/2/21, minuto 4:22).

En definitiva y, puesto a que conforme el desarrollo efectuado los escuetos argumentos brindados en forma oral no logran autoabastecerse a fin de dar cuenta de los motivos por los que absuelve a C. B.s del delito endilgado, sumado a que –tal como señala el recurrente–, en las razones brindadas oralmente omitió analizar prueba que podía llegar a ser dirimente y no la cotejó con aquella que sí ponderó, soslayándola sin explicar los motivos, es que entiendo que la sentencia no puede ser considerada como acto jurisdiccional válido y, corresponde responder de manera afirmativa a la primera cuestión planteada. En consecuencia, en razón de los defectos de fundamentación señalados corresponde anular el debate y la sentencia n° 1150 y remitir las actuaciones a fin de que se siga el trámite de ley y asegurar la realización de un nuevo debate. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo.Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Adhiero a la solución que brinda mi colega de Sala a la primera cuestión propuesta al acuerdo. Respecto de los lineamientos que deben ser observados al momento de valorar los elementos de prueba con perspectiva de género, entiendo oportuno remitirme, en lo que resulta aplicable al presente, al desarrollo realizado en los **precedentes «Mejía Salvador» y «Di Césare Morales», entre otros.** Por ello, estimo que la primera cuestión planteada debe ser respondida de manera afirmativa. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso formulado en autos, anular la sentencia N° 1150 y sus fundamentos y remitir las actuaciones al Juzgado Penal Colegiado de Tunuyán a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la realización del nuevo debate. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal, en consecuencia, anular la sentencia N° 1150 y sus fundamentos y remitir las actuaciones al Juzgado Penal Colegiado de Tunuyán a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la realización del nuevo debate.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro Se deja constancia de que el Dr. José V. Valerio no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 03 de noviembre de 2022.-

9- ORTUBIA MARCOS. 19-11-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	Art. CPP
														474
														414
VG	Par.	M	-	-	-	-	A	-	-	-	-	-	N	206

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=978>

Lex: Art. 89, 92, 80 inc. 1 y 11, 55, 183 del CP. Convención Belem Do Pará. Art. 2, 16 y 31 de la Ley 26.485. Art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza. Art. 206 CPP. Ley 27.499 «Ley Micaela». Acordada n° 29.318. Art. 2 del CPP.

Vox: **VG.** Lesiones leves dolosas calificadas por el vínculo y por mediar violencia de género. Daño. CR.

Summa:

El JPC N° 1- 4° CJ absolvió al sindicado del delito de lesiones leves dolosas agravadas por el vínculo y por mediar violencia de género en concurso ideal y daño en concurso real y en contexto de violencia de género.

El MPF interpone recurso de casación, estima que el juez a quo valoró incorrectamente la prueba.

El Procurador General mantiene el recurso casatorio promovido.

La SCJM resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal, en consecuencia, **anular** la sentencia N° 1440 y sus fundamentos y remitir las actuaciones al Juzgado Penal Colegiado de Tunuyán a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la realización del **nuevo debate**.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1440 (09-09-21), pronunciada por el JPC N° 1- 4° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Dr. Adaro

I- Valoración probatoria en materia de violencia de género. Perspectiva de género:

- «Galdeano Reyes». 31-07-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=242>
- «González Pringles»
- «Ruiz Gutiérrez». 18-02-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=8>
- «Alaniz Pineira» 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- «Vargas Riquelmes». 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=743>
- «Scifo Ruffini». 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=738>
- «González Sosa»

II- Retracción como fenómeno propio del ciclo de la violencia.

- «Jara Pablo»,
- «González Abrego» 19-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=249>
- «Gómez Alcaraz». 12-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=252>
- «Narvárez Videla»: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=269>

Sobre este tópico menciona el **Dr. Valerio** los siguientes precedentes destacados en el fallo Baina Madrid

- «Calderón Polo». 17-05-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=65>
- «Di Cesare Morales» 26-06-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- «Mejía Salvador». 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>
- «Gómez Alcaraz». 12-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=252>
- «Ortíz Agüero». 16-04-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=637>
- «Agüero Pérez». 25-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=777>

b-CIDH

«Castro Castro vs. Perú». Fondo, 25-05-06.

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf

Caso Rosendo Cantú vs. México. 31-08-10

https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339

Caso «Fernández Ortega y otro vs. México». 30-08-10.

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/fernandez_ortega/esap.pdf

c-CSJN

«Leiva, María Cecilia», entre otros.

Doctrina citada.

Long Saborio, S. (2009). Defensa de los Derechos Humanos de las Mujeres: Orientaciones metodológicas con perspectiva de género para litigantes.

SCJM. Dres.: **Adaro.** Palermo Valerio.

Fallo.

CUJ: 13-06748793-6/1((048501-47655)) F.C/ ORTUBIA, MARCOS P/ LESIONES AGRAVADAS ",(47655) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106005929*

En Mendoza, a los veintinueve días del mes de noviembre del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n°13-06748793-6/1 caratulada "F. C/ O. G., M. J. P/ LESIONES AGRAVADAS S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO.

El Ministerio Público Fiscal interpone recurso de casación contra la sentencia n° 1440, y sus fundamentos, emitida por el Juzgado Penal Colegiado de Tunuyan. Ello, en tanto se absuelve a M. J. O. G. del delito de lesiones leves dolosas agravadas por el vínculo y por mediar violencia de género en concurso ideal y daño en concurso real y en contexto de violencia de género (causa n° P-47655/21).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

Conforme surge de las presentes actuaciones a O. G. se le atribuyó que «[...] el 17 de mayo de 2021 siendo la hora 20:30, S. C. junto con su pareja, M. O. en el domicilio de calle ..., comenzaron a discutir, O. comienza a insultar a SC y le propina un golpe de puño en la parte superior del ojo derecho, le grita y le dice que se vaya y la sigue insultando, SC ingresa a la habitación para tomar ropa e irse del lugar, y O. la vuelve a golpear en el ojo izquierdo, mientras toma un cuchillo con sus manos y comienza a apretárselo contra su propio cuerpo, momento en el cual la SC se retira del domicilio con su hija, y O. se queda en el mismo. Los vecinos llaman a la policía y al arribar al domicilio los efectivos constatan que se encontraba incendiando el colchón de la vivienda y diferentes partes de la misma».

En el requerimiento de citación a juicio se destaca que como consecuencia de los golpes recibidos, S.C. padece lesiones que se encuentran acreditadas. Asimismo, que fue constatado por Bomberos ... en el informe realizado, que el incendio se habría producido en forma intencional con participación humana para dar inicio al proceso ígneo. Cabe acotar que los fundamentos de la sentencia absolutoria se vertieron en forma oral según surge del registro de la audiencia celebrada el día 9 de septiembre de 2021.

En ella el juez de anterior instancia luego de consignar los elementos probatorios debidamente incorporados, manifestó que no existía duda alguna respecto de la existencia del hecho ocurrido el 17 de mayo de 2021 en la vivienda de víctima y de acusado (ver registro 37:38 a 43:48).

Sin embargo invocó un estado de duda respecto del delito de daño, en tanto a su criterio no surgió acreditado con las probanzas de autos, de quién era el mentado colchón y atento a la retractación la víctima S.C. durante el debate, estimó como no probadas las circunstancias en las que se produjo el incendio, como así las lesiones padecidas por la víctima.

2.- El recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal.

El recurso se interpone al amparo del art. 474 incs. 1 y 2 del CPP. Ello, por entender que la sentencia absolutoria ha inobservado normas que el código de rito establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad, que la invalidan como acto jurisdiccional legítimo.

La recurrente se agravia por entender que el juez de anterior instancia, no ha valorado la totalidad del plexo probatorio acorde los estándares en materia de violencia de género.

En cuanto a la retractación de la víctima, considera que ella es esperable por el ciclo de violencia en el cual estaba inmersa aquélla, adunado a la dependencia emocional y demás factores de vulnerabilidad indicados.

De tal manera, refiere que lo más factible es que la víctima intente retirar la denuncia o cambiar el tenor de su contenido.

Por otro lado, considera que el juzgador no ha valorado debidamente el examen físico practicado a la víctima por J. C. R. O. quién al momento de prestar declaración durante el debate ratificó el informe de fs. 37.

Releva asimismo el examen efectuado por el Cuerpo Médico Forense, practicado por H. C. y, atento a su contenido. Sostiene que en modo alguno las lesiones sufridas por la víctima pudieron ser causadas por un codazo accidental en el momento del hecho.

Sostiene la recurrente que el juez de anterior instancia no tuvo en cuenta el informe de valoración de riesgo de violencia física grave sufrida por la víctima, según surge de las constancias de fs. 80/823 y de la declaración testimonial prestada durante el debate oral en la audiencia del dos de agosto de 2021.

En ese mismo contexto, se agravia por considerar que el juzgador tampoco tuvo en cuenta el examen practicado por el perito P. de fs. 66 al acusado, del que surge que el mismo posee una personalidad emocionalmente inestable e inmadura que tiende a trasladar culpas al contexto y evadir su responsabilidad en las mismas.

Destaca que el profesional al prestar declaración durante el debate, ratificó el contenido de su examen. Por su parte, la recurrente manifiesta que omitió valorar la declaración testimonial de la oficial policial D. E. R. M. y de R. A. T. Q., personal del cuerpo de bomberos que informó detalladamente las circunstancias de la intervención del Cuerpo de Bomberos.

En el mismo sentido, refiere el informe de bomberos que dio cuenta que la causa del incendio en la vivienda de la víctima, obedeció a motivos intencionales.

Expresa que el cambio de paradigma que viene dado por la entrada en vigencia de la ley 26.485, que en su art. 6 si bien no transforma las reglas respecto de la recolección y valoración probatoria, lo que sí hace es, entre otras cosas, exigir que, al momento de fallar, los jueces tengan en cuenta los indicios graves, precisos y concordantes que surgieran del contexto.

De tal manera, solicita que se acoja el recurso intentado y se emita nuevo pronunciamiento conforme los principios y normas constitucionales acordes a la cuestión bajo tratamiento. Formula reserva de caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General mantiene el recurso de casación articulado e insta que la sentencia absolutoria sea revocada y el reenvío para su juzgamiento.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por el ministerio Público Fiscal debe prosperar. Paso a explicarlo. Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por el Ministerio Público Fiscal debe prosperar. Paso a explicarlo.

Inicialmente entiendo pertinente, en función de las circunstancias del caso y el tenor de los agravios esgrimidos por la recurrente, formular unas breves consideraciones sobre la valoración de la prueba en contextos de género.

En efecto, en anteriores precedentes jurisprudenciales –por ejemplo, **«Galdeano Reyes», «Merlo Lassa», «Basualdo Reyes», entre otros**– he afirmado que la jurisprudencia en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, y a nivel nacional a partir de la **ley 26.485**, «ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática, especialmente relacionada a la ponderación del testimonio de la víctima».

Específicamente, en cuanto al denominado ciclo de violencia en la pareja, que se presenta en contextos de violencias por razones de género el Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI), ha sostenido que «[...] la violencia de género en las uniones de hecho o de derecho no debe concebirse como hechos aislados, sino que se debe comprender su intrínseco carácter continuo, pues permanentemente se merman derechos como la libertad, la seguridad y la integridad física y psíquica» (Recomendación General N°1 del Comité de Expertas del MESECVI sobre legítima defensa y violencia contra las mujeres de acuerdo al artículo 2 de la Convención de Belém do Pará, punto B.2, párrafo segundo).

Ha sostenido también que «[...] existe el carácter cíclico de la violencia, en el cual las mujeres que han sido maltratadas anteriormente, muy posiblemente vuelvan a serlo.

El ciclo de la violencia funciona como una trampa, que hace que la mujer se quede en la relación, porque el hombre se comporta como cuando la conquistó y asume actitudes de conquista y ella cree que su sueño de amor romántico se hizo realidad. El comportamiento del agresor funciona como un reforzador para que ella siga en la relación.

La pobreza y la falta de apoyo de la familia son factores de riesgo que se intersectan con la dinámica de la violencia, disminuyendo las posibilidades de escapar, pero no son la causa de que se queden» (punto B.2, párrafo cuarto).

Cabe subrayar también que en investigaciones y juzgamientos de hechos de violencias de parejas, la presencia del carácter cíclico de los mismos, torna de relevancia la valoración integrada con perspectiva de género de las declaraciones durante el debate con el relato de hechos de violencias efectuados en la denuncia, exámenes físicos y psíquicos realizados a la denunciante y denunciado, y medidas de protección solicitadas y dispuestas para prevenir episodios de violencias posteriores, como aconteció en el caso en revisión (cfr. **Ministerio Público Fiscal. (2016). Guía de Actuación en Casos de Violencia Doméstica contra las Mujeres. Procuración General de la Nación**).

Del relevamiento de las constancias de la causa, surge de modo palmario que al formular la denuncia el día 12 de mayo de 2021, a las 0:07 horas, SC narró que «[...] ese día fueron junto con O. G. y su hija de dos años a la casa de su cuñado R. O., ubicada en calle ..., que los habían invitado a almorzar y a ver un partido de fútbol, que su pareja ingirió mucho alcohol y estaba en estado de ebriedad, y alrededor de las

veinte y treinta horas ella decidió retirarse hacia su domicilio en el trayecto comenzaron a discutir y al llegar a la casa, el acusado le quitó de los brazos a su hija menor y se tornó violento, ingresó a la vivienda y le cerró la puerta impidiéndole el paso.

Ella intentó ingresar y forcejearon y le propinó dos golpes de puño uno en el pómulo izquierdo y otro en el costado derecho de la frente. La víctima logró recuperar a su hija y se retiró del domicilio hacia la casa de su cuñado R. O. para solicitar ayuda. Luego una de sus hermanas la llamó por teléfono para decirle que fuera a su casa, porque ésta se estaba incendiando».

En la audiencia del 5 de julio de 2021, S.C. dijo no recordar y modificó la versión de sus dichos. En este sentido, sostuvo que el día de los hechos llegó, junto con el acusado, alrededor de las 20 hs. a su casa de la calle

En esa ocasión, comenzaron a discutir. O. le decía que se quería ir y ella quería retenerlo. Entonces, él se paró en la puerta y ella lo tomó para que no se fuera.

Ella se puso muy mal, se puso a llorar y se fue a la habitación y le tiró la ropa. Refirió que ella fumaba y dijo no recordar dónde tiraba las colillas de los cigarrillos. Luego salió de la casa y se fue a la del hermano de O., para ver si el acusado estaba allí.

Les contó a sus cuñados que habían discutido y le pidió a su cuñada el teléfono para llamar a su hermana a fin de pedirle que fuera a su casa, para ver si O. estaba allí.

Narró que la hermana le devolvió la llamada para decirle que fuera urgente a su vivienda porque estaba la policía y los bomberos y había un incendio.

Ella dejó a su hija en casa de sus cuñados, y al llegar a la casa de la calle ..., vio a los bomberos. Habían muchas personas, llegó su papá y le preguntó qué había sucedido.

Ante ello, le pidió que no le hicieran preguntas. Su padre quiso pegarle a O. y ella intervino y, en esas circunstancias, dijo que recibió un golpe en la cara, pero no sabe quién la golpeó. Se desmayó, y allí sus hermanas especialmente M., le dijo que hiciera la denuncia porque si no le iban a «quitar» a su hija.

Refirió, además, que la policía le preguntó si iba a formular la denuncia, entonces la realizó porque se sentía presionada por mi familia, estaba con mucha rabia y enojo. De manera expresa, sostuvo durante la audiencia oral, que ella le había manifestado al hermano del acusado, R. O., que las lesiones y el fuego lo había provocado M. O..

En cuanto a la utilización del cuchillo, dijo que en la discusión, ella tomó un cuchillo que estaba colocado sobre la mesa –con una mano lo tomó y en la otra mano tenía un cigarrillo–, y que no fue su intención lastimarlo, pues no quería que se fuera.

Este hecho denunciado originalmente en estos términos fue constatado por el médico de la policía J. G. R. y luego por profesionales del Cuerpo Médico Forense que dieron cuenta que la víctima presentaba una lesión en la región frontal de color azul verdoso de cinco días de evolución (examen físico practicado el día 21 de mayo de 2021 por O. C.).

También D. R. y R. T., personal policial interviniente en el procedimiento que originara las presentes actuaciones dijeron, al declarar, que S.C. estaba muy nerviosa. Particularmente, la primera refirió que S.C. presentaba una protuberancia en la frente y en el pómulo izquierdo.

Por su parte, R. T., si bien dijo que no vio moretones en S.C., expresó que si tomó conocimiento de la discusión y que O. le había pegado en el pómulo izquierdo a la víctima. A su vez, la Lic. Evangelina Salinas, psicóloga del EPI, manifestó que S.C. había padecido violencia física, psicológica y también sexual por parte del acusado y que el riesgo era moderado.

Dijo la profesional que S.C. la puso en conocimiento de que había sido golpeada – zamarrones, apretones en los brazos, golpes de puño y también golpes de puño–. En relación con episodios de violencia psicológica, refirió insultos y descalificaciones de O. hacia ella. En cuanto a hechos de violencia sexual, expresó que ella le había manifestado al acusado muchas veces que accedía a mantener relaciones sexuales para evitar conflictos.

La profesional también destacó que S.C. tenía una personalidad vulnerable. Por su parte, J. P. del Cuerpo Médico Forense, que practicó un examen psicológico en el acusado (fs. 66), sostuvo que el acusado era una persona que se victimizaba, con una personalidad emocionalmente inestable e inmadura.

Además, en la audiencia de debate oral del 5 de julio de 2021, el profesional dijo que el acusado presentaba poca tolerancia a la frustración, circunstancia que eleva el nivel de tensión psíquica, en cuyo caso si el sujeto no encuentra los mecanismos de drenaje psíquico puede incurrir en arbitrariedades o en actitudes demandantes.

Ahora bien, el juez de la instancia previa sostuvo que si bien podía afirmarse certeza respecto de las lesiones, existía duda respecto de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que las mismas se produjeron.

Esta conclusión la fundó en la variación de los dichos de S.C., como también en la falta de concordancia en las declaraciones testimoniales de los oficiales policiales D. E. R. M. y de R. A. T. Q.. Por su parte, y en relación con el daño atribuido al acusado, el juez sostuvo que no surgió acreditado de quién era el colchón y, por tanto siendo el delito de daño un delito doloso sobre cosas total o parcialmente ajenas, y no habiéndose acreditado las circunstancias en las que comenzó el incendio, consideró que la duda se imponía al momento de resolver la situación procesal del acusado. Hasta aquí, los fundamentos brindados por el juzgador para la absolución de M. J. O. G..

Tal como lo afirma la recurrente en el escrito casatorio, el juez de grado llevó a cabo una valoración insuficiente y aparente del material probatorio, con omisión de la debida ponderación de elementos probatorios relevantes. Así, el examen psíquico practicado por el Dr. José Profili, del Cuerpo Médico Forense y el examen de evaluación del riesgo practicado por la Lic. Evangelina Salinas (fs. 80/82 que indicó que S.C. presentaba indicadores de violencia psicológica, física y sexual y con un nivel de riesgo moderado. Cabe destacar que durante la realización de la audiencia oral del día 23 de agosto de 2021, la profesional ratificó los términos del informe realizado.

Por su parte, y en relación con la retractación de S.C., debe señalarse que el juez no tuvo en consideración que aquella es parte del fenómeno propio del ciclo de violencia y que ella debe ser valorada en base a esta consideración.

Al respecto debe señalarse que este Tribunal ha destacado en forma pacífica y constante las implicancias de la retractación como fenómeno propio del ciclo de violencia (ver al respecto «**Jara Pablo**»; «**González Abrego**», «**Gomez Alcaraz**» y «**Narvaez Videla**» entre otros).

Si bien entiendo que, en el caso aquella retractación no ostenta trascendencia en cuanto a la determinación del hecho, puesto el juez de la instancia previa lo tuvo por acreditado, tiene relevancia en cuanto a que el magistrado soslayó los parámetros elaborados por este Tribunal en torno a los hechos cometidos en contexto de género como el presente. Como se advierte, el juez de la instancia previa realizó una valoración fragmentaria de los elementos de prueba obrantes en la causa, lo que torna arbitraria su decisión.

En este sentido, resulta pertinente traer aquí a colación lo que se ha referido por esta Sala en el sentido que «[...] los medios de prueba no constituyen compartimientos estancos, porque cada uno de ellos se

apoya en mayor o menor grado sobre los restantes. Unos y otros aparecen, finalmente, como los elementos de un todo, y será ese conjunto el que dará la prueba sintética y definitiva, aquella sobre la cual se podrá levantar la reconstrucción de los hechos.

Las diversas pruebas presentadas en un momento dado deben ser examinadas al mismo tiempo, pues el resultado global es el que cuenta» (L.S. 388- 219).

Asimismo, se ha señalado que «el sistema de la sana crítica racional, se encuentra íntimamente relacionado con el principio de la unidad de la prueba, e impone como regla la consideración de la prueba en su conjunto, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas, que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles o imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados» (L.S. 381-233; 382-107; 388-219; 398-42; 401-188).

Es arbitraria la sentencia absolutoria que valoró la prueba en forma fragmentaria y aislada, incurriendo en omisiones y falencias respecto de la verificación de hechos conducentes para la decisión del litigio, en especial cuando por falta de adecuación al objeto constitutivo del cuerpo del delito prescindió de una visión de conjunto y de la necesaria correlación entre los peritajes, la prueba informativa y la testifical y de todos ellos con otros elementos indiciarios.

Resulta **arbitraria la sentencia si la duda acerca de la ocurrencia del hecho** que esgrime el a quo carece de fundamentos suficientes, en tanto se respalda en un examen parcial e inadecuado del plexo probatorio. A ello, deben sumarse las consideraciones sobre valoración de la prueba con perspectiva de género que ya fueran referidas.

En definitiva, advierto que el juez de anterior instancia no meritó los distintos elementos de juicio con una mirada integral de la problemática.

Ello por cuanto, y como ya lo destacué, no valoró el testimonio de S.C. con la necesaria perspectiva de género que la temática requería, con la consideración de las implicancias que el ciclo de violencia tiene en la mujer, circunstancias que justifican las posibles inconsistencias en el relato y aún, la retractación de lo originariamente denunciado, tal como sucedió en el caso bajo estudio.

Tampoco los demás elementos de prueba obrantes en la causa fueron valorados de acuerdo con esta perspectiva. De tal modo concluyo que la sentencia se encuentra inmotivada y por ser así, corresponde la anulación, toda vez que no emerge como acto sentencial legítimo. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Puesto a resolver el recurso promovido coincido con la solución a la que llega mi distinguido colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en «**Di Cesare Morales**» y «**Mejía Salvador**» por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Coincido con la solución propuesta por el ministro preopinante, y atento a las características del caso sometido a estudio, considero oportuno destacar que al momento de resolver el sentenciante no asumió una perspectiva integral en relación a los criterios de valoración señalados en la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales.

En este sentido debo señalar que sobre la cuestión tuve ocasión de pronunciarme en diversos precedentes (**«Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa»; «Quiroga Morales»; «Ojeda Pérez»; «Vázquez Tumbarello»; «Villegas», «Alvarez Vega», «Donoso», entre muchos otros).**

En el caso de retractación de la víctima he tenido oportunidad de expedirme en **«Ortiz Agüero», «Calderón Polo», «Mejía Salvador» y «Gómez Alcaraz»** a cuyos argumentos remito a tenor de la identidad de planteo y solución propuesta.

Estas consideraciones, como adelanté, entiendo que no han sido aplicadas al caso concreto, por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género en donde el tribunal de instancia anterior no ha tenido en cuenta los parámetros antes referidos al momento de la ponderación de los elementos de prueba obrantes en la causa, por lo que comparto la solución que propicia mi colega de sala en el voto preopinante. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso de casación y anular la sentencia n° 1.440 y los fundamentos orales vertidos el día nueve de septiembre de 2021, y remitir las actuaciones al Juzgado Penal correspondiente a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la realización del nuevo debate. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO, adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la Fiscal de la Fiscalía Correccional y de Instrucción N° 3 de la Unidad Fiscal de Valle de Uco.
- 2.- Anular la sentencia n° 1.440 y los fundamentos orales vertidos el día nueve de septiembre de 2021, y remitir las actuaciones al Juzgado Penal correspondiente a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la realización del nuevo debate.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO DR. OMAR A. PALERMO Ministro Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro.

10- MONTON GARCIA. 06-12-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	Art. CPP
VG	Par.	M	-	PCC	-	-	A	-	-	-	-	-	-	-

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=984>

Lex: Art. 89, 92, 80 inc. 1 y 11, 26, 40 y 41 del CP. Convención Belem Do Pará. Art. 2, 16 y 31 de la Ley 26.485. Art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza. Art. 206 CPP. Ley 27.499 «Ley Micaela». Acordada n° 29.318.

Vox: **VG.** Lesiones leves dolosas calificadas por el vínculo y por mediar violencia de género. Condena de ejecución condicional.

Summa:

El JPC N° 1- 3° CJ condenó a la pena **de seis meses de prisión de ejecución condicional** como autor penalmente responsable del delito de lesiones leves dolosas calificadas por el vínculo y por mediar violencia de género (art. 92 en función de los artículos 89 y 80 inc. 1° y 11°, 26 40 y 41 del CP).

La defensa técnica interpone recurso de casación, 474 inc. 1 y 2 del CPP, por considerar que la sentencia impugnada adolece de vicios formales y sustantivos que la invalidan como tal.

El Procurador General considera que la reedición de los agravios expuestos por la defensa en la instancia casatoria emergen como una opinión personal defensiva desvinculada de lo sucedido en el contradictorio.

Entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido

La SCJM resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 4870, pronunciada por el JPC N° 1- 3° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Dr. Adaro

I- Valoración probatoria en materia de violencia de género. Perspectiva de género:

- «Galdeano Reyes». 31-07-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=242>
- «González Pringles»
- «Ruiz Gutiérrez».18-02-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=8>
- «Alaniz Pineira» 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- «Vargas Riquelmes». 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=743>
- «Scifo Ruffini». 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=738>
- «González Sosa»

II- Retracción como fenómeno propio del ciclo de la violencia.

- «Jara Pablo»,
- «González Abrego» 19-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=249>
- «Gómez Alcaraz». 12-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=252>
- «Narváez Videla»: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=269>

Sobre este tópico menciona el **Dr. Valerio** los siguientes precedentes destacados en el fallo Baina Madrid

- «Calderón Polo». 17-05-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=65>

- «Di Cesare Morales» 26-06-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- «Mejía Salvador». 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>
- «Gómez Alcaraz». 12-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=252>
- «Ortíz Agüero». 16-04-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=637>
- «Agüero Pérez». 25-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=777>

b-CIDH

«Castro Castro vs. Perú». Fondo, 25-05-06.

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf

Caso Rosendo Cantú vs. México. 31-08-10

https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339

Caso «Fernández Ortega y otro vs. México». 30-08-10.

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/fernandez_ortega/esap.pdf

c-CSJN

«Leiva, María Cecilia», entre otros.

SCJM. Dres.: **Adaro.** Palermo Valerio.

Fallo.

CUIJ: 13-06720725-9/1((038501-753063)) F. C/ MONTON GARCIA RAUL MANUEL P/ LESIONES LEVES DOLOSAS CALIFICADAS POR EL VINCULO P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN (753063) *105980852*

En Mendoza, a los seis días del mes de diciembre del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06720725-9/1 caratulada "F. C/ M. G., R. M. P/ L. L. D. C. POR EL VINCULO S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO.

La defensa particular de R. M. M. G., interpone recurso de casación contra la sentencia n° 4.870, pronunciada por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial, que lo condenó a la pena de seis meses de prisión de ejecución condicional como autor penalmente responsable del delito de lesiones leves dolosas calificadas por el vínculo y por mediar violencia de género (art. 92 en función de los artículos 89 y 80 inc. 1° y 11°, 26 40 y 41 del CP).

Pronunciamiento dictado en autos n° P-753.063/19. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde? TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida.

La jueza de la instancia previa, en lo que aquí interesa, tuvo por acreditado que «el 21 de septiembre de 2019, siendo las 22:00 horas aproximadamente, momentos en que la denunciante [M.E.B.B.] se dirigía hacia el domicilio de su madre, sito en calle ... junto a su ex pareja R. M. M. en el vehículo de éste, mantienen una discusión por un cable de luz que la denunciante le pasa a un vecino y tras insultarla durante todo el trayecto, fue que al llegar al domicilio de su madre, cuando la ciudadana [B.B.] baja del vehículo, le pone la mano en la nuca a su ex pareja para calmarlo, siendo allí que M. le agarra la mano, se la tira para adentro del auto y le muerde la muñeca derecha, causándole escoriación compatible con mordedura, hematoma en región de un tercio inferior de antebrazo derecho, con un tiempo probable de recuperación e incapacidad de cinco días».

Para así decidir, el tribunal valoró el testimonio de M.E.B.B., de C.L.B.B., los informes psicológicos de la víctima y del acusado practicado por profesionales del Cuerpo Médico Forense, entre los elementos probatorios más relevantes.

2.- Recurso de casación

El recurso se interpone al amparo del art. 474 inc. 1 y 2 del CPP, por considerar que la sentencia impugnada adolece de vicios formales y sustantivos que la invalidan como tal.

La defensa expone su teoría del caso que, sintéticamente, consiste en que el día del hecho la víctima, luego de la discusión mantenida con M. G., se bajó del automóvil que éste conducía, se colocó en la ventanilla delantera izquierda y le arrojó un golpe con la mano al acusado que impactó en sus dientes.

Este sería, a su modo de ver, el origen de las lesiones.

Para sostener su hipótesis, cuestiona la omisión de la citación de los testigos presenciales del hecho, E.M. y E.N. y se agravia por las razones invocadas por la Fiscalía que explicó que omitía la citación de aquéllas por ser menores de edad, para evitar la revictimización de las mismas.

Ello, a su criterio, importa la violación del derecho de defensa y debido proceso legal, puesto que el principio de inocencia permanece inalterable mientras el estado no pruebe lo contrario o deseche pruebas fundamentales.

De igual manera, expresa que la valoración que realiza la jueza del testimonio de la víctima es errónea pues entiende acreditado que la denunciante formuló la denuncia influenciada por su hermano R. y, además, porque estaba ofuscada. Asimismo, dice que, la jueza no tuvo en cuenta los problemas emocionales de M.E.B.B. informados por la psicóloga que informó que en determinadas ocasiones la víctima podía «estallar». A partir de ello, infiere que no resulta razonable sostener que la víctima luego de una discusión con el acusado introdujo su mano por la ventanilla para calmarlo.

En este orden, cuestiona también **la interpretación de la retractación** llevada a cabo por la jueza. Por otro lado, expresa que P. R., médico de la Policía, informó en el debate oral que existían dudas sobre el origen de la herida de la víctima y que este extremo no fue considerado por la jueza de anterior instancia. Por ello, afirma que la víctima debió tener marcas de arrastre o marcas en el antebrazo pues M. G. debió haber presionado el brazo de M.E.B.B. para poder morderlo antes de soltarla; extremo que no surge acreditado debidamente.

Finalmente, cuestiona el contexto de violencia de género en el que fue encuadrado el caso y entiende que el vínculo del acusado y la denunciante había ya concluido. En este marco específicamente sostiene la aplicación retroactiva de la ley 26.791, promulgada el 12 de diciembre de 2012, es decir, cuando la relación de pareja disfuncional había ya finalizado. Formula reserva de caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 5/6 vta, el Procurador General contesta la vista de ley conferida y aconseja el rechazo del remedio casatorio.

Ello es así en tanto considera que la defensa pretende una nueva revisión de lo que ya ha sido tratado en el debate y sometido a la contradicción de acusación y defensa y que la sola reiteración de su posición defensiva, no alcanza para conmover el cuadro probatorio e indiciario colectado por la investigación y relevado por la jueza en el debate y plasmado en la sentencia.

En tal sentido, el Procurador considera que la reedición de los agravios expuestos en la instancia casatoria emergen como una opinión personal defensiva desvinculada de lo sucedido en el contradictorio. Por un lado, estima que el examen físico de M.E.B.B. concuerda exactamente con el primer relato de la víctima, acerca de cómo le fueron provocadas las lesiones.

Destaca que en los fundamentos orales de la sentencia la jueza leyó el informe médico en donde se expresa claramente que la lesión es compatible con una mordedura. Además, exhibió las fotos de M.E.B.B. a las partes que evidenciaban que la lesión se trataba de una mordedura y expresó que cualquiera que no fuera médico, al ver las características de la lesión en la foto podía advertir claramente que se trataba de una mordedura.

Entiende de esta manera que la defensa no refiere nada de los hechos objetivos, que abonan la primera declaración de la víctima y no la del debate en donde tal vez por temor quiso beneficiar la posición procesal del acusado.

Por otro lado, considera que la influencia y la violencia de género que existió en una época entre el acusado y M.E.B.B. vuelve a tomar fuerza en encuentros sucesivos en los que tuvo lugar el presente hecho. En este contexto, considera que debe valorarse la retractación de la víctima en el debate cuando declaró respeto de un accionar inverosímil reñido con los elementos objetivos colectados.

En otro orden, refiere que no hay una aplicación retroactiva de la ley sino que la ley se aplica al hecho presente, por lo que considera que debe ser desestimado el agravio en este sentido.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Analizado el recurso de casación interpuesto y la sentencia cuestionada, anticipo que el remedio no tendrá acogida favorable, toda vez que el fallo resistido no adolece de los vicios que lo deslegitimen como acto jurisdiccional válido. Paso a explicarlo.

Ante todo debo señalar que los distintos agravios expresados por el censurante se dirigen, en definitiva, a cuestionar la credibilidad del testimonio brindado por la víctima M.E.B.B. Por tal motivo, para comenzar con el análisis de los fundamentos de la resolución cuestionada, entiendo oportuno destacar que el tribunal de sentencia consideró que el hecho que se le atribuía al acusado, y por el que fue condenado, aconteció en un contexto de violencia de género, aspecto que el censurante intenta desvirtuar con sus argumentos defensistas.

Al respecto debe destacarse que, tal como luego se explicará en detalle, la juzgadora de anterior instancia, al momento de valorar los distintos elementos de juicio siguió los estándares internacionales en materia probatoria en casos de violencia contra la mujer por razones de género. De este modo, el testimonio brindado por la víctima ocupó un lugar privilegiado en la construcción de su razonamiento. En este sentido, me interesa destacar –tal como he señalado en pronunciamientos anteriores (ver **«Galdeano Reyes», «Merlo Lassa», entre otros**)–, que la jurisprudencia en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, como así también a nivel nacional, ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática, especialmente relacionada a la ponderación del testimonio de la víctima (**cf. Corte IDH, Caso del penal «Castro Castro vs. Perú». Fondo, Reparación y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N° 160; Corte IDH, Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216; Caso «Fernández Ortega y otro vs. México». Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215; y C.S.J.N. in re «Leiva, María Cecilia», entre otros**).

A nivel nacional la ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, establece criterios en la interpretación de la prueba, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para el juzgador de valorar la prueba con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática, analizando las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrolla el hecho. De esta manera el art. 16 de la referida normativa establece la garantía que la investigación se realice bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos «teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos», en tanto el art. 31 conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes.

Expresamente referí en el **precedente «Galdeano Reyes»** que «[...] no puedo dejar de soslayar que analizamos una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales. Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un

abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios. Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios –particularmente pero no exclusivamente en la esfera penal– debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género».

De este modo, y como adelantara, la juzgadora con apego a esta perspectiva construyó su razonamiento en donde le otorgó un valor preponderante al relato brindado por M.E.B.B., el que, además, consideró confirmado a partir de un análisis crítico de los distintos elementos periféricos al relato de la víctima. En efecto, la jueza valoró la declaración testimonial de la víctima M.E.B.B. brindada en el debate oral que, en lo pertinente, sostuvo que estuvo alrededor de dieciocho años junto con el acusado, que primero vivieron en pareja y luego se casaron, que tuvieron tres hijos –de 27, 20 y 10 años–, que cumplía con cuota alimentaria porque está en proceso la tarjeta para que le debiten, que la ayudaba con mercadería, le compra ropa y lo que haga falta, que no le hace problema. Aclaró que al momento de los hechos ya no vivían juntos.

Luego, durante el curso del debate, la víctima manifestó que quería terminar con la denuncia, que no quiso ni quiere hacerle daño a su ex esposo. Asimismo, indicó que M. G. la ayudaba económicamente y que no recibió ninguna presión para retirar la denuncia o para modificar sus dichos en el debate. De igual manera, negó haber recibido golpes. La defensa pone en duda el relato inicial de M.E.B.B y, alega que la versión brindada en el curso del debate oral, es la que debió prevalecer. Sin embargo, la jueza de anterior instancia consideró que el testimonio brindado por la denunciante al momento de formular la denuncia, debía prevalecer por sobre el prestado durante el debate oral.

En este sentido, destacó que la retractación formaba parte del denominado ciclo de la violencia en la que el caso fue enmarcado, a la vez que las notas de inmediatez, concomitancia, autenticidad y veracidad de su contenido, le otorgaron valor convictivo, en tanto se vio corroborado con elementos probatorios periféricos que analizó detenidamente. En este sentido, la jueza de anterior instancia meritó el examen psicológico practicado por la licenciada Natalia Ayala del Cuerpo Médico Forense, en tanto destacó indicadores de credibilidad y sentimientos de culpa por parte de la víctima que seguramente la condujeron a la retractación advertida durante el debate oral.

En esa dirección la profesional destacó que había dependencia emocional y económica en la víctima. Asimismo, dijo que M.E.B.B estaba lúcida, orientada, ubicada la atención, el pensamiento normal, sin trastornos senso-perceptivos y no presentaba rasgos de fabulación ni mitomanía. A su vez, el informe practicado al acusado por la licenciada Claudia Lucía Gómez del CMF dio cuenta que presentaba una personalidad inmadura, escasos recursos internos para resolver situaciones conflictivas y que podía desbordarse emocionalmente frente a situaciones de tensión y conflictos interpersonales. Reseñó que el acusado poseía escaso control de los impulsos y naturalizaba situaciones de violencia de género.

Pero además de ello, el testimonio del médico P. R., profesional de Sanidad Policial que confeccionó el certificado médico de la víctima. Así el mismo dio cuenta que la víctima presentaba escoriaciones compatibles con mordedura y un hematoma en región de 1/3 inferior de antebrazo derecho, con un tiempo de recuperación e incapacidad de cinco días (fs. 57 vta). El profesional prestó declaración testimonial durante el curso del debate oral donde dijo, en lo que resulta relevante, que al momento del

examen vio una lesión típica de una mordedura y dio las razones por las que resultaba de cierta dificultad considerar que la lesión se hubiera producido tal como pretendía la defensa del acusado.

La jueza también valoró el testimonio de C.L.B.B., hermana de la víctima, quien sostuvo que el día de los hechos estaba lloviendo y no se veía para afuera, que vio entrar a M.E.B.B. y a su nieta llorando, que la niña le manifestó que «el Tatita mordió a la abuela» En relación con la retracción de M.E.B.B. durante el debate oral debe señalarse, tal como lo sostuvo la juzgadora de anterior instancia, que aquél es un mecanismo que se encuentra ínsito en denominado ciclo de violencia.

Sentado cuanto precede, advierto que la jueza **meritó los distintos elementos de juicio con una mirada integral de la problemática**. Ello por cuanto valoró el testimonio de la víctima con la necesaria perspectiva de género que la temática demanda, es decir, considerando las implicancias que el ciclo de violencia tiene en la personalidad de la mujer, circunstancias que justifican adecuadamente las posibles inconsistencias y, aún, la retracción de lo primigeniamente denunciado, tal como aconteció en el caso bajo estudio.

Es por ello que los agravios de la defensa no encuentran asidero en el plexo probatorio ponderado, desde que el impugnante, en la construcción de los agravios, omite toda consideración de los indicios que dan cuenta del contexto de violencia de género en que se encontraba inmersa la víctima.

Dicho cuanto precede, no encuentro vicio alguno en la valoración probatoria llevada a cabo por la jueza, sino más bien que el agravio en torno al cual el censurante centra sus argumentos se encuentra construido a partir de un examen sesgado de la prueba producida.

Dicho de otro modo, la defensa no aborda sus cuestionamientos de los fundamentos de la sentencia impugnada a partir de un análisis crítico de todos los elementos de juicio que robustecieron la declaración de la víctima.

En definitiva las razones expuestas me conducen a desestimar los pretendidos vicios formales de la sentencia.

Resta el análisis del vicio sustantivo alegado el que, debe ser desestimado por las razones que en adelante expongo. La cuestión a resolver en el caso concreto se circunscribe a determinar si en el caso concreto medió violencia de género y si pese al divorcio entre acusado y víctima, puede validarse la relación de pareja en los términos del art. 80 inc. 1 del CP.

Este es el punto básicamente planteado por el defensor de M. G.. Al respecto, cabe acotar que el acusado resultó condenado por un hecho acaecido el 21 de septiembre de 2019, calificado por el Ministerio Público Fiscal como lesiones leves dolosas agravadas por el vínculo existente y violencia de género, a los términos del 92, en función del art. 80 inc. 1 y 11 del CP.

Ya he sostenido en los párrafos que preceden la adecuada fundamentación de la sentencia cuestionada a la vez que he destacado las falencias que ostenta el recurso de casación articulado. Si esto es así, sin mayores esfuerzos, considero que no puede tener acogida el reclamo formulado, puesto que es claro el contexto aludido por el art. 80, inc. 1 del CP que, en su actual redacción –ley 26.791, B.O. 14/12/2012– hace referencia, en su última parte, como circunstancia agravante, al autor que **«mantiene o ha mantenido [con la víctima] una relación de pareja, mediare o no convivencia»**. La norma es clara cuando se refiere al contexto de aplicación de la agravante, esto es quién mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia, siendo esto precisamente lo que ha acontecido en autos

Esta exigencia normativa se encuentra presente en el caso analizado, y el agravio se construye a través de una argumentación errónea, cuya única finalidad es colocar el eje de la discusión sobre un extremo que resulta irrelevante, toda vez que, según las constancias del legajo, se sindicó a M. G. como autor

penalmente responsable del delito de lesiones leves dolosas agravadas por el vínculo existente y violencia de género por un hecho acaecido el 21 de septiembre de 2019 que resultó víctima M.E.B.B.

En síntesis, debe desestimarse el recurso de la defensa al no advertirse los vicios que le endilga a la sentencia cuestionada. Ello, en tanto la jueza de la instancia anterior valoró los prueba con la debida perspectiva que imponía el caso, por encontrarnos ante un supuesto de violencia de género. Asimismo, y a partir de allí, adecuadamente calificó legalmente a esos hechos probados. Por las razones expuestas, y opinión concordante del Procurador General, doy respuesta negativa a la primera cuestión propuesta en el acuerdo que lidero. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Adhiero a la solución que brinda mi colega de Sala a la primera cuestión propuesta al acuerdo. Respecto de los lineamientos que deben ser observados al momento de valorar los elementos de prueba con perspectiva de género, entiendo oportuno remitirme, en lo que resulta aplicable al presente, al desarrollo realizado en los precedentes «Zurita», «Mejía Salvador» y «Di Césare», entre otros. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Coincido con la solución que brinda mi colega de Sala a la primera cuestión propuesta al acuerdo. En relación a la cuestión vinculada a la perspectiva de género en el ámbito de valoración de los elementos de prueba, entiendo oportuno remitirme, en lo que resulta aplicable al presente, al desarrollo realizado en los precedentes «Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa», «Quiroga Morales»; «Ojeda Pérez» y «Vázquez Tumbarello», «Navarro Orta»; «Kraus»; «Castillo Orozco»; «Aracena»; «Valdatta», « Benavidez Porcel»; «Montenegro Fisigaro» entre otros. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a favor de R. M. M. G..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

Capítulo III.

Delitos contra el honor.

CAPÍTULO III. DELITOS CONTRA EL HONOR

1- PANDOLFINO. 12-05-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 26	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	-	-	-	-	-	-	A	-	-	-	Inc3	-	-	353 433

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=824>

Lex: Art. 109 del CP. Art. 59, 62, 67 sexto párrafo inc d) del CP. Art. 353 y 433 del CPP. Art. 8 CADH.

Vox: Calumnias. Prescripción. Actos interruptivos. Audiencia de conciliación.

Summa:

El TPC declaró la prescripción de la acción penal y sobreseyó a Elizabeth Sabrina Pandolfino de los delitos de injurias y calumnias (art. 109, 110 del CP). Estimó como último acto interruptivo la audiencia de conciliación fracasada.

La parte querellante particular interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

La SCJM resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto por el representante de la querellante señora Jacinta Svriz. La extinción de la acción penal por el transcurso del tiempo de orden público.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1849 (20-10-21), pronunciada por el TPC N° 2-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- «Giannone»
- «Bajouth»

b-CSJN

- “Lacroze de Fortabat”

c-CIDH

- «Furlan»: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf
- «Mémoli»: https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=375
- «Jenkins»: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_397_esp.pdf
- «Spolotore»: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_404_esp.pdf

Doctrina citada.

CÓDIGO PENAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA, Comentado, concordado con jurisprudencia de Gustavo E. ABOSO, Ed. IBdeF, 2012.

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Palermo.

Fallo.

CUIJ: 13-06796540-4((018602-5466)) QUERELLA SVRIZ JACINA C/ PANDOLFINO SABRINA P/ CALUMNIAS E INJURIAS P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106050531*

En Mendoza, a los doce días del mes de mayo del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-06796540-4 caratulada “QUERELLA SVRIZ JACINA C/PANDOLFINO ELIZABETH SABRINA S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO.

La representante de la querellante, Jacinta Svriz, formula recurso de casación contra la sentencia N° 1.849 de fecha 20 de octubre de 2.021, y sus fundamentos en tanto declara la prescripción de la acción penal y sobresee a Elizabeth Sabrina Pandolfino de los delitos de injurias y calumnias (art. 109, 110 del CP).

La resolución cuestionada fue dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial en autos N° 5.466.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La resolución puesta en crisis, en lo pertinente para la solución del recurso, estableció que «[...] la querella se interpuso en fecha **19 de abril de 2.018**, por hechos que habrían ocurrido en diversos momentos conforme el relato de la parte Querellante. Que se fijó fecha de audiencia de conciliación para el **07 de diciembre de 2.018**, habiendo fracasado la misma por lo que se citó a juicio a las partes. Que debido a que fui intervenido quirúrgicamente (cirugía cardiovascular) estuve de licencia por enfermedad durante el año 2019, siendo subrogado por otro Juez del Tribunal.

Que a partir del mes de marzo del año 2020 se interrumpió la normal actividad judicial debido a la pandemia por COVID-19, retomándose con posterioridad para tratar, en forma virtual y prioritaria, las causas con detenidos.

Que los delitos de calumnias e injurias están sancionados con la **pena de multa**, cuya acción penal prescribe a los **dos años** (artículo 62 inc. 5 del Código Penal), por lo que la acción penal estaría extinguida (art. 59 inc. 3 del CP).

Que la última fecha de interrupción de la prescripción de la acción penal se produjo con la **citación a juicio de fecha 07 de diciembre de 2.018**, por lo que al día de la fecha han transcurrido más de dos años (art. 67 del CP).

Que siendo la prescripción un **instituto de orden público el Tribunal** puede declararla de oficio, lo cual se impone, entre otros motivos, para evitar eventuales nulidades futuras (CÓDIGO PENAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA, Comentado, concordado con jurisprudencia de Gustavo E.ABOSO, Ed. IBdeF, 2012)

Que de acuerdo a los antecedentes agregados a las presentes actuaciones, la señora Elizabeth Sabrina Pandolfino no ha cometido delitos que interrumpan la prescripción de la acción penal ni existe otra causal interruptiva.

Que habiendo sido notificado de la fecha de debate para los días 27 y 28 de octubre de 2.021, mediante decreto de fecha 28 de septiembre de 2.021, estimo que debe suspenderse el mismo por haberse extinguido la acción penal (art. 353 inc. 4 del CPP de Mendoza – Ley 6730 y modif.)»

2.- Recurso de casación

La recurrente formula recurso casatorio a tenor de las previsiones de los arts. 474, 475 y 477 del CPP. Afirma que la resolución cuestionada ha vulnerado el derecho de defensa, del debido proceso, los plazos razonables de la acción penal y la negligencia del órgano jurisdiccional en cuanto valoración del plexo probatorio.

Considera que el juez **fundó el sobreseimiento en la prescripción sin importar la causa de la misma y refiere que su parte instó constantemente el proceso con el pedido** de fijación de la fecha de debate tras el fracaso conciliatorio, en forma verbal y por escrito en infinidad de veces.

Critica que el juez de la instancia anterior planteó el tema de la intervención quirúrgica y de la pandemia con un tinte subjetivo en una hermenéutica que exagera la creatividad interpretativa de la misma y que su parte resulta absolutamente ajena a las causales sobrevinientes e imprevisibles aun cuando no se prevean, ni se puedan evitar.

Formula referencia a compromisos internacionales asumidos por el Estado Argentino que imponen el deber de actuar con la debida diligencia para prevenir investigar, sancionar y reparar violaciones a derechos humanos como también la obligación de asegurar a todas las personas recursos judiciales sencillos y eficaces ante denuncias de violaciones a derechos que recaen además del Poder Judicial, en el Ministerio Público Fiscal.

De esta manera, destaca que el Ministerio Público Fiscal desempeña un papel central para el respeto y garantía de los derechos humanos en general y de los de protección judicial y debido proceso en particular. Refiere que el debido proceso está protegido por la Constitución Nacional y la mayoría de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Señala que el pedido de fijación de debate fue instado desde el fracaso de la audiencia conciliatoria y de retractación que bien expone el a quo en cuanto tiempos precisos.

Manifiesta que frente a estas solicitudes por el principio dispositivo que reviste el carácter civil dentro de la querrela fue repetidamente sostenido, frente a lo cual no hubo notificación que proveyera estos pedidos y sólo verbalmente por la secretaria con el argumento de la operación del juez y la falta de subrogantes en la causa de forma injustificada y sistemática, lo que no redime la desidia del órgano jurisdiccional.

A su criterio el agravio así formulado se vincula con la alteración de los plazos razonables para resolver. Recuerda que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido condenas por **violación del plazo razonable (art. 8 de la Cadh)** en procesos de jurisdicción no penal contra el Estado Argentino en causas «Furlan», «Mémoli», «Jenkins» y «Spolotore».

Afirma que argüir la ausencia de actos interruptivos de la prescripción de la acción penal sin considerar la prueba, ni analizar los actos instados por su parte viola el derecho de defensa.

A su criterio existen actos, como el **recurso de reposición interpuesto** –contestado con la vista correspondiente– que resulta –a su criterio– **un acto interruptivo**.

Manifiesta que resulta contradictorio la fijación de fecha de debate, durante el lapso en el cual se consideró que había operado la prescripción.

Sostiene que se ignoraron todos los expedientes arrimados ad effectum videndi y livianamente se sostuvo que la Sra. Pandolfino no había cometido delito alguno.

3.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Del examen del recurso de casación formulado el letrado representante de la parte querellante, la resolución cuestionada, las constancias de la causa y los precedentes que en torno a la cuestión planteada tiene este Tribunal, anticipo opinión en el sentido de que la impugnación formulada debe ser rechazada y la sentencia confirmada.

Ello, en atención a los motivos que a continuación se exponen.

De manera preliminar debo señalar que, de las constancias digitalizadas remitidas en la presente, surge que en fecha 19 de abril de 2.018, Jacinta Svriz con el patrocinio del Dr. Julio César Murúa, presentó escrito y documentación con el objeto de iniciar querrela por injurias y calumnias contra Sabrina Pandolfino.

La presentación se realizó en función de los arts. 421, 422, 423, 424 siguientes y concordantes del CPP y 109, 110 y 111 del CP. En esa presentación, refirió también que los delitos por los cuales formulaba la querrela eran los de calumnias e injurias, estelionato y daño (sic).

En relación a los hechos denunciados refirió que desde la separación de Pandolfino del hijo de la querellante –dos años atrás– la querellada había incurrido en conductas ilícitas, sin poder precisar exactamente la fecha. Relató que la querellada descalificó y mancilló su nombre y honor a través de redes sociales, agredió su vida afectiva y afectó el crédito del negocio que posee, con un consiguiente daño económico y moral.

Detalla que en la red social Facebook, Pandolfino señaló que la querellante dudaba de su maternidad –en relación con su nieta–.

Por su parte le atribuyó haberla acusado de ladrona al no reconocer su trabajo en el local comercial Don Claudio´s –propiedad de su familia, bajo la forma de EDUJACI SRL–.

Agregó que Pandolfino acusaba a la querellante de estafa al sostener en actuaciones llevadas a cabo frente a escribana pública que su familia se «auto robaba».

Refiere a «mentiras, improperios, vituperios, injurias y calumnias vertidas sobre su condición de madre y de vecina».

Da cuenta de una filmación del negocio donde es posible ver en horarios de la noche a una señora arrojando un preparado con tierra y hierbas, a las que considera prácticas de ensalmos y maleficios, aunque sin entidad delictual, molestas.

Agregó que Pandolfino acusó a la querellante, por medio de Facebook, de «haber atrapado a un hombre -su marido- por dinero, haber arruinado la vida de sus hijos y relacionarse promiscuamente con proveedores del negocio».

Manifestó que Pandolfino vive en el inmueble de su propiedad, ubicado en calle Leónidas Aguirre 369 de Ciudad, Capital, y que el mobiliario allí existente es mayormente de propiedad de la querellante. Señaló, además, que respecto de esos bienes Pandolfino se comporta como dueña amenazando quedarse con todo. Agregó que ha vendido enseres para pagar deudas. Dio cuenta de amenazas y extorsiones a EDUJACI SRL, acusando a su hijo –Eduardo Arancibia– de haber cometido estafa.

Relató que Pandolfino ha empapelado con afiches y pegatinas carteles difamatorios en relación con el negocio y su hijo.

Mencionó también publicaciones efectuadas por la querellada en YouTube, como también artículos periodísticos. De lo expuesto, emerge que le asiste razón al juez de la instancia anterior en cuanto a que los hechos denunciados, de haber sido acreditados, eventualmente constituirían los delitos de calumnias e injurias.

Asimismo, que habrían ocurrido en diversos momentos, pero siempre con anterioridad a la fecha de presentación del escrito inicial. Por lo tanto, aquellos acontecimientos serían previos al 19 de abril de 2.018.

La querellante cuestiona que los argumentos en base a los cuales el juez se excusó, en relación con el transcurso del tiempo, resultaron subjetivos, tales como una intervención quirúrgica del sentenciante y la situación de emergencia sanitaria.

En este sentido entiendo que el fundamento del sobreseimiento se verifica por la **extinción de la acción penal por el transcurso del tiempo y, al respecto este Tribunal tiene dicho** (LS 377-005; LS 267-077; LS 216-352; LS 194- 226), al igual que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallo 324:3583), que al resultar una cuestión de orden público es un asunto a dilucidar en forma previa, de manera tal que en el supuesto de verificarse aquélla no es posible expedirse sobre el fondo de la cuestión.

La parte recurrente alega que en forma constante instó el proceso en muchas oportunidades.

Sin embargo, de la **compulsa de** la causa surge que tal petición se llevó a cabo en fecha 11 de noviembre de 2.019 (fs. 234) y en fecha 13 de mayo de 2.021 (fs. 244), cuando la acción penal en la presente causa ya se encontraba extinguida.

De tal manera, asiste razón al juez de la instancia al señalar que el último acto interruptivo de la prescripción de la acción penal se produjo en fecha 7 de diciembre de 2.018, en tanto en esa ocasión se llevó audiencia en la que las partes –querellante y querellada– no llegaron a conciliación ni retractación y se dispuso citar a la querellante a fin de ofrecer prueba (**art. 433 del CPP**).

Al respecto debe tenerse en cuenta que este Tribunal ha señalado que «[...] el art. 67, sexto párrafo, del Código Penal determina taxativamente qué actos procesales **poseen capacidad interruptiva del curso de la prescripción**, haciéndolo -a su vez- en forma genérica, sin hacer distinciones entre delitos de acción pública, delitos de acción pública dependiente de instancia privada o delitos de acción privada, por lo que la norma resulta aplicable a todos ellos indistintamente.

Ahora bien, teniendo en cuenta las particularidades de los procesos por delitos de acción privada, habrá que determinar qué actos de él se corresponden con los enumerados en la norma ya citada.

En ese orden y en lo que aquí concierne, estimo que el acto previsto por el **art. 433 del CPP** -esto es, la citación al querellado para que comparezca a juicio y ofrezca a prueba en caso de que no concurriere a la audiencia de conciliación o no se produjere ésta o la retractación se corresponde con el acto interruptivo mencionado por el **art. 67 sexto párrafo inc d)** del CP [...].

Lo afirmado deriva del propio texto legal, sin necesidad de efectuar ningún tipo de interpretación - contrariamente a lo que sostiene el recurrente-, y revela “la vigencia del reclamo formulado por quienes impulsan y estimulan al órgano jurisdiccional en ejercicio de la pretensión punitiva” (conforme ha sostenido esta SCJ en L.S. 355-073, con cita del precedente “Lacroze de Fortabat” de la CSJN)» (ver al respecto, **«Giannone»**).

En otro orden, en cuanto al planteo de la querellante a que se ignoraron los expedientes arrimados ad effectum videndi, en relación a la afirmación del juez a la ausencia de delitos cometidos por Pandolfino, entiendo que el recurrente no formula referencia al respecto y no surge que el curso de la prescripción se haya interrumpido por la comisión de otro delito atribuible a Pandolfino.

Finalmente, debe decirse que las razones que expone la querellante vinculadas con el deber de actuar con debida diligencia y el debido proceso, de acuerdo a las constancias de la causa y al modo en que han sido planteadas, no permiten hacer excepción la disposición legal antes referenciada y por la que se encuentra extinguida la acción penal en las presentes actuaciones.

En definitiva, al no advertir en la sentencia cuestionada vicios que ameriten su anulación (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros), debe rechazarse el recurso interpuesto.

Por los motivos señalados, y opinión concordante del Procurador General, corresponde responder en forma negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO: Comparto la solución a la que llega mi distinguido colega de Sala, toda vez que el juez de la instancia previa fijó acertadamente el último acto interruptivo del curso de la prescripción, conforme el criterio que expuse en el **precedente «Bajouth»** y, desde ese momento, ha transcurrido el plazo previsto por la ley para la vigencia de la acción penal (art. 62 inc. 5 del CP).

En razón de ello, corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Coincido con la solución a la que llega el Ministro que lidera la primera cuestión, toda vez que resulta el criterio sustentado en el **precedente «Giannone»**. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN EL DR. MARIO D. ADARO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO, adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO, adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por el representante de la querellante señora Jacinta Svriz.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro.

Capítulo IV.

Delitos contra la integridad sexual.

Abuso sexual.

CAPÍTULO IV. DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL. Abuso sexual.

1- AGÜERO PEREZ. 25-02-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	Conv.	NNA	-	PCE	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=777>

Lex: Art. 55; 119, 2° párrafo en función con el 4° párrafo inc. f y 149 bis, 2° párrafo del CP. Art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza. Convención Belem Do Pará. Art. 2, 16 y 31 de la Ley 26.485. Art. 206 CPP. Ley 27.499 «Ley Micaela». CDN.

Vox: VG. NNA. A.S.I..Abuso sexual gravemente ultrajante. Convivencia. Amenazas coactivas. Cámara Gesell. Retracción. Amplitud probatoria. Protección integral de los derechos de menores.

Summa:

El TPC condenó al señalado, pareja de la abuela de la niña, a la **pena de nueve años de prisión** como autor de los delitos de abuso sexual gravemente ultrajante, agravado por ser cometido contra un menor de 18 años aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo, en número indeterminado de hechos y amenazas coactivas, en concurso real.

La defensa interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP). Estima que el razonamiento del sentenciante es arbitrario, equívoco e incurre en el vicio de errónea aplicación de la ley penal sustantiva. El Procurador General entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. Concuera con el juez a quo sobre la preeminencia del primer relato del menor sobre el realizado en Cámara Gesell.

La SCJM rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n°1506. TPC N° 2-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Dr. Valerio

I- Retracción de la víctima.

- «Ortíz Agüero». 16-04-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=637>
- «Calderón Polo». 17-05-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=65>
- «Mejía Salvador». 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>
- «Gómez Alcaraz». 12-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=252>

Otros precedentes en el mismo sentido.

- «Di Cesare Morales»26-06-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>

II- Sobre la nulidad de sentencia.

Reiterada jurisprudencia de este Cuerpo se expresa en el sentido que, para conllevar la extrema solución de su nulidad, la sentencia debe adolecer de defectos que equivalgan a la ausencia de fundamentos (**L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros**). En el presente caso hay una mera discrepancia con la valoración del aquo.

III- Valoración probatoria en materia de violencia de género. Perspectiva de género:

- «Morales Quiroga»

- «Cruz Caporiccio». 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- «Brancello Urbón». 05-03-20.: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- «Merlo Lassa»17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- «Ojeda Pérez». 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- «Vázquez Tumbarello». 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- «Vega»
- «Zurita»11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>
- «Castro Luis»

Sobre este tópico menciona el **Dr. Valerio** los siguientes precedentes destacados en el fallo **Baina Madrid**

- «Calderón Polo». 17-05-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=65>
- «Gómez Alcaraz». 12-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=252>
- «Ortiz Agüero». 16-04-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=637>
- «Narváez Videla».23-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=269>
- «Brancello Urbón». 05-03-20.: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- «Vega» 04-06-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>

Dr. Adaro

I- Valoración probatoria en materia de violencia de género. **Perspectiva de género:**

- «Galdeano Reyes». 31-07-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=242>
- «González Pringles»
- «Concha, Jesús»
- «Ruiz Gutiérrez».18-02-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=8>
- «Alaniz Pineira» 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- «Garrido Olivares»
- «Paz Parra». 03-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=415>
- «Vargas Riquelmes». 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=743>
- «Scifo Ruffini». 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=738>
- «Agüero Pérez».25-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=777>
- «González Sosa»

Dr. Palermo.

I- Valoración probatoria en materia de violencia de género. **Perspectiva de género:**

- «Di Cesare Morales»26-06-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- «Mejía Salvador». 10-09-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>
- «Zurita»11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>
- «Reyes Cortelezzi».08-03-21. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=634>

b- CIDH

- «Caso Niños de la Calle (Villagran Morales y otros) vs. Guatemala».
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_esp.pdf

Precedentes relacionados.

I-Retracción. **Perspectiva de género**

- Aguilera. 07-05-18.

- «Calderón Polo». 17-05-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=65>
- «Di Cesare Morales» 26-06-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- «Mejía Salvador». 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>
- «Gómez Alcaraz». 12-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=252>
- «González Abrego» 19-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=249>
- «Narvárez Videla» 23-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=269>
- «Ortíz Agüero». 16-04-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=637>
- «Agüero Pérez». 25-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=777>
- **Tello Sanchez**. 21-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=819>
- Baina Mandril. 16-05-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=839>
- Salguero Guzmán. 28-11-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=953>

Doctrina citada.

- Long Saborio, S. (2009). Defensa de los Derechos Humanos de las Mujeres: Orientaciones metodológicas con perspectiva de género para litigantes.
- MONTELEONE, Romina, «Abuso sexual infantil. La retracción de la víctima y sus consecuencias procesales», 2009.
- Guía de Buenas Prácticas para el abordaje de niños/as, adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos, «Protección de sus derechos, acceso a la justicia y obtención de pruebas válidas para el proceso», JUFÉJUS, ADC Asociación por los Derechos Civiles y UNICEF, Argentina, 2003.
- BOBBIO, Norberto, Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política, Fondo de Cultura Económica, trad. José F. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, México, 1989.

SCJM. Dres.: **Valerio**. Adaro. Palermo.

Fallo.

CUIJ: 13-05738129-3/1((018602-28613)) FC/ /A. P. E. A. (28613) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105923618*

En Mendoza, a los veinticinco días del mes de febrero del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13- 05738129-3/1 caratulada “F. C/ A. P. E. A. P/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

El defensor de E. A. A. P. interpone recurso de casación contra la sentencia N° 1506 en tanto condena al nombrado a la pena de nueve años de prisión como autor de los delitos de abuso sexual gravemente ultrajante, agravado por ser cometido contra un menor de 18 años aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo, en número indeterminado de hechos y amenazas coactivas, en concurso real (arts. 55; 119 2° párrafo en función con el 4° párrafo inc. f y 149 bis segundo párrafo CP).

Este pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El sentenciante tuvo por probados los hechos contenidos en la acusación, esto es que entre el 19 de setiembre de 2018 y el 7 de abril de 2019, en el domicilio de calle Maipú, en un número indeterminado de veces y en circunstancias en que la menor de 12 años de edad B.V.B. se quedaba a dormir en el lugar, el acusado la desnudó, le realizó tocamientos y le besó la vagina y el ano, obligándola a tocar su pene, manifestándole que si contaba lo ocurrido, algo malo le iba a pasar a su madre.

2.- Recurso de casación

Expresa el impugnante que recurre por los dos motivos previstos por el art. 474 CPP. Apunta que el razonamiento del sentenciante es arbitrario, equívoco e incurre en el vicio de errónea aplicación de la ley penal sustantiva.

En particular, se queja porque el juez de la instancia anterior le confirió credibilidad a los dichos de la menor B.V.B. en la escuela y ante los adultos en los días posteriores, en los que dijo que había sufrido abuso sexual, mientras que en la Cámara Gesell lo negó. Esto contradice las reglas de la sana crítica racional, situando en este aspecto la arbitrariedad de la resolución. Se queja asimismo porque consideró que la menor tuvo miedo durante su declaración en la Cámara Gesell, por las amenazas a su madre y debido a su entorno familiar. Refiere que se debió tener en cuenta, por el contrario, que los padres de la menor están separados y que hubieron hechos de violencia entre ellos, a lo que le suma que la niña fue objeto de bullying en la escuela debido a su apariencia física, lo que fue la causa de las dificultades que constató el EDEEAS (aislamiento, entre otras) y no el presunto abuso sexual investigado en autos. Que el juzgador debió darle relevancia a esos hechos, pero no lo hizo. Destaca que la menor en Cámara Gesell

dijo que había inventado el abuso, porque estaba enojada porque no la habían llevado a Chile y que es esa declaración la que se debe tener en cuenta, ya que ése fue el único acto procesal controlado por las partes en el proceso penal. Relata que en el resto de las manifestaciones de la menor la defensa no participó porque no constituyeron actos procesales, y que los testigos dijeron en el debate que no se encontraban amenazados. Concluye en que la arbitrariedad reseñada, provocó la errónea aplicación de la ley penal sustantiva. Expresa que se ha valorado la prueba en violación a la sana crítica que impone el art. 206 CPP, especialmente la declaración de B.V.B. Formula reserva del caso federal

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General dictamina que el recurso debe ser rechazado en el fondo, porque la sentencia se encuentra debidamente fundada.

Refiere que el juez de la instancia anterior luego de analizar todas las pruebas rendidas, explicó los motivos por los que tomó como válido el primer momento del relato de la menor, en detrimento de su declaración en Cámara Gesell, respecto de la cual concluyó en que era inverosímil.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

En adelante de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación debe ser rechazado.

Ello por cuanto el juez de la instancia anterior se basó para tener por acreditado el hecho que se le atribuyó al acusado, en las pruebas incorporadas, entre ellas la denuncia, una nota manuscrita de la víctima en la que exponía que el acusado la abusaba; la entrevista preliminar del EDEAAS y el examen de este organismo, el informe de la Dirección General de Escuelas y la constancia de la madre de B.V.B. en la que manifestaba su voluntad de no continuar la causa por haber recibido amenazas.

Asimismo, en el informe del perito de parte, la declaración del acusado, las declaraciones testimoniales y el registro de la Cámara Gesell a la que fue sometida la víctima, probanzas que valoró de conformidad con las reglas de la sana crítica racional, cuyo apartamiento el defensor no alcanza a demostrar.

Al respecto, se debe resaltar que la ponderación conjunta de esos elementos probatorios determinó que no prevaleciera la versión que dio la menor en la Cámara Gesell, oportunidad en la que dijo que inventó el abuso, debido al enojo que le produjo que no la llevaran a Chile el acusado y su abuela.

En efecto, el sentenciante **descartó la fiabilidad de estos dichos, considerando creíble el relato inicial de la niña a una maestra**, mientras estaba en la escuela, el 22 de abril de 2019, dichos que fueron confirmados por las probanzas que serán descriptas a los fines de la resolución del recurso en trato, en los párrafos siguientes.

Aquella docente, al advertir que B.V.B. Lloraba, le preguntó qué le ocurría, respondiendo la menor que no tenía ganas de hacer nada ni de vivir, pero que no podía decir lo que le sucedía.

En ese momento, señaló a una compañera y la autorizó para que le manifestara a la docente qué le pasaba. Esta compañera entonces, buscó un papel arrugado en el recipiente de basura y se lo pasó a la maestra. En él se leía **“mi abuelo me viola”**, lo que según expresó luego la niña, sucedía desde hacían dos años.

Declaró la maestra que la niña estaba angustiada, como amenazada. Acto seguido la llevó a la dirección del establecimiento, y allí otra docente recordó haberla contenido porque lloraba y no hablaba, reconociendo ya en el proceso penal las dos maestras, el papel en el que refería que su abuelo la violaba. Ambas relataron que la niña «[...]no paraba de llorar».

A ello se suma que la madre de B.V.B. el mismo día, y ya en conocimiento que la habían citado a la escuela, la halló llorando. Al averiguar el motivo, la menor le contó que era abusada por la pareja de su abuela, quien le decía que si alguien se enteraba, le iba a pasar algo malo a la declarante, esto es, a su madre. A la noche de ese día hizo la denuncia en una oficina fiscal.

La menor mantuvo esta versión de los hechos al ser examinada el 24 de abril de 2019, por una médica del **Cuerpo Médico Forense**, quien dejó constancia por escrito, que B.V.B. dijo que el acusado, novio de su abuela, la abusaba.

El mismo relato hizo ante una **psicóloga particular** a la que fue llevada por su madre, el 21 de junio de 2019 y en otra ocasión posterior.

Esta profesional declaró que advirtió la angustia que su paciente sentía ante la situación, y que los familiares, al enterarse que los abusos habían tenido lugar en la casa de la abuela, opinaban sobre el tema, lo que la afligía aún más.

En agosto de 2019 se llevó a cabo la **audiencia preliminar** para determinar si estaba en condiciones de declarar en Cámara Gesell, con las licenciadas Jardón y Alfandari del Cuerpo Médico Forense y el licenciado Mejías, quien actuaba como perito de parte.

Se dejó constancia en ese acto, que B.V.B. dijo de manera espontánea que su abuelo –E. A.– la abusaba, definiendo la acción de abusar, al ser preguntada sobre lo que ella entendía que significaba, de la siguiente manera: «Una persona te toca las partes íntimas y vos no querés y lo hace adrede, o porque él quería».

De este contexto extrae el juzgador, la autenticidad de esa primera versión que la denunciante dio y mantuvo hasta que la modificó en la audiencia del 31 de octubre del mismo año, en Cámara Gesell.

Al respecto, el juzgador tuvo en cuenta que B.V.B. presentó una «[...]actitud reticente, ambigua y esquiva desde el principio hasta el final de la entrevista en Cámara Gesell».

Período de retractación

Señaló que es esperable que después de tantas asistencias a exámenes y entrevistas, la niña se mostrara de esa manera, **lo que se refleja en el examen post-Cámara Gesell**, en el que los profesionales del EDEAAS dictaminaron que estaba transitando en esa ocasión, **un período de retractación**.

Esta retractación es habitual cuando se trata de este tipo de delitos, máxime en el caso de autos, en el que la madre de la víctima fue amenazada y la propia niña de doce años, fue objeto de presiones y descalificaciones, según apuntó el sentenciante y surge de la revisión practicada (al respecto, ver en lo pertinente, los precedentes «Ortiz Agüero», «Calderón Polo», «Mejía Salvador» y «Gómez Alcaraz»).

También consideró que como consecuencia de las amenazas proferidas por los hijos del acusado, la madre de B.V.B. se presentó ante la Unidad Fiscal para pedir que no se continuara con la investigación del presente caso, según consta en autos.

A su vez, valoró otros elementos que respaldaban los hechos sustentados por la acusación, entre ellos, que el acusado cambió su domicilio, que la familia ejerció presión sobre B.V.B., que la abuela y el padre de B.V.B. no creían en la veracidad de lo denunciado por ella, todo lo que refleja la extrema vulnerabilidad de la menor, pudiendo citarse a modo de ejemplo que, durante un velorio y ante primos de su edad, una tía le dijo que se cuidara, si como consecuencia de su denuncia de abuso la abuela, esposa del acusado, iba presa.

Puntualmente y en forma acertada, expuso el sentenciante en los fundamentos que «[...] ese entorno familiar de descreimiento, distanciamiento, agresiones directas y amenazas veladas que sobreviene a la denuncia es absorbido por una niña de doce años que ya estaba seguramente frágil y vulnerable producto de haber vivenciado un proceso de separación de sus padres intensamente conflictivo, donde incluso la

madre, que en principio apoya incondicionalmente a su hija, luego cambia de actitud, procurando ingenuamente desactivar el proceso judicial, postura esta que no pudo haber pasado inadvertida para la niña [...]», extremos que a su entender justificaron la retractación de B.V.B. durante el transcurso de la Cámara Gesell y le permitieron desechar la posibilidad introducida por el **perito de parte, consistente en que la denuncia de abuso fuera una mentira, seguida de un arrepentimiento posterior.**

Destacó asimismo el sentenciante, que ningún familiar dijo que hubiera un conflicto previo entre la víctima y el acusado, mencionando por el contrario, la buena relación existente entre ellos.

Es más, ponderó en este sentido que la madre de B.V.B. dijo que le gustaba ir a la casa de su abuela, porque la sacaban a pasear, quedándose a veces a dormir.

También se pronunció el juez de la instancia previa sobre **los motivos por los que no le pareció fiable la declaración de la abuela** de B.V.B., resaltando entre los enumerados, la circunstancia de haber asumido de antemano una postura por el acusado y en contra de la menor, que infiere de que lo acompañó durante varios meses en la clandestinidad, a sabiendas que estaba imputado por la presunta comisión de un delito sexual.

Resta decir que a criterio del juzgador carece de entidad, que la vivienda donde ocurrieron los abusos tenga un solo dormitorio, dado que esto no excluye la posibilidad que los hechos sucedieran del modo relatado por la niña en la denuncia.

En definitiva, las pruebas hasta acá individualizadas conforman un cuadro cargoso que impide que prospere el planteo defensivo, centrado en que la menor no sufrió abuso alguno, sino que todo lo hasta acá actuado responde a una mentira que dijo porque el acusado y su esposa –su abuela– no la quisieron llevar de viaje a Chile.

De similar forma, son las pruebas referidas en el párrafo anterior, las que permiten sostener que el aislamiento, el bullying y otras dificultades que padeció la niña, según informó el EDEEAS, no se derivan de la situación violenta que vivió debido a la separación de sus padres, como afirma el defensor, sino que se encuentran vinculadas a los abusos investigados en en la presente causa.

No existe la pretendida nulidad

De este modo, se evidencia claramente que el recurso de casación en trato no puede prosperar, porque **contiene una mera discrepancia con la valoración** que hace el sentenciante del plexo probatorio, en particular de la negativa del abuso que BVB formuló en la Cámara Gesell, sin desvirtuar la defensa, el razonamiento que derivó en la condena ni brindar adecuadas razones que conduzcan a su revocación.

Ello a tenor la reiterada jurisprudencia de este Cuerpo en el sentido que, **para conllevar la extrema solución de su nulidad, la sentencia debe adolecer de defectos que equivalgan a la ausencia de fundamentos** (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros), lo que en este caso no ocurre, tal como se ha explicado.

Así, no resulta factible ignorar los extremos que fundamentan la condena, bajo el argumento de que el único acto procesal en el que la defensa pudo intervenir fue la Cámara Gesell.

Perspectiva de género. Ley 26485. Perspectiva integral.

A esto se suma que proceder en la forma contraria, implicaría **alejarse de las pautas brindadas por este Cuerpo de manera constante, en los casos de violencia en que resultan involucradas como víctimas, mujeres y niñas.**

Por su parte, emerge de la sentencia impugnada, que el juez de la instancia precedente, asumió debidamente una perspectiva integral en relación a los criterios de valoración señalados en **la Ley 26.485,**

de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales.

En esta dirección, debe destacarse que en la sentencia impugnada, el juez de la instancia precedente, asumió debidamente una perspectiva integral en relación a los criterios de valoración contenidos en la ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales.

Ello puede advertirse claramente respecto del **abordaje de la retracción de la niña** respecto a la materialidad del hecho.

Al respecto, considero oportuno destacar que sobre la perspectiva de género en el proceso penal tuve ocasión de pronunciarme en otros precedentes («Cruz Caporiccio», «Brancello Urbón»; «Merlo Lassa»; «Quiroga Morales»; «Ojeda Pérez»; «Vázquez Tumbarello»; «Vega»; «Zurita»; «Castro Luis», por mencionar algunos).

En lo que sigue, traeré a colación ciertos pasajes de algunos de aquellos votos, pues considero que resultan enteramente aplicables a este caso y dan cuenta del modo en que, a mi juicio, la perspectiva de derechos debe ingresar al proceso penal.

En esta dirección, encuentro pertinente en primer lugar recuperar las consideraciones realizadas en **«Ojeda Pérez»**, ocasión en la que sostuve que «[...]comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionarlos estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional. Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” -Belem Do Pará-, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”). Sostuve también en esa ocasión que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las mujeres”. En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas.

Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento». Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley.

Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativo, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías:i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...] (art. 16)».

Ahora bien, además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene normas que «[...]consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género.

En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de «amplia libertad probatoria» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (art.31)».

Precedente Ojeda perez

De tal manera, y conforme sostuve en el ya citado precedente «Ojeda Pérez», «[...] el texto legal vigente [ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP). A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas». Así, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar.

Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”).

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional en razón de que «[...] siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento.

Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto.

Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a lo expresado «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio.

Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo». De tal manera «[...] uno de

los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. **A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables».**

De no proceder así estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal –hasta aquí, conf. «Ojeda Pérez»–. Es decir que, este método de análisis es para asegurar que la conquista de la igualdad consagrada en el art. 16 de la CN, donde además de ser iguales las personas ante la ley y esta una misma para los habitantes, en los hechos tenga una acción y fuerza uniforme (art. 7 de la Constitución de Mendoza) (conf. «Zurita»).

En segundo lugar, he enfatizado que la perspectiva de género no se trata simplemente de un lenguaje, sino esencialmente de una forma de actuación que requiere comprender en toda su dimensión que existen en los casos y/o circunstancias una situación de discriminación que se reclama su cese para asegurar un trato igualitario de todas las personas –conf. «Zurita»–.

En particular, en materia penal el método de análisis con perspectiva de género que debe ser utilizado cuando la mujer es víctima de un delito es para asegurar que la ley, que es igual para todas las personas, sea también aplicada con igualdad de trato ante ella, evitando la discriminación por usos y costumbres derivadas de la cultura estereotipada patriarcal –como poder ideológico, que se vale de la posesión de ciertas formas de saber, información o códigos de conducta, incluso por la posesión de ciertos bienes que le dan la primacía a algunos varones sobre los restantes integrantes de cada grupo de pertenencia de varones, mujeres y niños/as; y entre los varones al primigenio; como de los varones sobre las mujeres y de éstas sobre los niños/as–, para ejercer una influencia sobre el comportamiento de los demás e inducir a los miembros del grupo a efectuar o no efectuar una acción, o machista –como ejercicio o manifestación de la fuerza o económico, que se impone por la asimetría entre los varones y de estos con las mujeres–, como capacidad de determinar el comportamiento de los demás; pero ambos imponen rígidos roles que contribuyen a instituir y mantener sociedades desiguales, divididas entre fuertes y débiles, ricos y pobres, como de sabios e ignorantes (ver BOBBIO, Norberto, Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política, Fondo de Cultura Económica, trad. José F. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, México, 1989) –conf. «Zurita»–.

A lo dicho se agrega, que la víctima en el caso de autos titulariza una doble protección jurídica: por ser mujer y niña a la fecha de los abusos, ostentaba una doble condición de vulnerabilidad que la atravesó (ver al respecto lo señalado en los precedentes «Vega» y el ya citado «Zurita»).

En este caso es aplicable el enfoque interseccional que emana de la jurisprudencia de la Corte IDH en el **Caso V.R.P., V.P.C y otros vs. Nicaragua**, sentencia del 8 de marzo de 2018, al pronunciarse sobre un caso de una niña de ocho años de edad, abusada sexualmente por su progenitor.

Allí se afirmó que: «Para los casos de violencia y violación sexual en contra de mujeres adultas, la Corte ha establecido una serie de criterios que los Estados deben seguir para que las investigaciones y procesos penales incoados sean sustanciados con la debida diligencia.

En el presente caso, la Corte tiene la oportunidad de referirse a la obligación que tiene un Estado cuando las investigaciones y proceso penal se dan en el marco de un caso de violación sexual cometida en contra de una niña. Por ende, la Corte adoptará un enfoque interseccional que tenga en cuenta la condición de

género y edad de la niña» (párr.154) –el resaltado me pertenece–. El enfoque de género con un análisis interseccional adoptado por la Corte IDH en el fallo citado, se encuentra establecido en el artículo 9 de la Convención de Belém do Pará, al disponer que los Estados Partes deben adoptar medidas específicas teniendo en cuenta la situación de vulnerabilidad de la violencia que pueda sufrir una mujer en razón de su raza, condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada, se encuentre embarazada, discapacitada, sea menor de edad o anciana, esté en situación socio económica desfavorable, en conflicto armado o privada de libertad.

Así lo he sostenido recientemente en «Zurita». Es conveniente destacar también que, en el precedente «V.R.P.,V.P.C. contra Nicaragua» mencionado, la Corte IDH señala que además de los estándares establecidos en casos de violencia sexual contra mujeres adultas, los Estados deben acatar en el marco del artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, «medidas particularizadas y especiales en casos donde la víctima es una niña, niño o adolescente, sobre todo ante la ocurrencia de un acto de violencia sexual y, más aún, en casos de violación sexual» (párr. 155).

A continuación en el mismo párrafo, subraya «la obligación estatal reforzada de debida diligencia» y, de la «aplicación concreta a los cuatro principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño, esto es el principio de no discriminación, el principio del interés superior de la niña, el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo y el principio de respeto a la opinión de la niña en todo el procedimiento que la afecte, de modo que se garantice su participación, en lo que resulte pertinente para identificar las medidas especiales que son requeridas para dotar de efectividad a los derechos de niñas, niños y adolescentes cuando son víctimas de delitos de violencia sexual». También se hace referencia en el fallo interamericano mencionado, que los Estados deben adoptar medidas especiales de protección en casos de niñas, niños y adolescentes por ser considerados y consideradas «más vulnerables a violaciones de derechos humanos, lo que además estará determinado por distintos factores, como la edad, las condiciones particulares de cada uno, su grado de desarrollo y madurez, entre otros. En el caso de las niñas, dicha vulnerabilidad a violaciones de derechos humanos puede verse enmarcada y potenciada, debido a factores de discriminación histórica que han contribuido a que las mujeres y niñas sufran mayores índices de violencia sexual, especialmente en la esfera familiar» (párr. 156). En tercer orden, y tal como destacué en el caso «Vázquez Tumbarello», la relevancia de la ley 27.499, denominada «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado.

En coincidencia con aquella normativa la Acordada N° 29.318 de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia». Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales.

En conclusión, entiendo que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional.

Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación.

Consideraciones que, reitero, entiendo que son plenamente aplicables al caso y han sido aplicadas por el juez de la instancia anterior en la sentencia ahora cuestionada. Por lo tanto, y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde responder de manera negativa la primera cuestión planteada, y confirmar la sentencia impugnada, por no adolecer de los vicios endilgados ni de arbitrariedad alguna.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

ASÍ VOTO. SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Comparto los fundamentos por los cuales mi colega preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa de A. P..

En cuanto a las consideraciones realizadas en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género y, en particular, cuando la víctima presenta una doble condición de vulnerabilidad, por su género y por la franja etaria a la que pertenece me remito, en lo pertinente, a lo que ya he referido en numerosos pronunciamientos (ver «González Pringles», «Concha, Jesús», «Garrido Olivares», «Paz Parra», y más recientemente, «Vargas Riquelmes», «González Sosa» y «Scifo Ruffini», entre otros).

En particular, me interesa hacer referencia a la retractación realizada por la niña B.V.B.C. en Cámara Gesell de los hechos denunciados que conformaron el objeto de investigación y que constituyó el argumento central de la defensa para dar sustento a su pretensión nulificante.

Así, advierto de los fundamentos de la sentencia cuestionada que el juez de la instancia previa valoró de manera adecuada los motivos por los cuales le dio preponderancia a los hechos manifestados por la víctima a las personas de su entorno familiar y, en especial, a las autoridades de la institución educativa a la que concurría, en los primeros momentos de la investigación.

Para ello, el juez de sentencia –en razonamiento que comparto– valoró las distintas motivaciones que –a su criterio– llevó a la víctima a retractarse de los hechos de abuso que indicaban al acusado como su autor, las que fueron debidamente analizadas por el ministro que lidera el voto preopinante.

Al respecto, debo destacar que el Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes de la Organización de los Estados Americanos (OEA) entiende por retractación de esta franja etaria de personas como «[...] el abrupto cambio de versión brindada por un niño, niña o adolescente tras haber relatado una situación de maltrato, de cualquiera de las formas posibles acorde a su desarrollo evolutivo (palabra, juego, dibujo, etc.)» (OEA, Instituto Interamericano del Niño, Niña y Adolescentes, «La Retracción de Niños, Niñas y Adolescentes víctimas de maltrato, en el marco de un procedimiento judicial. Sensibilizar instituciones para no re victimizar», p. 5, <http://www.iin.oea.org/boletines/especial-violencia/pdfs/Articulo-sobreretractacion.pdf>). En el mencionado informe se señala, además, que «[...] cuando se abordan situaciones de maltrato de NNA desde cualquier servicio que las capte, el desconocimiento de efectos básicos esperables tales como la retractación de las víctimas, tanto a nivel familiar, comunitario o judicial, se convierte en una demoledora acción revictimizante que aleja al afectado del ejercicio de sus derechos y del reconocimiento de su afeción» (Ob. cit., p. 2).

Es que al respecto no puede perderse de vista las posibles **reacciones de NNA víctimas de abuso sexual, que pueden influir en la investigación de este tipo de hechos.**

Así, por ejemplo:

- a) el secreto, por el temor a las posibles consecuencias si se llega a revelar la verdad;
- b) la desprotección, en tanto NNA sienten que sus progenitores no los/as protegen, si en el caso el abusador es un conocido de la familia;

c) la acomodación o adaptación, donde el o la NNA víctima no puede evitar ser abusado y, por esta razón, termina aceptando y culpándose a sí mismo por su consentimiento;

d) la revelación tardía, conflictiva y poco convincente, donde el develamiento de un abuso sexual puede tener lugar cuando el o la NNA llega a la adolescencia y este presenta desordenes de conducta;

e) la retractación, en la fuerza que pueden ejercer los familiares, el abusador y aun por los profesionales en la víctima, pueden agobiar al/la NNA abusado/a y obligarlo/a a retractarse (ver, MONTELEONE, Romina, «Abuso sexual infantil. La retracción de la víctima y sus consecuencias procesales», 2009).

De tal manera, aquel informe del Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes de la Organización de los Estados Americanos refiere a la importancia de adaptar el procedimiento a las necesidades «afectivas y de entendimiento de los NNA».

Ello en consideración al paradigma de la protección integral de los derechos de NNA reconocido en los distintos instrumentos en la materia.

Así, advierte que «[a]l desconocer elementos que hacen a la complejidad de los actores beneficiarios de políticas de protección en niñez y adolescencia, ante una disputa entre un adulto/agresor y un NNA/víctima de maltrato, crece la probabilidad de que la justicia falle omitiendo el principio de interés superior del niño, pues sopesará de igual forma comportamientos que merecen disímil formas de entendimiento» (Ob. cit., pág. 1).

Precedente Garrido Olivares.

En este entendimiento, y tal como referí en el precedente **«Garrido Olivares»**, se ha establecido lineamientos con el fin de orientar la actuación de los distintos operadores del derecho en esta temática, con el objetivo de mejorar las condiciones y la calidad del abordaje que se le brinda a este sector vulnerable de la población que se presentan como víctimas o testigos en el marco de un proceso, abarcando las distintas etapas, desde la recepción de la denuncia hasta el seguimiento de la víctima o testigo con posterioridad a la culminación del proceso (Guía de Buenas Prácticas para el abordaje de niños/as, adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos, «Protección de sus derechos, acceso a la justicia y obtención de pruebas válidas para el proceso», JUFEJUS, ADC Asociación por los Derechos Civiles y UNICEF, Argentina, 2003).

Todo ello por considerar que los delitos contra este sector vulnerable de la población son delitos complejos en cuanto a su corroboración, por lo que se requiere que «[...] los estados y los sistemas judiciales contengan estructuras, procedimientos y mecanismos adecuados que faciliten la exteriorización de denuncias, optimicen las oportunidades existentes para la recolección de las pruebas y aseguren un abordaje que proteja a la víctima» (ob. cit, p. 13).

En este último sentido, debo señalar que la obligación del Estado de adoptar una perspectiva de edad en el tratamiento de los casos en donde se han vulnerado los derechos y garantías de niños, niñas y adolescentes –en el entendimiento de que esta condición importa un factor de mayor vulnerabilidad–, deriva de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH) que establece que «[t]odo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado» (art. 19, CADH).

Caso Niños de la Calle (Villagran Morales y otros) vs. Guatemala» reconoció y aplicó la regla de la CADH referida a que los niños tienen derecho a **medidas especiales de protección**

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) a partir de la sentencia dictada en el «Caso Niños de la Calle (Villagran Morales y otros) vs. Guatemala» reconoció y aplicó la regla de la CADH referida a que los niños tienen derecho a medidas especiales de protección.

También es importante destacar que la Corte IDH estableció por primera vez una relación de integración entre el sistema regional y el universal en materia de protección de derechos humanos de la niñez, lo que importó la posibilidad de ampliar el contenido del art. 19 de la CADH relativo a las medidas de protección a las que tiene derecho todo NNyA (Corte IDH, «Caso Niños de la Calle (Villagran Morales y otros) vs. Guatemala», Fondo, sentencia de 19 de noviembre de 1999, serie C, nro. 63, párr. 194).

También estimo relevante señalar que a partir de este precedente se entendió que el Estado podía vulnerar los derechos de la niñez en situación de vulnerabilidad a partir de un doble criterio, esto es por acción o por omisión (Corte IDH, párr. 191).

Al respecto, la Corte IDH señaló que «[e]l deber de los Estados de tomar medidas positivas se acentúa precisamente en relación con la protección de la vida de personas vulnerables e indefensas, en situación de riesgo [...]. [l]a privación arbitraria no se limita, pues, al ilícito del homicidio; se extiende igualmente a la privación del derecho de vivir con dignidad» (Corte IDH, del voto concurrente conjunto de los jueces Cancado Trindade y Abreu Burelli, párr. 4).

En definitiva, me interesa destacar **el deber de los distintos operadores estatales –en particular los judiciales– en cuanto a la protección integral de los niños, niñas y adolescentes en situación de vulnerabilidad**, cuyo incumplimiento es susceptible de generar responsabilidad internacional en el ámbito del sistema regional de protección de los derechos humanos.

Ello implica atender los problemas relacionados con cómo este sector vulnerable de la población accede a justicia, las condiciones y los obstáculos o dificultades que a lo largo del proceso se les presenta, a fin de que puedan ejercer en forma efectiva su derecho a obtener una sentencia justa y reciba la debida protección por parte del Estado. Por las razones expuestas considero que debe ser respondida de manera negativa la primera cuestión planteada.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

ASÍ VOTO. SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género me remito, en lo pertinente, a lo oportunamente señalado en «**Reyes Cortelezzi**», «**Zurita**» y «**Castro Luis**».

En razón de que la cuestión relacionada con la ponderación de la retractación de la víctima en casos de violencia de género las he tratado en los precedentes «Di Césare Morales» y «Mejía Salvador», corresponde también remitirme a consideraciones allí expuestas, por resultar aplicables en ese aspecto el presente caso. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado de la primera cuestión, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de E. A. A. P..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada. 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

2- AVILA RODRIGUEZ. 09-03-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	Conv.	NNA	-	PCE	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=778>

Lex: Arts. 119 2° párrafo en función con el 4° párrafo inc. “f”, 119 3° párrafo en función con el 4° párrafo inc. “f” y 55 CP. Art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza. Convención Belem Do Pará. Art. 2, 16 y 31 de la Ley 26.485. Art. 206 CPP. Ley 27.499 «Ley Micaela». CDN.

Vox: **VG. NNA.** Abuso sexual gravemente ultrajante y con acceso carnal. Concurso real. Convivencia. Víctima menor. Delito continuado.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **dieciocho años de prisión** como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual agravado (arts.119 segundo párrafo en función con el cuarto párrafo inc. “f”, 119 tercer párrafo en función con el cuarto párrafo inc. “f” y 55, 119 segundo párrafo en función con el cuarto párrafo inc. “f”, 119 tercer párrafo en función con el cuarto párrafo inc. “f” y 55, 55, 12, 40 y 41 del Código Penal), quien convivía con las hijas menores de su pareja, víctimas de autos.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 CPP). Critica la valoración del plexo probatorio y la pena impuesta.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1634. TPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados:

a-SCJM:

Dr. Valerio:

I- Perspectiva de género:

- «Teves Lucero», «Italiani», «Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa»; «Ojeda Pérez», «Vázquez Tumbarello», «Brancello», «Ortega Ragonesi», «Biscontín Tobares», «Vega».
- «Ortega Ragonesi». 19-03-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=332>

II- Sobre la credibilidad al testimonio de la víctima:

«Estrella Amaya»; «Zeballes Verduguez» y «Moreira Arce»,

Dr. Adaro:

I- Perspectiva de género:

«González Pringles», «Concha, Jesús», «Garrido Olivares», «Paz Parra», y más recientemente, «Vargas Riquelmes», «González Sosa», «Scifo Ruffini» y «Agüero Pérez».

Precedentes relacionados

Ver Agüero Pérez. 25-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=777>

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo. (Licencia)

Fallo.

CUJ: 13-05753237-2/1((018601-1427)) F. C/ A. R., W. M. P/ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE (1427/20) (11214/20) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105934750*

En Mendoza, a los nueve días del mes de marzo del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 05753237-2/1 caratulada “F. C/ Á. R., W. M. P/ ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE AGRAVADOS S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa particular de W. M. Á. R. interpone recurso de casación contra la sentencia N° 1634, pronunciada por el Primer Tribunal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial que condenó a aquel a la pena de dieciocho años de prisión.

Ello, por resultar autor penalmente responsable de los delitos calificados legalmente como abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser cometido contra un menor de 18 años aprovechando la convivencia preexistente con el mismo en la modalidad de delito continuado, abuso sexual con acceso carnal agravado por ser cometido contra un menor de 18 años aprovechando la convivencia preexistente con el mismo (dos hechos) en concurso real y abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser cometido contra un menor de 18 años aprovechando la convivencia preexistente con el mismo en la modalidad de delito continuado, abuso sexual con acceso carnal agravado por ser cometido contra un menor de 18 años aprovechando la convivencia preexistente con el mismo en un número indeterminado de hechos en concurso real; todo en concurso real (arts.119 segundo párrafo en función con el cuarto párrafo inc. “f”, 119 tercer párrafo en función con el cuarto párrafo inc. “f” y 55, 119 segundo párrafo en función con el cuarto párrafo inc. “f”, 119 tercer párrafo en función con el cuarto párrafo inc. “f” y 55, 55, 12, 40 y 41 del Código Penal).

Todo en el marco de las causas N° P-1.427/20 y P-11.214/20. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La sentencia recurrida

El juez de la instancia previa tuvo por acreditado en la causa N° P1427/20 los hechos contenidos en el requerimiento fiscal de citación a juicio de fs. 248/258 y vta., según los cuales «[...] para fecha no precisada, en el mes de noviembre del año 2007, aproximadamente a las 17:00 hs. en el domicilio ubicado en calle Godoy Cruz W. M. A. R., quien convivía con la hija de su pareja, la menor [K.D.A.D.] de 11 años de edad, ingresó a la habitación en la que ésta se encontraba durmiendo y comenzó a tocarle la vagina sobre la bombacha durante al menos 15 minutos. Dichos episodios se reiteraron en el tiempo con una frecuencia de al menos una o dos veces por semana, tanto en el domicilio antes indicado como así también en el domicilio ubicado en calle de Godoy Cruz al que se mudaron en el año 2009. Lugar en el que asimismo W. M. A. R. le tocaba la vagina a la menor por debajo de la ropa interior, introduciéndole los dedos y practicándole sexo oral. A su vez, un fin de semana de fecha no precisada, aproximadamente entre marzo de 2010 y marzo de 2011, período en que la joven K. D. A. D. tenía 14 años de edad, en el

domicilio ubicado en calle, Godoy Cruz, W. M. A. R., ingresó a la habitación en la que [K.D.A.D.] se encontraba acostada durmiendo la siesta, le sacó toda la ropa y le introdujo el pene en la vagina sin el consentimiento de la joven. Hecho este que se repitió el día 28 de noviembre de 2011, momento en que en el domicilio antes descrito, en el cual persistía la convivencia, aproximadamente a las 12:00 hs. del mediodía W. M. A. R. le tocó los pechos a [K.D.A.D.] de 15 años de edad por encima de la ropa, luego se la quitó, le tocó la vagina sobre la ropa, le sacó el pantalón y bombacha, se puso sobre la joven y le introdujo el pene en la vagina, pese a que la víctima se movía para evitarlo».

Para así decidir el tribunal de juicio valoró, entre los elementos probatorios más relevantes, las declaraciones de W. M. Á. R. K. D. A. D., A. V. A. D., M. D. A. D., E. E. D., L. R. S., D. E. R. J., así como la prueba instrumental debidamente incorporada. Por su partes, y en referencia a la causa N° P- 11.214/20, encontró probada la plataforma fáctica que da cuenta el requerimiento fiscal de citación a juicio de fs. 198/208 y vta. y en la que se establece que «[...] para fecha no precisada, en el transcurso del año 2010 en horas de la noche, en el domicilio sito en calle, Godoy Cruz, W. M. A. R., quien convivía con la hija de su pareja, la menor [A.V.A.D.] de entre 12 y 13 años de edad, salió de su habitación, se dirigió al comedor, lugar en el que estaba la menor, y de manera sorpresiva comenzó a tocarle los pechos por atrás, luego bajó su mano y le tocó la vagina por encima de la ropa durante unos segundos.

Asimismo en fecha no precisada, pero en el transcurso del año mencionado, y en el domicilio antes indicado siendo aproximadamente entre las 18:00 y las 19:00 hs. W. M. A. R. ingresó a la habitación en donde se encontraba la menor, quien recién salía de bañarse, se sentó a su lado en la cama y comenzó a tocarle la vagina por debajo del toallón que tenía puesto introduciéndole los dedos durante varios minutos.

A su vez, en fecha no precisada, pero en el transcurso del año mencionado, durante los meses de abril o mayo de 2010, en horas del mediodía, en el domicilio sito en calle Godoy Cruz, W. M. A. R., quien convivía con la hija de su pareja, la menor [A.V.A.D.] de entre 12 años de edad, la abrazó, la levantó y la llevó a la habitación de W., lugar en el que la posicionó boca abajo apoyada en la cama, le bajó el pantalón, se colocó atrás de la niña y comenzó a introducirle los dedos en la vagina para luego introducirle el pene. Episodio que se reiteró de manera similar hasta cuatro veces por semana durante al menos un año, en dónde W. M. A. R. le introducía sus dedos o el pene en la vagina y le practicaba sexo oral.

Finalmente, en fecha no precisada pero en el transcurso del período mencionado, en horas de la tarde, A. R., tomó a la menor, la llevó al baño de la vivienda y allí le introdujo el pene en el ano».

Para llegar a esa decisión, el tribunal valoró, entre los elementos más relevantes, las declaraciones de A. V. A. D., K.D.A.D., M D A D, E E D, L M R S, D E J, G A F C, M G S S, la Lic. Marisa Fusari y la Lic. Stella Maris Mathus. Además, la prueba instrumental debidamente incorporada: el acta de denuncia de fs. 1/6, el informe de la División Delitos contra la Integridad Sexual de fs. 10 y de fs. 37/38, el examen físico del Cuerpo Médico Forense de fs. 11, el acta de procedimiento policial de fs. 28, el acta de aprehensión de fs. 29; el acta de nacimiento de A. A. a fs. 134; el examen psíquico realizado a W. M. Á. de fs. 170/171; el examen psíquico realizado por profesionales del EDEAAS de fs. 185/186 y demás constancias de autos.

2.- El recurso de casación de la defensa

El recurso se interpone al amparo del art. 474, inc. 1 del CPP.

En función de ello se solicita la anulación de la sentencia impugnada y la absolución de su asistido; en subsidio, se requiere que se proceda a la reducción de la pena impuesta. Considera que la sentencia resulta arbitraria en tanto se ha basado tan sólo en los testimonios de cargo, por los que la condena se sustenta en la íntima convicción del sentenciante.

Por ello entiende que no existe la certeza requerida para el dictado de una sentencia condenatoria. Denuncia arbitrariedad en tanto se ha sobredimensionado el valor de las declaraciones testimoniales de las víctimas y de exámenes psicológicos con desprecio de la prueba de descargo.

En este sentido, considera que en la causa N° P- 11.214/20 no se acreditó con certeza el hecho contenido en el requerimiento fiscal de citación a juicio de fs. 198/208vta., dado que según los informes laborales de la empresa ..., el acusado se encontraba en el trabajo y, por los horarios de escolaridad de AVAD, ésta se encontraba en la escuela.

De tal manera, refiere que es imposible el acaecimiento del delito, lo que fue avalado en el debate por testigos de descargo que no fueron tenidos en cuenta. Todo ello importa, según su criterio, la existencia de duda razonable.

Sostiene que resulta dudosa la demora en exponer la denuncia por parte de las víctimas que la formularon a los años de acaecidos los hechos. Explica que no fue valorada la declaración testimonial de la abuela materna de las víctimas que refirió que el acusado era un buen hombre y que sus nietas tenían una personalidad difícil.

Expresa, además, que no existió afectación del bien jurídico protegido en tanto las víctimas no fueron sodomizadas, ni filmadas, ni se usaron «juguetes sexuales». Prueba de ello es que, una de las víctimas lleva una vida sexual normal y la otra se casó y tuvo un hijo (sic). Ello confirma, según su perspectiva que nunca existió un actuar vicioso y encaminado a entorpecer en grado supremo la lesividad del bien jurídico, aspecto que queda demostrado con los exámenes psiquiátricos sobre mi defendido que no lo tildan de psicópata sexual o de manera similar.

En la misma dirección se agravia el defensor por la denegatoria de la prueba ofrecida en la audiencia preliminar del día 20 de noviembre de 2020, consistente en un amplio examen psíquico del acusado y de las víctimas. En otro orden, considera que la pena es irracional, ilegal y violatoria del estado de derecho y, según entiende, el juzgador valoró indebidamente los artículos 40 y 41 del CP. Formula reserva de caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 6/8 del legajo, el Procurador General contesta la vista conferida y aconseja el rechazo del remedio casatorio intentado. Ello así, en tanto el tribunal de la instancia anterior se refirió a la credibilidad del relato de las víctimas con la valoración de prueba objetiva como el informe de los profesionales del EDAAS, que entrevistaron a las víctimas.

Ello denota la presencia de correlato emocional, que sus relatos tienen parámetros de credibilidad y la no detección indicadores de fabulación o influencias externas. Por otro lado, sostiene el Procurador que el acusado contó con la posibilidad de ofrecer peritos de parte o de control, por lo que no se ha conculcado derecho de defensa del encartado.

Además destaca que el juez brindó las razones por las que consideró que tanto el descargo del justiciable, como las declaraciones testimoniales de amigos y compañeros de trabajo del acusado resultaron mendaces. En definitiva, considera que el recurso no puede prosperar debido a que la parte recurrente, en su afán de mejorar la situación de su asistido, efectúa críticas y juzga el accionar de las víctimas.

Así, con alusión a supuestas contradicciones de ellas, aísla sus declaraciones con la pretensión de quitarle validez. Del mismo modo, cuestiona, sin éxito, la imparcialidad de los informes profesionales. Por lo expuesto, entiende que corresponde confirmarse la sentencia cuestionada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Puesto a resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado considero que, por los motivos que a continuación se exponen, aquel no resulta procedente.

De manera inicial y teniendo en cuenta las características del caso bajo análisis, en tanto se han investigado delitos sexuales cometidos contra víctimas mujeres y menores de edad, estimo oportuno remitirme, en lo pertinente, lo referido en los precedentes **«Teves Lucero», «Italiani», «Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa»; «Ojeda Pérez», «Vázquez Tumbarello», «Brancello», «Ortega Ragonesi», «Biscontín Tobares», «Vega»**, entre otros. Ello por cuanto entiendo que aquellas consideraciones resultan de aplicación al presente caso y han sido aplicadas por el juez de sentencia.

De manera sintética puede señalarse que la defensa, en su recurso, expone los siguientes agravios:

a) cuestionamiento de la labor del juez de anterior instancia en relación a la valoración del plexo probatorio;

b) crítica en relación con la pena impuesta a Á. R.. A

bordaré los motivos casatorios en el orden que han sido expuestos por el censurante.

En primer lugar, en relación con la valoración del plexo probatorio debe señalarse que la crítica defensiva sólo enumera de modo genérico e impreciso las pretendidas falencias en el razonamiento del juzgador mediante la invocación de contradicciones y omisiones, sin concreción alguna.

En ese sentido, dirige el embate recursivo con el cuestionamiento de las declaraciones testimoniales de las denunciadas y la errónea omisión en la valoración de los elementos de descargo; en particular, las declaraciones testimoniales de R. A. D., de N. B. D. M. y de G. N..

Asimismo, y para sostener sus críticas, refiere la demora en la realización de la denuncia. En la misma dirección se agravia el defensor por la denegatoria de la prueba ofrecida en la audiencia preliminar del día 20 de noviembre de 2020, consistente en un amplio examen psíquico del acusado y de las víctimas (orden Nº 35).

Señalo como erróneo el planteo en tanto advierto que el juez de anterior instancia no ha incurrido en omisión en la valoración de la prueba señalada por la defensa, sino que no ha otorgado el peso convictivo a los testimonios de descargo pretendido por el recurrente.

En efecto, al momento de determinar los hechos que consideró probados, las declaraciones de las víctimas K.D.A.D. y de A.V.A.D. de once y trece años respectivamente a la fecha de los hechos, encuentran un lugar preponderante en el razonamiento del juzgador.

Ello en tanto consideró que ambas declaraciones se presentaron internamente como coherentes y lógicas, a partir de la claridad del relato y su correspondencia con distintos datos que integraban sus declaraciones, lo que contribuyó a aumentar el grado de credibilidad de los mismos.

En este sentido, K.D.A.D., narró que las primeras veces el acusado la tocaba por debajo de la ropa en la zona de genitales. Que hubo dos situaciones en las que tuvo relaciones sexuales con ella. Que recordaba que ese día no había nadie en la casa. Que fue en horas de la siesta en el Barrio Que la segunda vez que sucedió fue un 28 de noviembre, cuando ella tenía quince años y era el cumpleaños de su madre. Ese día era feriado.

Aclaró también que los tocamientos eran en la vagina, que el acusado le frotaba los dedos y a veces se los introducía. No recordó de haber sentido dolor por eso, sí en cambio cuando tuvo relaciones sexuales.

Dijo también que el acusado le practicaba sexo oral. Destacó que tenía un desconocimiento total de temas vinculados a la sexualidad. Contó además que el acusado se colocaba preservativos. Finalmente señaló que ella le dijo que no quería que pasara más y no se volvieron a repetir esos episodios.

Este relato de la víctima, tan resistido por la defensa de Á. R., fue corroborado con profesionales del EDEAAS, la Lic. Ana Carolina Cucchi Arzac y el Lic. Francisco Izura (fs. 227/228), quienes no advirtieron tendencia a fabular ni manipulación ganancial de la información en K.D.A.D. y sostuvieron la existencia de un relato claro y coherente, con lógica interna, indicadores de situación y contexto, descripción de la progresión de los hechos y la narración de la existencia de un abuso sexual intrafamiliar crónico.

El correlato emocional era acorde a lo narrado. Indicaron, asimismo, que en el momento actual la víctima presentaba intensos sentimientos de angustia.

La declaración de K.D.A.D. resultó corroborada con los testimonios de L M R S, M D A, G A F C. A su vez, el testimonio de E D, madre de las víctimas (ver fs. 9). Por otro lado el juez valoró el examen psicológico del acusado practicado por la Lic. Stella Maris Mathus, junto al Dr. Profili.

En el informe respectivo se refiere que Á. R. maneja el medio y la información con fines gananciales, no respeta límites. Si bien no advirtieron trastornos en el área de la sexualidad, ni de la personalidad, se concluyó que esos rasgos se pueden transferir a la esfera sexual. De igual manera en la causa N° P-11.214/20 la víctima AVAD, narró que fue abusada por el acusado cuando tenía trece años.

Que no recordaba la fecha exacta, pero que los hechos ocurrían siempre en horas del medio día, cuando él llegaba a comer. Que en la casa no había nadie. Indicó que recordaba por episodios, que primero le tocaba su cuerpo por arriba de la ropa.

Que una vez en el comedor estaba terminando de comer, él le hablaba de cualquier cosa y comenzó a jugar como empujándola, luego la abrazó, la levantó y la llevó a su habitación.

Allí la colocó boca abajo apoyada en la cama, le bajó el pantalón, se colocó atrás y comenzó a meterle los dedos en la vagina y luego la penetró. Que el acusado Á. R. se colocó un preservativo.

Narró A.V.A.D. que a veces el acusado le introducía los dedos otras el pene o le practicaba sexo oral. **Contó que su madre no le creyó y que ella intentó suicidarse ingiriendo pastillas.** Indicó que luego se casó, y que no había tenido relaciones sexuales antes de ser abusada por el acusado. Dijo que no atinaba a pedir auxilio.

Durante su declaración testimonial en el debate oral manifestó que tenía asco y una sensación de vergüenza. Que cuando su hermana se fue a vivir con su papá ella también se fue. Que trataba de no estar nunca en la casa.

Finalmente detalló que con su esposo no tenía deseos de mantener relaciones sexuales, que hacía terapia y que al hacer la denuncia se sintió más aliviada.

Estas declaraciones testimoniales también han sido analizadas por el juzgador de modo razonado y contextualizado en función de los informes psicológicos agregados en autos y las explicaciones efectuadas en el juicio por los profesionales a cargo de su realización, quienes aportaron precisiones objetivas y claras a los relatos de las denunciadas.

En particular los profesionales del EDEAAS, la Lic. Marisa Fusari y el Lic. Agustín Agasso destacaron la credibilidad en los dichos de A.V.A.D. dada fundamentalmente en base a un relato desestructurado, espontáneo, poco lineal lo que también le aportó credibilidad.

De igual manera afirmaron en supuestos como en el analizado, son esperables que algunas víctimas tengan dificultades para recordar todo y que, en el caso de A.V.A.D., hubo conductas autolesivas, intento

de suicidio, con un nivel de angustia a raíz de las experiencias sexuales prematuras que iban a dejar marcas para toda la vida.

Destacaron las manifestaciones de llanto y ansiedad y **no advirtieron indicadores de fabulación ni mitomanía en el relato** en relación a la presente investigación. Tampoco observaron indicios de influencia externa. Así consideraron que el relato era confiable, creíble, con ubicación temporal de dicha experiencia de victimización sexual entre los once y los catorce años de edad aproximadamente (fs. 185/186).

Otro elemento probatorio relevante valorado fue **la declaración de la Lic. Mariana Gabriela Sánchez Sevilla**, que al momento del dictado de la sentencia asistía psicológicamente a A.V.A.D. A lo señalado debe sumarse que estos testimonios de ambas víctimas no aparecen aislados, también fueron corroborados por las declaraciones testimoniales de E D, M D A D, L M R, G A F y D E R J.

Este mecanismo de validación de testimonios resulta coherente y coincidente con los lineamientos que, en general, ha señalado esta Sala, en cuanto que el hallazgo de elementos periféricos que corroboren los extremos de la declaración, así como la persistencia en la incriminación, resultan criterios determinantes para otorgar credibilidad al testimonio de la víctima (ver al respecto, los precedentes «Estrella Amaya»; «Zeballes Verduguez» y «Moreira Arce», entre otros). De acuerdo con lo explicado, la crítica abstracta que la defensa formula en torno a valoración de la prueba, no resulta conducente para conmovir la conclusión condenatoria.

Ello en tanto el recurrente no demuestra en qué consiste la prueba que, a su criterio, ha sido arbitrariamente excluida, ni tampoco cuál es su incidencia decisiva para modificar el sentido condenatorio del fallo. Lo mismo puede decirse en lo relativo a que las víctimas demoraron en formular la denuncia.

Es que no advierto la incidencia de la cuestión, si considero la totalidad de la prueba valorada en su conjunto, que ha sido corroborada por elementos periféricos tal como lo he analizado en párrafos que anteceden.

Más allá de ello, debe tenerse presente que una de las características de este tipo de comportamientos delictivos es que provocan en las víctimas un proceso muchas veces prolongado hasta que se produce la develación del mismo, que conduce finalmente a la formulación de la denuncia.

De tal modo, debe descartarse el agravio sin mayores consideraciones. En el mismo sentido tampoco puede prosperar el agravio relativo a la omisión de valoración de prueba de descargo.

En este aspecto entiendo que la defensa se aparta de las constancias de la causa puesto que surge expresamente valorado por parte del juzgador de anterior instancia, aunque no de la manera pretendida por el defensor particular.

Así, el juez de la instancia previa descartó las declaraciones de N B D M y de G A N pues el informe de la firma Cata Internacional señaló que, en relación con el período comprendido entre los años 2010 y 2011, el acusado se desempeñaba laboralmente en la empresa, que se podía almorzar dentro o fuera del establecimiento y habían dos posibles turnos, uno de 13:30 a 14:15 hs. y otro de 14:30 a 15:15 hs. En esos horarios los empleados podían salir del establecimiento. Claramente este informe conjuntamente a las declaraciones de las víctimas desvirtúa las declaraciones de N y D M. Situación similar se presenta con la valoración de la declaración de R. A. D. que, en definitiva, a criterio del juez de sentencia, no aportó datos relevantes en tanto sus dichos no encontraron respaldo en elemento probatorio alguno.

Por tal motivo carecieron de la entidad pretendida por el defensor del acusado que aísla ciertos datos para, de esa manera, asignar una relevancia convictiva de la que en verdad carecen.

En lo relativo al cuestionamiento por la denegatoria de ampliación de los exámenes psicológicos del acusado y las víctimas, debe decirse que asiste razón al juez de la instancia previa en tanto cuando afirmó

que no correspondía hacer lugar a lo peticionado en tanto en el examen realizado de acuerdo a las previsiones del **art. 97 del CPP** se encontraban satisfechas las exigencias legales respectivas (ver audiencia del 20 de noviembre de 2020).

Por otra parte, debe señalarse que en esa misma audiencia la defensa, luego de que el querellante se opusiera al pedido de ampliación de los exámenes de las víctimas implicaría una indebida revictimización de ellas y que el Ministerio Público sostuviera que ello no era pertinente ni útil, desistió de su solicitud.

De tal manera, los agravios de la defensa, expuestos en este sentido, tampoco pueden ser de recibo en esta instancia.

En segundo lugar, en lo que se refiere a la calificación legal, entiendo que la pretensión no puede ser de recibo, toda vez que el defensor expone el agravio de manera genérica, sin desarrollo ni consideraciones específicas y con apreciaciones inexactas o ajenas al objeto procesal del legajo. De tal manera, la mención respecto a la ausencia de afectación del bien jurídico tutelado por la norma aplicada al caso concreto no encuentra sustento alguno en las constancias de la causa, por lo que el agravio no puede prosperar. En tercer lugar, debe decirse que el agravio relativo a la fundamentación del monto de la pena impuesta, tampoco puede ser de recibo.

Es que, en el caso concreto, la defensa resiste el monto de la pena impuesta a Á. R., a través de afirmaciones abstractas e inexactas, sin desarrollo ni correlación con las circunstancias contempladas por el juzgador en el caso concreto.

Dicho de otro modo, la defensa se limita a manifestar su disconformidad con el monto punitivo impuesto, alegando arbitrariedad y falta de fundamentación, mas no demuestra su aserto en la medida que la decisión atacada se encuentra debidamente fundada. Ahora bien, más allá de las falencias formales advertidas en la interposición del agravio, entiendo que el juez de sentencia ha considerado adecuadamente las circunstancias agravantes del caso bajo análisis.

En ese sentido ponderó, en ese sentido, la naturaleza y características de los hechos cometidos que estimó de extrema gravedad, las maniobras llevadas a cabo para la comisión de los abusos, la diversidad de bienes jurídicos protegidos que se pusieron en peligro, el aprovechamiento del ámbito de intimidad en que se produjeron.

En igual dirección tuvo en cuenta que los abusos se produjeron en la vivienda donde convivían el condenado, su pareja y además madre de las menores y sus otros hijos también menores, el dirigir sus acometimientos hacia sujetos pasivos sumamente vulnerables como lo son personas que en su momento transitaban la niñez y adolescencia, a quienes les debía un elevado nivel de respeto por esa sola circunstancia y también por el género que ostentaban las mismas.

A ello sumó la extensión del daño causado por la gravísima afectación psicológica de las víctimas, su falta de reparación.

Por su parte, el juzgador aclaró que no advertía ninguna circunstancia atenuante digna de mérito, que no fuera la falta de antecedentes computables.

De tal manera, no advierto arbitrariedad ni desproporcionalidad alguna en la labor de determinación de la pena por parte del juez de la instancia previa.

Ello más aún cuando la pena impuesta, de acuerdo con la calificación de los hechos, se encuentra más cercana al mínimo que al máximo de la escala penal correspondiente.

En conclusión, al no advertirse los vicios alegados por la defensa en la interposición de su recurso y, por lo tanto, encontrarse debidamente fundamentada la sentencia cuestionada, considero que debe ser contestada de manera negativa la primera cuestión planteada ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Coincido con la solución a la que llega mi colega de Sala en tanto considero que no asiste razón a la defensa en sus cuestionamientos vinculados con la labor de ponderación de la prueba por parte del juez de sentencia, así como las críticas de la calificación legal y el monto de pena impuesta.

Asimismo, en cuanto a las consideraciones realizadas **en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género y, en particular, cuando la/s víctima/s presenta/n una doble condición de vulnerabilidad**, por su género y por la franja etaria a la que pertenece, me remito, en lo pertinente, a lo que ya he señalado en diversos precedentes (ver al respecto, «**González Pringles**», «**Concha, Jesús**», «**Garrido Olivares**», «**Paz Parra**», y más recientemente, «**Vargas Riquelmes**», «**González Sosa**», «**Scifo Ruffini**» y «**Agüero Pérez**», entre otros). ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO, adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO, adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de W. M. Á. R..
2. Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 09 de marzo de 2022.-

3- VARGAS VERGARA. 21-03-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	Conv.	NNA	-	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=776>

Lex: Arts. 119, 2° párrafo en función con el 4° párrafo, inc. f y art. 55 del CP. Ley 26485. CDN.

Vox: VG. NNA. A.S.I..Abuso sexual gravemente ultrajante. Convivencia. Cámara Gesell. Número indeterminado de hechos. Indeterminación y derecho de defensa. Valoración de pericias oficiales y de partes.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **diez años de prisión** como autor del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por la situación de convivencia preexistente con un menor de 18 años, en un número indeterminado de hechos.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP). Estima que existió arbitrariedad en el análisis del plexo probatorio. Se agravia por la indeterminación de los hechos y su vinculación con el derecho de defensa. Por último, cuestiona la errónea aplicación de la ley sustantiva.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1.478 (07-04-21). TPC Nº 2-1° CJ.

Precedentes citados:

Sobre perspectiva de género: «Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa»; «Quiroga Morales»; «Vázquez Tumbarello»; «Ojeda Pérez», «Vega» y «Zurita».

Doctrina citada:

Unidad de Asistencia del Ministerio Público Fiscal de la Nación ante la CNCCC, Boletín de Jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional. Valoración probatoria en casos de abuso sexual infantil (ASI), Buenos Aires, Agosto 2021, p. 17 y ss.

SCJM. Dres.: **Valerio**. Adaro. Palermo.

Fallo.

CUIJ: 13-05726841-1/1((018602-756159)) FC/ VARGAS VERGARA ARMANDO JOSE P/ ABUSO SEXUAL... (756159) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105912026*

En Mendoza, a veintiuno días del mes de marzo del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 05726841-1/1 caratulada “F. C/V. V., A. J. P/ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE AGRAVADO POR LA SITUACIÓN DE CONVIVENCIA PREEXISTENTE CON UN MENOR DE 18 AÑOS (EN NÚMERO INDETERMINADO DE VECES) TODO EN CONCURSO REAL S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero, DR. OMAR A. PALERMO.

A fs. 61/71 vta. la defensa del acusado interpone recurso extraordinario de casación contra la sentencia N° 1.478 de fecha 7 de abril de 2021 (fs. 44 y vta), su rectificatoria mediante auto aclaratorio de fs. 45, y sus fundamentos (fs. 51/54) del Tribunal Penal Colegiado N° 2, dictada en Sala Unipersonal.

Esto en razón de que en ella se condena a A. J. V. V. como autor del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por la situación de convivencia preexistente con un menor de 18 años, en un número indeterminado de hechos (arts. 119, segundo párrafo en función con el cuarto párrafo, inc. f y art. 55 del CP).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

La sentencia cuestionada, en lo pertinente para la resolución del recurso interpuesto, condenó a A. J. V. V. a la pena de diez años de prisión por encontrarlo penalmente responsable de los hechos que se le atribuyeran en la causa N° P-756.159/19, calificados como abuso sexual gravemente ultrajante agravado por la situación de convivencia preexistente con un menor de 18 años en un número indeterminado de hechos. En efecto, el juez de la instancia anterior consideró acreditada la plataforma fáctica del requerimiento de citación a juicio en la que se sostuvo que «[...] en fechas no determinadas, pero entre el día 13 de enero de 2013 y hasta el mes de abril o mayo de 2019 A. J. V. V. aprovechando la situación de convivencia con la menor C.L.A, [...] siempre en horas de la noche, le puso el pene en su vagina en un número indeterminado de ocasiones. Así, la primera ocasión [...] aproximadamente entre el 13 de enero de 2013 y diciembre de 2014, cuando C. tenía entre 7 u 8 años, en circunstancias en que V. V. convivía con aquella, [...] en la vivienda ubicada frente al Barrio [...] de Las Heras mientras todos los moradores de la vivienda dormían, aprovechando que C. se levantó a pedirle que le diera agua es que la agarró, la acostó en la colchoneta, le bajó la bombacha y le puso el pene en su vagina [...]. En otra ocasión, en el mismo domicilio [...] en fecha no determinada pero cuando C. tenía 8 años y aprovechando que la madre no estaba porque se encontraba en el hospital [...] mientras sus hermanos dormían, V. V. la agarró y la tiró sobre la cama, le bajó la bombacha y le puso el pene en la vagina. Dichas conductas fueron reiteradas [...] en un número indeterminado de veces [...] siempre en horas de la noche, ocasiones en que también le tocaba los pechos a la menor y agarraba su mano para que le toque el pene no lográndolo por la

resistencia que ejercía la misma. En otra oportunidad [...] en horas de la noche el imputado acostó a C. en una colchoneta boca abajo, le bajó la bombacha e intentó introducir el pene en su ano, no lográndolo por la resistencia física que realizó la menor. [E]n otra ocasión, en horas de la tarde, cuando C. tenía entre 10 y 11 años, mientras se encontraba bañando sola, [...] V. ingresó al baño, intentó tocar a C., no lográndolo porque ésta lo empujó, ocasión en que le vio el pene [...] finalmente [...] entre los meses de abril y mayo de 2019 cuando C. tenía 13 años [...] mientras se encontraba durmiendo boca abajo, V. V. le subió el vestido, le bajó la bombacha y le puso su pene en la vagina» (ver fs. 51 y 51 vta.).

De la valoración de la prueba obrante en la causa, el tribunal de la instancia previa consideró que existían elementos suficientes para condenar al acusado por este delito.

2.- El recurso de casación

La defensa del acusado formula recurso de casación contra la sentencia arriba individualizada con fundamento en el art. 474, incs. 1 y 2 del CPP.

Esto, por considerar que el pronunciamiento cuestionado adolece de vicios in procedendo e in iudicando. Alega violación al precepto contenido en art. **416, inc. 4 del CPP y 18 de la CN –falta e insuficiencia de motivación y razón suficiente y falta de congruencia** entre acusación y sentencia–, con violación del debido proceso legal y la defensa en juicio.

Solicita la anulación de lo actuado y remisión a otro Tribunal para su respectiva sustanciación.

Invoca el **precedente “Casal” de la CSJN** y el dictamen del Procurador General en ése para sostener la amplia revisión de todas las cuestiones de hecho y de la prueba analizadas en la sentencia impugnada y referir que los vicios denunciados devienen del apartamiento de las reglas de la sana crítica racional en el fallo cuestionado.

Cita ampliamente doctrina y jurisprudencia de esta Suprema Corte de Justicia para sostener que se está ante una sentencia arbitraria, desprovista de fundamentos legales, que margina prueba legítimamente incorporada vinculante con la decisión final y que se apoya en su sola voluntad.

También cita profusa jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Corte IDH, así como tratados internacionales.

Funda dicho agravio en dos cuestiones, una relativa a la existencia del hecho y el **valor de las pericias** psicológicas en cuanto a la contraposición entre los peritos oficiales y de parte; la otra, en la indeterminación de los hechos expresados tanto en el requerimiento de elevación a juicio, como en la sentencia.

Respecto de la primera cuestión, entiende que el hecho no se encuentra probado, señalando falencias y contradicciones respecto de las declaraciones de M. E. A. –progenitora– y su hija, en orden a las circunstancias en que se produce el develamiento por parte de la menor, si a su madre o a su tío, lo que asegura no surge claramente del debate.

Agrega que, si bien los hechos han sido calificados como abuso sexual gravemente ultrajante, de los dichos de la menor surgiría la introducción del pene del acusado, mientras que de la pericia física la salud de la niña está intacta. Esta realidad fáctica implica un relato de la niña absolutamente contradictorio que no encuentra explicación y que, entiende, le permite dudar de lo ocurrido.

Afirma que, en cuanto a la valoración de los exámenes psicológicos –tanto la realizada por el CMF como la del EdeAS–, se ingresa en un terreno complejo.

Del examen del imputado y sus conclusiones, refiere que el juez lo analizó de acuerdo con una concepción lombrosiana, propia de un Derecho penal de autor.

Por su parte, y en relación con los exámenes efectuados a la menor, entiende que se parte de la errada y falaz premisa de sostener que los profesionales que integran organismos oficiales son imparciales. Por el contrario, afirma que éstos responden a los intereses del Ministerio Público Fiscal no solo ideológica sino económicamente. De ello colige que tanto el CMF como el EDeAS son organismos parciales, por lo que, si se le resta valor al perito de parte porque responde a los intereses de su contratante, en forma equivalente debería anularse el examen de aquellos profesionales.

Seguidamente, y sobre la base de lo sostenido por la Lic. Lorena Aguilera Cavagnaro en el debate en relación con que el relato de la niña se encontraba contaminado, la defensa sostiene que ello impide alcanzar la certeza necesaria para llegar a una sentencia de condena, a lo que suma la falta de indicadores de abuso sexual del imputado ratificados por el CMF.

Añade que la expresión «**en un número indeterminado de veces**», es absolutamente violatoria del debido proceso pues impide a su representado saber cuáles son los hechos de los que ha de defenderse.

El segundo motivo de agravio, subsidiario del expuesto, sin otro desarrollo, se centra en la errónea aplicación del derecho sustantivo que peticiona se corrija en esta instancia (art. 474 inc. 1 del CPP).

Cuestiona, del mismo modo, **el monto de la pena impuesta** con cita de jurisprudencia nacional acerca de la doctrina de la arbitrariedad en la individualización de la pena para justificar la admisibilidad formal del agravio. Refiere que la pena impuesta a su asistido deviene desproporcionada en relación con los hechos, aun cuando menciona un monto que no se compece con la impuesta en la sentencia mencionada.

Entiende, que tal como se alegara, la sentencia debió ser otra pues las dudas han de favorecer siempre al imputado conforme la legislación procesal y de fondo vigente y unánime jurisprudencia. En razón de ello solicita se declare nulo el fallo y se dicte sentencia absolutoria en base al art 2 del CPP.

Ello, por falta de motivación, razón suficiente y resultar violatorio del debido proceso legal y la defensa en juicio. Seguidamente cita jurisprudencia y doctrina y entiende que, dada la prueba omitida, la considerada en **forma parcializada, contradictoria y mutilada**, evidencia una insuficiente fundamentación determinante de la descalificación legal del fallo, dejando peticionado su anulación y remisión para nueva sustanciación conforme a derecho.

Finalmente hace reserva de caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General a fs. 79/81 contesta la vista de ley y, luego de analizar los agravios esgrimidos, considera que el recurso no procede sustancialmente, debiendo confirmarse la sentencia impugnada.

Con relación a los agravios de valoración arbitraria, afirma que el razonamiento jurisdiccional se ajusta a la sana crítica racional y a las reglas de la lógica y la experiencia común, basado en el derecho vigente sustantivo y convencional, considerando que la víctima de los hechos es mujer y era una niña.

Por ello entiende que en los delitos cometidos contra menores y dentro del seno familiar la valoración de la prueba debe tener mayor amplitud, con especial atención a la declaración de la víctima y la consideración de indicios graves, concordantes y serios respecto de dicha declaración y los informes psicológicos y físicos de la víctima y del imputado.

Ello, en tanto se cometen en la intimidad y los sujetos activos pueden accionar a las víctimas para que soporten indefinidamente abusos y violencia.

Analiza seguidamente el develamiento por parte de la víctima y afirma la falta de dirimencia en punto a qué persona supo en primer lugar la existencia de los hechos, aun cuando la prueba es conteste en que el mismo se efectuó en una reunión familiar en la casa de su tío y padrino.

Del mismo modo analiza respecto de la posible introducción peneana y las supuestas dudas que introduce la defensa respecto del relato de la niña, la que descarta en orden a los exámenes psicológicos de la menor.

En cuanto a las características de personalidad evaluadas que denotarían la existencia de un Derecho penal de autor, afirma que las mismas no han sido valoradas como criterios de peligrosidad sino con estricta relación al hecho cometido.

Por último, aborda la cuestión relacionada con la supuesta arbitrariedad y parcialidad de los profesionales que integran organismos oficiales y expresa que las mismas observan el principio de objetividad, que se realizan en un ámbito autónomo distinto a la instrucción y que se elaboran los informes sin ninguna intervención del Ministerio Público Fiscal.

Del mismo modo, se refiere al pago de sus salarios y a la supuesta conexión ideológica, a las que considera meras consideraciones sesgadas y personales de la defensa, sin asidero técnico alguno.

Finalmente, al considerar que no existe arbitrariedad en el razonamiento sentencial en razón de que se encuentra ajustado a las reglas de la sana crítica racional con la adecuada valoración de las pruebas obrantes en la causa, que otorgan plena certeza a la existencia de los hechos y la autoría del imputado y, siendo la aplicación del derecho sustantivo correcta, aconseja el rechazo del recurso casatorio.

4.-La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso interpuesto por la defensa, debe adelantarse que la impugnación no debe prosperar y, en consecuencia, corresponde la confirmación de la sentencia impugnada. Paso a explicarlo. La defensa plantea dos motivos de agravio.

El primero, directamente relacionado con el plexo probatorio y el análisis que del mismo hace el juez de sentencia, al que juzga arbitrario, así como la indeterminación de los hechos; por ello peticiona la nulidad de la sentencia y, en principio, la remisión para la realización de un nuevo juicio, aunque, sobre el final, solicita la absolución de su defendido.

El segundo, vinculado con la errónea aplicación de la ley que, sin mayor desarrollo, he de entender que se refiere **al art. 2 del CPP**, esto es el principio de la duda en favor V. como consecuencia del análisis de la prueba que realiza desde su óptica defensora.

a.- Arbitrariedad en el análisis del plexo probatorio. Indeterminación de los hechos.

Cabe decir, preliminarmente, que la queja en este punto no aparece sino como una mera discrepancia en orden a la valoración de la prueba.

En este sentido debe señalarse que los hechos que conforman el requerimiento de citación a juicio, y que fueron tenidos por probados en la sentencia (ver fs. 51 y vta.), acontecieron entre el mes de enero de 2013 y hasta abril o mayo de 2019; conclusión a la que llegó el juez luego de efectuar un análisis completo del plexo probatorio rendido e incorporado.

Como anticipé, entiendo que los elementos de convicción obrantes en la causa han sido valorados siguiendo los principios de la sana crítica racional, en particular la lógica y la experiencia y el sentido común.

Todo con la debida perspectiva de género que el caso amerita.

Por ello estimo que el acto sentencial cuestionado posee la motivación necesaria para ser considerado un **acto jurisdiccional válido** y, por ello, no adolece de falencias que ameriten su anulación (ver al respecto, L.S. 186-427; 153-011; 354-218; 392-94 y 397-177, entre otros).

La defensa cuestiona en primer lugar la existencia del hecho a partir del testimonio de la menor que considera contradictorio.

Ello, en base a dos situaciones. La primera, relacionada con las circunstancias en las que se produce el develamiento de los hechos. La segunda, en cuanto a las menciones de penetración que ésta habría hecho y el resultado negativo del informe físico.

En segundo lugar, centra su crítica en la indeterminación de los hechos y la violación al derecho de defensa que ello importa. El juez de sentencia afirma la existencia del hecho y comienza con el análisis del testimonio de la progenitora –M. E. A.– que es quien radica la denuncia; su tío y padrino –M. G. A.–; la esposa de éste –E. B. P.– y, por último, el abuelo de la niña –L. M. A.–, para luego detenerse en el testimonio de la niña rendido en Cámara Gesell.

Hizo lo propio respecto de los testimonios de los profesionales Mathus, Agasso, Cucci y de la perito de parte, Cavagnaro. La aparente contradicción acerca de si los hechos fueron develados por la niña C.L.A a su madre en primer lugar, o lo fueron a su tío y padrino en una reunión familiar de la que participaban también su abuelo, P., los hermanos de su madre y sus novias, sus hermanas, sobrinos, carecen de importancia práctica en relación a la efectiva existencia del hecho.

Baste para ello la atenta escucha de su propio testimonio.

En efecto, la madre de la niña refirió que fue esta última quien le contó lo sucedido un día viernes, pero luego también señaló que el domingo, en una reunión familiar, aquella también le contó a su hermano y tío de la menor.

Entonces éste le llamó a la noche y que quedaron en que cuando V. se fuera a trabajar ellos irían a hacer la denuncia (ver registro audiovisual del 05/04/2021, minutos 00:19:52 y ss).

Ello es absolutamente coincidente con lo manifestado por M. A., cuando expresó que: «[M]e enteré un día domingo, estábamos por comer un asado en la casa de mis viejos y ella [la menor] llegó rara, le pregunté qué pasaba y no me quería decir [...] se puso a llorar [...] y ahí me dijo [...]» (ver registro audiovisual del 05/04/2021, minutos 00:43:40 y ss).

Del mismo modo agregó que él se fue y habló con su esposa, pero que no les podía contar a sus hermanos y sus padres porque estaban los niños. Mencionó que fueron a votar y luego él le llamó a su hermana, refiriendo que no sabía si ella sabía y que al día siguiente hicieron la denuncia (ver registro audiovisual del 05/04/2021, minutos 00:44:54 y ss). En forma absolutamente coincidente declaró E. P. y L. A..

De tal manera y como se afirmó, la referencia de la defensa carece de relevancia alguna en orden a desacreditar el testimonio de la menor y encontrar en ello una contradicción de relevancia.

Por el contrario, las declaraciones antes mencionadas confirman la existencia del hecho y en el caso de la madre de la niña, aportan detalles de absoluta coincidencia con el relato de ésta, es especial en relación con el contexto de los hechos, el tiempo y el modo, que fueron luego relatados por ésta en Cámara Gesell. En efecto, y en relación al contenido de lo relatado por la niña, M. A. sostuvo que C.L.A. le dijo que «[...] él [V.] la estaba violando desde [hacia] un montón de tiempo [...]» (ver registro audiovisual del 05/04/2021, minutos 00:44:37) y luego agregó que no le preguntó detalles, porque «[...] es una nena, yo no quería preguntarle, no me animo a preguntarle [...]» (ver registro audiovisual del 05/04/2021, minutos 00:50:50).

A su vez, su esposa E. P. dijo que su marido salió de hablar con C.L.A. muy enojado y le dijo que V. abusaba de ella, refiriéndose a V. (ver registro audiovisual del 05/04/2021, minutos 01:02:00). Seguidamente, el juez sentenciante transcribió el relato de la víctima en Cámara Gesell, el que coincide con los hechos que configuran el requerimiento de citación a juicio.

De tal manera, la niña comenzó su relato sólo diciendo que le pidió a su mamá que no lo denunciara y que le había comentado a su padrino, «[...] me está abusando [...]» (ver registro audiovisual del 05/04/2021, parte II, minutos 01:30:30 y ss). Luego sí relató, al menos tres hechos, aunque aclaró que fueron bastantes veces pero no recordaba el número exacto (ver registro audiovisual del 05/04/2021, parte II, minutos 01:38:38 y ss).

De los hechos brindó detalles de lugar y tiempo, distintos domicilios del mismo Barrio [...], aclarando que había vivido en varios, y de los cuales especificó al menos dos, uno frente a su abuela paterna: la casa de enfrente de [...], pero siempre en el mismo barrio.

En cuanto al tiempo, en referencia a su edad, a los 7 u 8 años, luego 10 u 11 y la última vez, a los 13 (ver registro audiovisual del 05/04/2021, parte II, minutos 01:35:23 y ss). También detalló la modalidad utilizada en tanto los hechos ocurrían de noche, donde el acusado iba a su habitación, le bajaba su bombacha y le ponía su miembro en la vagina (ver registro audiovisual del 05/04/2021, parte II, minutos 01:30:30 y ss).

Agregó que una vez quiso penetrarla por el ano, que le metió la mano entre el corpiño (ver registro audiovisual del 05/04/2021, parte II, minutos 01:41:05 y ss) y que intentó tocarla mientras se estaba bañando. Añadió otros detalles, como el temor de que hiciera algo en contra de ellas, por su madre y sus hermanas, una de ellas es hija de V.

También presentaba molestia cuando los abusos se perpetraban. Destacó que pasó varias veces, que cuando se despertaba y estaba mojada, suponiendo que era semen. Todos estos detalles, junto a otros, dieron cuenta del contexto y abonaron al relato (ver registro audiovisual del 05/04/2021, parte II, minutos 01:37:05 y 01:44:50 y ss; 01:42:18 y ss; 01:48:05 y ss).

Este relato de la niña fue considerado por el juez, lógico, espontáneo, desestructurado, con esos detalles de contexto temporo-espacial y periféricos, verificándose, tal como señalara el Dr. Agasso, inexistencia de animosidad o ganancialidad en el mismo. Las notas de los profesionales, tomadas durante dicha Cámara Gesell fueron incorporadas como prueba instrumental a fs. 273/274.

Prosiguió su análisis probatorio con los testimonios de los profesionales actuantes, los que versaron sobre los informes que elaboraron. Así, el Dr. Agasso, psiquiatra y la Lic. Cucci, ambos del EDeAS intervinieron en la entrevista preliminar para posibilitar o no la toma de declaración en Cámara Gesell y en la recepción de esta última.

En sus declaraciones ambos explicaron los informes, parcialmente la Lic. Cucchi, los que fueron debidamente valorados por el juez de sentencia, pero entiendo oportuno rescatar que Agasso refirió que la niña, además de los indicadores inespecíficos, contaba con un indicador específico conductual.

El relato de la menor y otras características de éste, aportaron a su confiabilidad –progresión de los hechos, elaboración de relato inestructurado «de a golpes», con referencias corporales, temores a consecuencias, secreto, develamiento fuera del ámbito familiar esperable– (ver registro audiovisual del 06/04/2021, parte II, minutos 00:13:50 y ss).

A su vez, sostuvo que el mismo no tenía contenido fabulatorio y descartó la existencia de indicadores de influencia o factores de presión para inventar un relato o mentir para perjudicar a una persona (ver registro audiovisual del 06/04/2021, parte II, minutos 00:22:05 y ss. 00:30:40 y ss) y afirmó que la falta de recuerdo o admitir ello aportó a la veracidad, a su falta de intención de culpabilizar, a la fiabilidad, porque no buscó convencer al entrevistador, siendo esperable sobre todo en casos de abuso crónico. Lo propio hizo la Lic. Cucchi quien, además, aclaró que mantuvieron la entrevista preliminar, tomaron la Cámara Gesell y dos entrevistas más, una con la niña y otra con la madre, por separado.

Finalmente, el juez de sentencia se detuvo en el testimonio de la perito de parte, Lic. Aguilera Cavagnaro, y si bien señaló las discrepancias que ésta habría tenido para suscribir los informes de los demás profesionales que intervinieron, resaltó que no expresó que la niña mintiera.

Agregó que lo declarado por esta profesional no le resultó satisfactorio en orden a la solidez de los informes de los que integraban organismos oficiales.

En rigor de verdad, la Lic. Aguilera Cavagnaro expresó que no advertía los indicadores, en general, señalados en el informe del EDeAS. Destacó que el relato podía estar contaminado, con adiciones por problemas familiares, con enojos de parte de la mamá y de los tíos hacia el acusado.

Refirió reparos y quejas en cuanto al modo en que se lleva adelante la deliberación y posterior informe cuando comparece un perito de parte.

De igual modo, y en el tema que nos ocupa, expresamente señaló que «[...] yo no hablé de mentiras, es difícil discriminar, sino de contaminación, no puedo negar lo que ha expresado en su relato, pero pueden haber otros intereses [...] enojos, situaciones de celos que surgieron de la propia madre, del imputado, en el marco del EDeAS [...]» (ver registro audiovisual del 06/04/2021, parte II, minutos 01:25:40 y ss).

En otro orden, queda referirse a la parcialidad que la defensa denuncia respecto de los profesionales del EDeAS y del Cuerpo Médico Forense, función que no solo ha podido ser controlada a través de la facultad ejercida de proponer perito de parte sino, además, que su asistencia al debate ha permitido a la defensa ejercer su ministerio ampliamente.

De tal manera, la defensa no demuestra que dichos profesionales han faltado a su deber de objetividad en el ejercicio de su función. Debo añadir que ello no demuestra sino una diferencia lógica en el criterio de valoración de la prueba respecto del decisor en la sentencia. El segundo punto invocado por la defensa para quitar valor a la declaración de la menor, es la mención de ésta de la existencia de penetración en contraposición al resultado del examen médico.

Efectivamente del examen ginecológico efectuado por el Cuerpo Médico Forense de fs. 272 y vta., incorporado al debate con omisión de lectura, surge que la menor presentaba región genital y paragenital sin lesiones e himen íntegro y del mismo modo en la región anal y perianal. Ahora bien, el argumento de la defensa debe necesariamente contraponerse, a fin de ser contrarrestado, a la existencia de abusos sexuales crónicos, que datan desde los 7 u 8 años y se han extendido hasta los 13 años, y que, dada la modalidad, bien pudieron impactar en la psiquis de una niña pequeña con dicha significación. Téngase para ello en cuenta que P. sostiene que C.L.A contó lo que le hacía V. diciendo «me hace lo que le hace a mi mamá» (ver registro audiovisual del 05/04/2021, parte I, minutos 01:06:23).

A su vez, la niña en Cámara Gesell, refirió que «[...] lo que hizo [V.] fue bajarme la bombacha y empezar a poner su miembro [...] ello vendría a ser como a lo que se llamaría hacer el amor, algo así [...]» (ver registro audiovisual del 06/04/2021, parte II, minutos 01:30:20 y ss).

Ambos relatos no son sino una resignificación de lo vivido por la menor que no pueden, de modo alguno, ser interpretados en el sentido en que lo hace la defensa.

Al respecto, debe recordarse que la declaración de la víctima –su relato– es de fundamental importancia y que fue adecuadamente valorado por el sentenciante.

Aún cuando así no haya sido expresado en la sentencia, no se advierte sino conformidad con los criterios de valoración señalados en diversas oportunidades por esta Sala Segunda en casos como el presente, siempre con la finalidad de garantizar el principio de igualdad al garantizar el acceso a la justicia de la víctima de autos.

En este sentido y sobre los objetivos de la **ley 26.485** en cuanto al derecho de las mujeres a desarrollar una vida sin violencia, la eliminación de todo tipo de discriminación entre varones y mujeres, así como la generación de políticas para lograr estas condiciones tuve ocasión de pronunciarme en diversos precedentes («Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa»; «Quiroga Morales»; «Vázquez Tumbarello»; entre otros). Del mismo modo respecto del verdadero deber jurídico que impone la normativa para los operadores del sistema de administración de justicia en relación con la metodología de abordaje en este tipo de delitos (ver al respecto **«Ojeda Pérez»**), más cuando la víctima es una niña, doblemente vulnerable por su edad y por ser mujer (ver al respecto **«Vega» y «Zurita»**).

La indeterminación de los hechos, fue el segundo argumento que fundamenta este agravio. Ello fue así someramente enunciado, pero atado a la supuesta violación al derecho de defensa que implica desconocer los hechos sobre los que el acusado debía necesariamente defenderse. Sin embargo, no puede afirmarse ello simplemente así.

El relato de la víctima en cuanto a los abusos, que abarca un período extenso de tiempo –entre cinco y seis años– sí aportó detalles precisos en al menos tres hechos de abuso sexual gravemente ultrajante. La doctrina y la jurisprudencia admiten la punición de un número extenso de hechos en las condiciones que se denuncian en autos.

Debe recordarse que en este tipo de casos los recaudos de precisión de tiempo y lugar con que deben manejarse los acusadores ceden parcialmente ante la fenomenología del abuso sexual a menores, pues se trata de delitos que ocurren generalmente en la intimidad, realizados por personas mayores, generalmente convivientes, en forma reiterada, sin testigos, lo que dificulta la evocación precisa de los sucesos, más aún cuando la víctima es un niño o adolescente expuesto a un trauma, lo que de por sí torna compleja su reproducción.

De allí que la doctrina considera suficiente la individualización de períodos de tiempo (meses, años) que comienzan y culminan con ciertos acontecimientos (ingreso o egreso escolar, cumpleaños, mudanzas, etc), sitios (viviendas, colegios) no debiendo exigirse horas (sí, nocturnidad o no, por ejemplo) ni fechas exactas, pero sí, desde ya, modos (solo tocamientos o acceso carnal, prácticas especialmente degradantes, etc.).

También se ha sostenido que ello no implica violación al principio de in dubio pro reo y al derecho de defensa, en tanto se procure circunscribir la base fáctica en todo cuanto estos casos permiten y al imputado resistir la acusación.

Por otra parte, que **esta dificultad de precisar las circunstancias espacios temporales de la comisión del abuso, no es estrictamente un problema vinculado al principio de congruencia, sino con la posibilidad de defenderse de una acusación que se tilda de indeterminada** (ver Unidad de Asistencia del Ministerio Público Fiscal de la Nación ante la CNCCC, Boletín de Jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional. Valoración probatoria en casos de abuso sexual infantil (ASI), Buenos Aires, Agosto 2021, p. 17 y ss.).

Muchos de estos parámetros han sido mencionados por la víctima: la edad en la que los abusos sucedieron –entre los 7 u 8 años y hasta los 13–; los domicilios –varios y todos pertenecientes al Barrio [...] de Las Heras con referencias de ubicación incluso–; el momento del día en que sucedían los hechos, –a la noche–; el lugar de la casa –su dormitorio, su cama o una colchoneta cuando vivían en un solo ambiente–; la mención en uno de los hechos de una fecha importante –el cumple años de una de sus hermanas o la ausencia de su madre por encontrarse en el hospital con un sobrino internado–; y a todo ello ha de sumarse un claro relato de la modalidad utilizada por el autor. En mérito a lo señalado precedentemente

y teniendo especialmente en cuenta que la defensa no desarrolla suficientemente el agravio que articula sobre la atribución al acusado de un número indeterminado de hechos ni refiere siquiera el daño que el mismo le irroga al derecho de defensa de V..

En idéntico sentido, estimo que no puede prosperar el cuestionamiento a la pena impuesta. Si bien la defensa menciona una pena de siete años que no se compadece con la impuesta, no puedo dejar de considerar que la efectivamente aplicada se encuentra debidamente fundamentada en las disposiciones de los arts. 40 y 41 del CP y que apenas excede del mínimo legal que fuera solicitado en subsidio por la defensa.

En efecto, para arribar al monto aplicado el juez de sentencia consideró como, entre las circunstancias agravantes más relevantes que se pueden destacar, el número de abusos atribuidos al acusado en relación con una niña pequeña –al comienzo de los abusos C.L.A. tenía siete u ocho años–, así como su prolongación durante un período comprendido entre los cinco y seis años.

Asimismo, valoró como atenuantes la ausencia de antecedentes penales del acusado y su edad avanzada. Como se advierte entonces la sanción aplicada se encuentra debidamente fundamentada y, en consecuencia, el agravio expuesto por la defensa no puede prosperar.

Conforme con todo lo expuesto, entiendo que surge con certeza tanto la existencia del hecho como la autoría del acusado, en tanto los elementos probatorios han sido adecuadamente ponderados, conforme lo imponen los **arts. 206 y 409 del CPP**, esto es, en rigurosa observancia de las reglas de la sana crítica racional y de sus postulados de libre valoración de la prueba con los límites que surgen de los principios lógicos de coherencia (identidad, no contradicción y tercero excluido) y de derivación (razón suficiente) y de la experiencia común; cuyo apartamiento la censurante no ha podido demostrar.

En esa labor, el sentenciante no sólo detalló los elementos de convicción obrantes en la causa, sino que también fundó adecuadamente, con la debida perspectiva de género, el valor otorgado a ellos, luego de cotejar de modo prolijo unos con otros de manera tal de llevar a cabo una valoración integral y coordinada de aquellos, con absoluto respeto del relato de la menor víctima, objetivamente corroborado con elementos periféricos.

Al respecto debe recordarse que «el sistema de la sana crítica racional, se encuentra íntimamente relacionado con el principio de la unidad de la prueba, e impone como regla la consideración de la prueba en su conjunto, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas, que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles o imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados» (L.S. 381-233; 382-107; 388-219; 398-42)» (L.S. 401-188).

En este sentido, y en circunstancias más específicas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que «la prueba en los delitos contra la honestidad [...] resulta de difícil recolección [...]. Ello no significa que resulte de imposible investigación, ni que pueda fragmentarse la prueba [...], quitándole sustento a lo que en su conjunto lo tiene.

Todo lo contrario, habrá que valorar las pruebas teniendo en cuenta cada uno de los aspectos relevantes de la instrucción para arribar a un fallo definitivo que sea comprensivo y abarcador de los elementos de juicio recolectados» (Fallos 320:1551).

Ya he sostenido y estimo conveniente recordar que un recurso de casación que invoca la infracción a las reglas de valoración de la prueba, para lograr conmover los fundamentos de la sentencia impugnada, debe contener el análisis de todo el cuadro convictivo evaluado y, en función de éste, demostrar lo

decisivo del vicio que se denuncia. Ello porque es sabido que arbitrariedad no significa mera disconformidad con la solución adoptada por el sentenciante.

De allí que resulte inconducente una argumentación impugnativa que, desde la órbita de lo que suponen los vicios formales, se contente sólo con cuestionamientos aislados, **o que tome las pruebas de manera desconectadas, o que esgrima un defecto carente de trascendencia en una apreciación integrada de ellas.**

En tales supuestos, al no efectuarse un abordaje que agote las distintas premisas que sostienen la conclusión que causa agravio, el recurso de la defensa no logra enervar la fundamentación de la decisión del tribunal sentenciante (voto en «**Gutierrez Farfán**»).

Este análisis fragmentario y simplemente evocativo por parte de la defensa de los argumentos considerados por el juzgador, a fin de sustentar la conclusión que aquí se embate, me persuaden acerca de la improcedencia del agravio.

b- Erronea aplicación de la ley sustantiva.

b.- Sobre la pretensión vinculada a la errónea aplicación de la ley sustantiva.

En relación con este agravio, surge palmaria la orfandad argumentativa, pues el recurrente sólo lo menciona con invocación del art. 474 inc. 1 del CPP a los efectos de su procedencia, pero ni tan siquiera lo desarrolla, lo que impide a esta instancia colegir cuál es el vicio que atribuye en este orden a la sentencia, cómo se produjo y cuál es su decisividad en relación con el resultado del fallo que ataca.

Valga aclarar que cuando se alega un vicio en la sentencia, no alcanza con su mera mención, sino que es requisito que esté fundado en forma completa en cuanto a la explicación de la decisividad del agravio para permitir la labor a realizar por este Cuerpo, más cuando, como es el caso, el recurrente no ha solicitado informar el mismo en forma oral.

Más allá de lo señalado, debe decirse que no se advierte vicio alguno en la calificación legal de los hechos encuadrados por el juez de la instancia previa y que consideró acreditados en la sentencia.

Por ello, y en opinión concordante con el señor Procurador General, corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, RESUELVE:

1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de A. J. V. V.

2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.

3.- Tener presente la reserva federal efectuada.

4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

4- SEA RODRIGUEZ. 23-03-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	-	AM	-	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=779>

Lex: Arts. 119, 3° párrafo, 55 y 130, 1° párrafo del CP. Reglas 6, 7, 11 y concordantes de las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, adoptadas por Acordada Nº 24.023 de esta Suprema Corte de Justicia de Mendoza.

Vox: VG. Abuso sexual con acceso carnal, dos hechos, en concurso real con rapto. Víctima mayor. Victimización secundaria o revictimización. Consentimiento. Relevancia del testimonio de la víctima. Discapacidad motriz. Estereotipos. Ideología e instituciones patriarcales.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **ocho años de prisión** como autor del delito de abuso sexual con acceso carnal, dos hechos, en concurso real con rapto. Hizo lugar al cambio de calificación de privación ilegítima de libertad a rapto. La víctima de autos es mayor de edad, 65 años y presenta una discapacidad física motriz.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 2 CPP). Discrepa con la valoración probatoria, estimando que la prueba ha sido desoída y tergiversada con el pretexto de realizar una interpretación desde un enfoque de género y afectando el principio de inocencia, debiendo imperar el principio in dubio pro reo, a favor de su pupilo.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n°.1563. TPC Nº 2- 1° CJ.

Precedentes citados:

a-SCJM:

Debida perspectiva de género: «Torres Lucero», «Italiani», «Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa», «Ojeda Pérez», «Vázquez Tumbarello», «Brancello», «Ortega Ragonesi», «Biscontín Tobares», «Zurita», «Gómez Ayala», «Zurita», «Mejía Salvador» y «Di Césare».

Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad:

- «Molina Colodro». 25-08-21. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=652>
- Alaniz Pineda. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>

b-CIDH

Caso Rosendo Cantú vs. México. 31-08-10

https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339

Doctrina citada:

FARIÑA, Francisca - CAMPLÁ, Xaviera - NOVO, Mercedes, «Violencia Sexual contra Mujeres Adultas y Justicia Terapéutica», Victimología 26, Ed. Encuentro Grupo Editor, primera edición, p. 17.

FACIO, Alda - FRIES, Lorena, Género y Derecho, Ed. La Morada, Santiago de Chile, 1999, p. 17.

DELGADO MARTÍN, Joaquín, Guía comentada de las Reglas de Brasilia. Comentarios a las Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad, Herramientas Eurosocial N°

23/2019, COHESIÓN SOCIAL en la práctica, Programa para la Cohesión social para América latina, financiado por la UE, Edit. Programa Eurosocial, Madrid c/Beatriz de Bobadilla, 18 28040 Madrid (España)
www.eurosocial.eu

SCJM. Dres.: **Valerio.** Palermo. Adaro.

Fallo.

CUJ: c/1((018602-16728)) SEA RODRIGUEZ JUAN JOSE P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL, DOS HECHOS, EN CONCURSO REAL CON PRIVACION ILEGITIMA DE LA LIBERTAD AGRAVADA POR SER COMETIDA CON VIOLENCIA Y AMENAZAS (16728) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105941104*

En Mendoza, a los veintitrés días del mes de marzo del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 05763720-4/1 caratulada “F. C/S. R., J. J. P/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL, DOS HECHOS, EN CONCURSO REAL CON PRIVACIÓN ILEGÍTIMA DE LA LIBERTAD AGRAVADA POR SER COMETIDA CON VIOLENCIA Y AMENAZAS (16728) P/RECURSO EXT. DE CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. MARIO D. ADARO.

A fs. 78/93 la defensa del acusado interpone recurso extraordinario de casación contra la sentencia N° 1.563 de fecha 12 de mayo de 2021 y sus fundamentos del Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial, dictada en Sala Colegiada en los autos P-16728/19.

En ella se condena a J. J. S. R. a la pena de ocho años de prisión como autor del delito de abuso sexual con acceso carnal, dos hechos, en concurso real con rapto (arts. 119 tercer párrafo, 55 y 130 primer párrafo del CP).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

La sentencia cuestionada, en lo aquí pertinente, consideró acreditada la plataforma fáctica del requerimiento de citación a juicio en la que se sostuvo que «[e]l día 26 de febrero de 2019 siendo las 21 horas aproximadamente, en [...] Guaymallén, J. J. S. R. besó en el cuello a J. E. C. O., para luego tocarla en todo el cuerpo, sacarle la ropa y accederla carnalmente por vía vaginal y oral, todo en contra de la voluntad expresa de ésta, quien no pudo evitar tal situación, dado que el encartado tenía a su lado un perro de raza pitbull o similar y le había dicho que el mismo atacaba si escuchaba gritos, siendo además que la puerta del domicilio se encontraba cerrada, teniendo el sindicado las llaves consigo. Posteriormente, siendo las 8:30 horas, aproximadamente del día 27 de febrero de 2019, en las mismas circunstancias de lugar, el encartado obligó a la víctima a tener relaciones sexuales por vía oral y vaginal, para luego salir del domicilio junto con su perro y dejar la puerta abierta, circunstancia que la víctima aprovechó y pudo salir del lugar una vez que el encartado ya no estaba.».

De la valoración de la prueba obrante en la causa, y acompañada en copia la que fuera rendida en la investigación penal preparatoria, el tribunal de la instancia previa consideró que existían elementos suficientes para condenar al acusado por los delitos de abuso sexual con acceso carnal en dos hechos en concurso real con el delito de rapto.

2.- El recurso de casación

La defensa del acusado formula recurso de casación contra la sentencia arriba individualizada con fundamento en el art. 474, inc. 2 del CPP.

Luego de justificar su procedencia formal y transcribir el hecho materia de la acusación, refiere que su defendido declaró y negó el hecho que se le imputa.

En este sentido, señala que el acusado sostuvo que había entablado una relación seis meses antes con la víctima por una red social, que la conoció como C. C. y luego, personalmente a su pedido, le envió el domicilio de un antiguo compañero en Guaymallén.

Que llegó el día de los hechos en un remise a las 21:30 hs., comieron y conversaron temas familiares, que a las 23 hs. le ofreció pedirle un remise y C. dijo de quedarse, por lo que subieron a la habitación y de común acuerdo tuvieron relaciones sexuales, sin protección y sin lubricación. Añadió que ella dijo que no tenía relaciones desde hacía mucho tiempo, y que luego de las que mantuvieron, puso música y encendió la televisión.

Que al día siguiente se levantó a las 8:30 hs y fue a comprar facturas, que ella se quedó acostada, sacó el perro, llevó el desayuno para los dos y volvieron a tener relaciones.

Luego ella se bañó y bajaron, ayudándole él porque lo hacía con dificultad. Preguntó por los micros, le pidió \$ 1000 y como no tenía ese monto le dio \$ 200 para un remise, pero terminó yéndose en micro. Que luego hablaron por celular y ella le preguntó si estaba realmente solo. Agregó que, luego por Facebook, él le preguntó si estaba bien, contestando C. afirmativamente y que le planteó la continuidad de la relación. Ante su negativa porque tenía pareja, ella se enojó. Respecto del perro dijo que estuvo fuera de la vivienda y que no le dio temor, porque incluso C. lo acarició.

Detalló luego el uso de la red social a través de su celular por messenger y las características físicas de la víctima en ésta; que dicho celular quedó en poder del hijo de su ex pareja, a raíz de esta infidelidad, pero que aportó su usuario y clave para autorizar el ingreso a su cuenta, desconociendo si habían hecho cambios o borrado algo; que tenía otras cuentas de las que no recordaba la clave y que nunca puso un aviso buscando personal de limpieza.

Reiteró, en cuanto a las relaciones sexuales, que fueron consentidas, sin preservativos, que ella mencionó que no tenía relaciones desde hacía cinco años, que hubo dificultad en la penetración, pero que no le pidió que parara, ni manifestó que le doliera.

Agregó que él consideró que a ella le gustó porque tuvieron nuevamente relaciones al día siguiente y que pensó que la denuncia pudo haber sido por no darle dinero o enojo por tener pareja. Seguidamente la defensa detalla las cuatro versiones que la víctima habría dado para justificar su presencia en el domicilio del acusado y puntualiza las distintas contradicciones. La primera, en la instrucción; la segunda, en el debate; y las otras dos, ante el EdeAAs y a la testigo G. La defensa se detiene en su declaración en el debate. De ella surgiría que llegó a calle [...] para ver a una mujer que vendía ropa, que allí vio un aviso pidiendo persona para limpiar vidrios, que justo salía el acusado, le preguntó y la hizo entrar, le mostró la casa y, allí, la habría abusado. El hecho se situó con referencias al perro del acusado.

Que al otro día nuevamente la habría abusado. Negó conocerlo con anterioridad, tener teléfono celular y redes sociales. La defensa sostiene que ello es mentira pues aparecen dos perfiles de Facebook, uno a nombre de C. C. con su rostro y otro, posterior, a nombre de J. C. La defensa destaca que titubeó al ser preguntada sobre ello y que refirió que pudo haberlo creado su hija para ella, así como manejarlo.

Sin embargo, hace saber que ésta no es su contacto directo en ninguno de los perfiles. Indica otra contradicción respecto del motivo de su presencia en calle [...] –encontrarse con la persona que vendía ropa lo que le permitió ver el supuesto aviso de limpieza o un aviso de Facebook visto por una amiga de la que no tenía sus datos– como sostuvo en la instrucción. Juzga el relato inverosímil para una persona con movilidad reducida y no comparte la afirmación del tribunal de instancia la previa de que sean

contradicciones no esenciales, siendo el relato falaz desde un comienzo y carente de logicidad en contradicción con las normas del sentido común. Agrega que esas mentiras tienen una finalidad, ocultar la verdadera relación con el acusado y lo que la llevó a denunciarlo y afectan la credibilidad del testigo porque están dirigidas a ocultar la verdad. Agrega otra contradicción acerca del uso del celular, negando la víctima tenerlo, luego afirmando lo contrario y nuevamente negándolo. Refiere que ello es una nueva mentira porque una de las testigos –G.– la tiene agendada como C. y C. reconoce que le mandaba mensajes de WhatsApp y aparecía la foto de su hijo y suministró su número. Añade que C. tenía dos cuentas de Facebook demostrando manejo relativamente avanzado del celular al tener la foto de su hijo como imagen de la cuenta y aplicaciones, aun cuando negó su sobrenombre y desconoció su propia foto en el perfil de dicha red social.

A estas dos versiones, la defensa refiere que sumó otras dos distintas. La brindada por la testigo G. –que C. vio el aviso en el que necesitaban una señora para limpieza de vidrios en la red social y previo ir a la casa de una amiga, fue a esa dirección (fs. 4 y 5) donde la denunciante reconoce haberlo conocido por Facebook– y la cuarta, la que dio la Lic. Jordán del EdeAAs –que fue al domicilio de S. en busca de un trabajo para su sobrina por el comentario de una amiga que vio el cartel–. Vuelve a señalar que es inverosímil que una persona discapacitada emprenda un viaje de Maipú a Guaymallén, un sábado a la noche para una sobrina incierta e ingrese a un domicilio de un desconocido y suba a la planta alta.

En segundo lugar y luego de afirmar que las mentiras y contradicciones de C. no se limitan a cómo y cuándo conoció a S., se detiene en el relato de lo ocurrido dentro de la vivienda, y afirma que la víctima niega o modifica ganancialmente conforme sus intereses alegando ofensas para dar detalles por tratarse de una mujer mayor.

Entre ellas puntualiza que negó mantener conversaciones personales con un desconocido para luego detallar la conversación mantenida con el acusado, conteste con la declaración de éste. Del mismo modo acerca de si desayunó y se higienizó, destacando su negativa a contestar las contradicciones, la inverosimilitud de sus declaraciones dadas las condiciones de tiempo y lugar y la prueba objetiva que confirma que utilizó un toallón de la casa de S.. Se detiene luego la defensa lo que considera en mentiras y olvidos inexplicables de la testigo G., vecina y amiga de C. a esa fecha, refiriendo –en la instrucción– que la llama por WhatsApp, que vaya a su casa, que le dice que la habían violado, engañado, y que vio una rayita rosada en la bombacha y una manchita en el bidet, y luego dos rayitas de sangre en la bombacha y en el bidet.

También que refirió el nombre completo del acusado y que tenía cincuenta y cinco años. Luego en el debate, negó que la víctima se llamara C., que tuviera celular, que le mandara un mensaje por WhatsApp y afirmó que fue espontáneamente a lo de C. y vio una gran mancha de sangre en el suelo –tampoco visto por el personal policial–; para luego admitir que J. C. era C., que tenía celular y WhastApp, que la tenía agendada, que usaba remises «truchos» no pudiendo explicar la diferencia entre dos rayitas y una gran mancha de sangre, haciendo evidente la connivencia para mentir y perjudicar de ambas. Destaca que la víctima le manifestó a la Lic. Giovanna Jordán del Edeas, que la entrevistó, que iba en busca de un trabajo para su sobrina y sostuvo que el relato era confiable con indicadores de haber vivido episodios **de contenido sexual traumático pero sin estrés postraumático en curso**. Dadas las respuestas de ésta frente a las contradicciones que se le hicieron saber en el relato de C. y aun cuando manifestó que la falta de contradicciones era indicador de confiabilidad en el relato que ella escucha, entiende que la valoración de este testimonio, que intentó evadir la respuesta, es arbitraria al no considerar las contradicciones apuntadas.

Respecto del informe físico, la Dra. Herrera del Cuerpo Médico Forense conjugó la edad de la víctima y sus efectos para señalar que las lesiones presentadas no son inequívocas y necesarias de una agresión sexual sino también de un coito consentido de una mujer post menopáusica, que puede haber equimosis al menor roce y que ello se extiende a la piel de todo el cuerpo.

Por último, analizó la sentencia recurrida y sostuvo que su fundamentación no ha cumplido con los estándares legales de una sentencia condenatoria haciendo caso omiso de lo mismo que propugna, un análisis riguroso del testimonio de la víctima que dice realizar sobre **tres parámetros –ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud o concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo y persistencia de la incriminación en el tiempo sin ambigüedades ni contradicciones–.**

Afirma que se ha partido de la premisa de culpabilidad de S., analizando el testimonio bajo la premisa de «evitar su impunidad» tornando inoperante el estado de inocencia.

Reseña que la sentencia descarta de plano la explicación del acusado relativa a un móvil de venganza o el no haberle dado el dinero que le pidiera, al afirmar que dichos motivos no son razonables y son cambiantes. Añade que el uso de la falsa denuncia es algo muy difundido en el ámbito judicial y se pregunta qué otra prueba, a más del análisis detallado de su testimonio bajo las reglas de la lógica y la experiencia puede pedirse.

Plantea, seguidamente, con mención de las que considera como mentiras de la víctima y sin invertir la carga de la prueba, si el tribunal no debió dudar de dicho testimonio a la luz de lo declarado por el acusado. Del mismo modo sostiene que carece de lógica afirmar, para justificar esas mentiras y contradicciones, la falta de intención de denunciar de C., la edad y su vergüenza ante sus hijos. Esto por cuanto entiende que son insuficientes y que caen junto al resto de la prueba. Ello en tanto se trata de una mujer en pleno uso de sus facultades, adulta con dos hijos, interpretando, en contrario, que la falta de conocimiento de sus hijos y su entorno, podría interpretarse como un comportamiento extraño.

Disiente con la afirmación de la inalterabilidad del relato aun en lo medular porque lo único puesto en duda es si hubo o no consentimiento en las relaciones sexuales pues hasta el propio tribunal reconoce que fue reticente para describir las relaciones sexuales de los abusos, lo que fue salvado con la calidad de mujer mayor de la denunciante, sus problemas físicos y la inexistencia de relaciones sexuales durante un buen tiempo, prejuiciosa respecto de la sexualidad de una mujer mayor y sin consideración a dichos problemas físicos como un todo.

Para la defensa es más lógico y plausible considerar que fue a una dirección a un encuentro amistoso-sentimental y que el ocultamiento es central y no periférico, que hace a los motivos, al contexto y a la credibilidad. Entiende demostrado en el debate que C. es capaz de fabular, mentir, ocultar e inducir a otros a hacerlo.

Sostiene que no existe corroboración del relato, ni persistencia de la acusación sin contradicciones ni ambigüedades y que no cumple con los criterios que el propio tribunal dice aplicar.

En cuanto al resultado del examen físico a juicio del tribunal no compatibles con relaciones sexuales consentidas, indica que la mención a la postura imaginada por la defensa se debe a la falta de relato de C. al respecto, que no explica la razón de la ubicación de las lesiones –cara externa y anterior delantera del muslo- cuando debieron estar en la cara interna si se trataba de un intento de abrir las piernas.

Añade que hubo omisión de valoración del testimonio de la Dra. Herrera que brindó explicaciones con base en la edad de C. y compatibles con coito consentido de una mujer de sesenta y ocho años post menopáusica.

En definitiva y sobre la base de lo expuesto, sostiene la existencia de duda insuperable, por lo que el in dubio pro reo debió jugar a favor del acusado.

Así, entiende que la prueba ha sido desoída y tergiversada con el pretexto de realizar una interpretación desde un enfoque de género y afectando el principio de inocencia.

Cita para ello normativa provincial, nacional, además de los tratados y jurisprudencia interamericanos. En función ello solicita se anule la sentencia recurrida.

Finalmente, formula reserva de caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General a fs. 100/102 contesta la vista de ley y, luego de analizar los agravios esgrimidos, considera que el recurso no procede sustancialmente, debiendo confirmarse la sentencia impugnada.

Afirma que la crítica de la defensa se centra en descalificar el testimonio de la víctima con referencia a ciertas contradicciones con declaraciones anteriores y la muestra como creíble absolutamente de la declaración del imputado, pero entiende que el sentenciante ha tenido en cuenta que estos delitos ocurren en la intimidad, de ahí la relevancia que adquiere el testimonio de la víctima, citando jurisprudencia del testigo único.

Añade que, además, dicho testimonio ha sido cotejado con el resto del material probatorio para adquirir la credibilidad necesaria para el dictado de una sentencia de condena. Estima así que el sentenciante:

a) concluyó acerca de la inexistencia de ánimo de venganza de la víctima, por falta de intención de denunciar por la vergüenza que el hecho le provocaba por la edad;

b) dio tratamiento a las contradicciones con resultado acertado e incluso le dio razón a la defensa en algunas de éstas, pero lo hizo en contexto, de acuerdo con la edad de la víctima y su situación personal, las que le resultan absolutamente valederas.

Ello con apoyo científico en las declaraciones de la Lic. Jardón y el informe del EdeAAS, así como las equimosis que surgen del examen físico del Cuerpo Médico Forense. Del mismo modo se evaluó el examen psíquico del acusado. Finalmente, concluye que el planteo defensivo no es sino una discrepancia con la valoración de la prueba de cargo y un análisis aislado de la declaración de la víctima, que se ha verificado una adecuada valoración del plexo probatorio y que, por ello, la sentencia se encuentra debidamente motivada. Por ello afirma que el planteo de la defensa no puede prosperar y debe rechazarse el recurso articulado.

4.-La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Por los motivos que desarrollaré seguidamente, entiendo que el recurso de la defensa no debe prosperar y, en consecuencia, corresponde la confirmación, en su totalidad, de la sentencia impugnada.

En este sentido, he de señalar que los agravios impulsados pretenden desacreditar la convicción a la que llegara el tribunal con relación con la materialidad y la autoría de J. J. S. R. en los hechos endilgados.

Contrariamente a lo sostenido por el recurrente, entiendo que los elementos de convicción obrantes en la causa han sido valorados siguiendo los principios de la sana crítica racional, particularmente las reglas de la lógica y la experiencia y observando, asimismo, en dicho análisis la debida perspectiva de género que el caso imponía (ver al respecto, y en lo pertinente, lo que he tenido oportunidad de señalar en los precedentes «Torres Lucero», «Italiani», «Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa», «Ojeda Pérez», «Vázquez Tumbarello», «Brancello», «Ortega Ragonesi», «Biscontín Tobares», «Zurita», «Gómez Ayala», entre muchos otros).

Por ello estimo que el acto sentencial cuestionado posee la motivación necesaria para ser considerado un **acto jurisdiccional válido y, por ello, no adolece de falencias que ameriten su anulación** (ver al respecto, L.S. 186-427; 153-011; 354-218; 392-94 y 397-177, entre otros).

El recurso articulado centra su queja principalmente, en la existencia de **un relato contradictorio** que resulta de, al menos, **cuatro versiones distintas manifestadas por la víctima**.

En este sentido, el tribunal de la instancia anterior, acertadamente, entendió que la controversia, en el caso, se centra en la **existencia o no de consentimiento de la víctima en el mantenimiento de relaciones sexuales**, así como a quedarse a pasar la noche junto al acusado en el lugar de los hechos.

Por un lado, para el Ministerio Público Fiscal hubo abuso sexual con acceso carnal violento en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que surgen de los hechos reseñados en el requerimiento de citación a juicio, a las que suma la privación de la libertad.

Por otro lado, para la defensa, entiende que existieron relaciones sexuales consentidas, surgidas a través de una cita previamente concertada entre J. E. C. O. y acusado a través de redes sociales.

Aclaro desde ya que esta versión de los hechos aportada a través de las pruebas de descargo, la declaración del acusado y las pretendidas contradicciones sindicadas en las declaraciones de la víctima a lo largo del proceso, así como las que surgen de la declaración de la testigo G., que entiende no han sido suficientemente ponderadas, no son sino una reedición de los planteos desarrollados al momento de brindar los alegatos en la audiencia de debate y que no obtuvieran respuesta favorable en la sentencia.

Ello, como se analizará, no logra desvirtuar el razonamiento de los jueces de sentencia.

De los fundamentos cuestionados surge que el fundada y extensamente esta evidente dicotomía de las partes sobre en el análisis de los hechos y la prueba rendida.

Así, en un análisis completo y minucioso de todas las testimoniales, así como de la prueba instrumental debidamente incorporada, entendieron, en forma unánime, acreditada la autoría de Sea Rodríguez en el suceso criminoso.

Testimonio de la víctima

En primer lugar, afirmaron que la **principal prueba de cargo es el testimonio de la víctima J. C.**, y previamente dejaron en claro **la rigurosidad con que dicho testimonio debe ser analizado en relación a su consistencia, coherencia y congruencia con el resto del material probatorio**.

Consideraron, también las particularidades de comisión de los delitos sexuales en orden a la inexistencia, prácticamente en todos los casos, de prueba directa de los mismos.

En este sentido, se explayó, con cita de doctrina y jurisprudencia, respecto de la validez de la **declaración del testigo único** como prueba de cargo, así como si, de dicha declaración, no surgían móviles de resentimiento, venganza u otros motivos que lo hayan motivado.

Esto es, si aporta notas de verosimilitud subjetiva y objetiva. Respecto de la valoración de las condiciones subjetivas de la víctima, concluyó que no surge, salvo de la declaración del acusado, móvil de venganza, odio o resentimiento, enemistad u otro enfrentamiento o simple ánimo de fabulación.

Evaluó que los motivos aducidos por el acusado en este sentido resultaron cambiantes.

Enumeró enojo de la denunciante ante su negativa de continuar la relación porque él estaba en pareja, luego que la víctima estaba separada y su marido la maltrataba y por último que no le dio el dinero que ésta le solicitara, los que, para sostener el interés de la víctima en perjudicarlo, juzga irrazonables.

Para abonar esta falta de animosidad, se detuvo en el modo de toma de conocimiento del hecho por la autoridad policial -llamado de una vecina a la que la víctima le contó lo sucedido- y la efectiva radicación

de la denuncia, varias horas después y finalmente en su falta de intención de denunciar fundada en la vergüenza que el hecho le provocaba por su edad.

Comparto el análisis efectuado cuando el tribunal **descarta el móvil de venganza, odio o resentimiento con fundamento** en el modo en que se toma conocimiento del hecho –a través del llamado de una vecina al CEO, notitia criminis que origina el inicio de las actuaciones y el acta de procedimiento de fs. 1 y vta.-.

Efectivamente personal policial compareció al domicilio de la víctima a las 22:12 hs. del día 28 de febrero de 2019 ante el llamado efectuado al CEO, lugar en el que entrevistan, en primera instancia, a la vecina L. G., quien refirió las circunstancias del hecho que le fueran relatadas por J. E. C. O. en horas de la tarde. Encontrándose presente ésta y ante directivas impartidas por la autoridad judicial, fue trasladada para su atención por un efector sanitario.

Dicha actuación policial tuvo origen en la llamada telefónica efectuada por la víctima el día 27 de febrero a las 21:59:59 hs., conforme las constancias del CEO de fs. 15/17. Por su parte, es el mismo acusado quien refirió que la víctima, luego de retirarse del domicilio que cuidaba por su propia voluntad y donde sucedieron los hechos –relaciones consentidas en dos oportunidades-, le habría llamado por teléfono profiriéndole amenazas ante su negativa a continuar la relación.

En este orden, sostuvo en el debate que «[...] después se comunica conmigo vía teléfono, le hace el comentario de verse nuevamente, yo le dije que no, que estaba en pareja con una señora, que no le había dicho anteriormente, se enojó y me dice ya vas a ver lo que te va a pasar y me cortó [...]» (constancia audiovisual del 28.04.2021, minutos 00:10:10 y ss.).

De su relato surge que C. se retiró en colectivo, con los \$ 200 que S. le diera, luego de desayunar y de tener nuevamente relaciones sexuales, pero siempre antes del mediodía, para luego comunicarse telefónicamente a través de mensajes.

Comparto con el tribunal de la instancia previa que el lapso de tiempo que transcurrió desde que habría mantenido esta comunicación, o en su caso desde que se retirara del domicilio hasta que la autoridad judicial toma conocimiento, no aportan elementos de juicio razonables para abonar el móvil de venganza o resentimiento o de animosidad negativa que aduce en su descargo el imputado.

A ello aduna la falta de intención de radicar la denuncia que surgió de sus declaraciones motivada en la vergüenza que la situación le provocaba debido a su edad. Refiriéndose al develamiento de la situación a su vecina y amiga L. G. luego de las preguntas de ésta acerca de qué le pasaba, refirió en el debate que, «[...]ella llegó, -le decía- qué te pasa, por qué esa cara [...] de tanto llorar, hasta que me dispuse a contar [...] ella me dice tenés que hacer la denuncia, no te podés quedar así [...]» (constancia audiovisual del 28.04.2021, minutos 01:00:36 y ss.).

Más adelante y frente a algunas contradicciones que le fueron señaladas, sostuvo «[...] esa noche yo estaba como perdida, no quería hacer la denuncia, tal vez me haya equivocado al declarar [...]» (constancia audiovisual del 28.04.2021, minutos 01:13:10 y ss.).

Ello resulta compatible con lo consignado en el acta de ratificación del procedimiento policial de fs. 2 por el Oficial Pablo Goyeneche cuando declaró que al llegar al domicilio la víctima estaba un poco ida, como perdida, no pudiendo dejar de señalarse también que la recepción de la denuncia de fs. 9/10 es del día 28 de febrero a las 2:15 hs. Igualmente, la testigo L. G. refirió, en orden a la radicación de denuncia, «[...] yo la [induje] [...] vino la policía [...] fuimos a la Clínica Mano [...]» (constancia audiovisual del 28.04.2021, minutos 01:36:57 y ss.)

Del mismo modo y en referencia a circunstancias que se tratarán más adelante, surgió claramente de su declaración este sentimiento de vergüenza, dolor y pudor frente a lo acontecido (véase constancias audiovisuales del 28.04.2021, minutos 00:48:39 y ss.; 01:09:55 y ss.).

Por último, el tribunal entendió necesario analizar las contradicciones, que no soslayó y reconoció, acerca de la forma y motivo por las que concurrió al lugar y conoció al acusado, su sobrenombre «C.», el uso del celular y de Facebook, en contexto.

Así, la edad y su situación personal fueron juzgadas como una explicación razonable frente a la situación de vergüenza y ocultamiento que en todo momento adujo la víctima y que se manifestó en su negativa a denunciar, el pedido de ayuda a su vecina en lugar a familiares cercanos, y su reticencia, durante el juicio, a describir las relaciones sexuales constitutivas de los abusos.

En este sentido ha de hacerse notar que la víctima contaba con sesenta y ocho años, era una mujer mayor, que vivía sola, ama de casa, pensionada, con educación primaria, viuda desde el año 1996, que tenía dos hijos, un varón que vivía en San Martín –al que veía más seguido y una hija que residía en Lavalle–, con discapacidad motriz pues se manejaba con bastón y algunos problemas de salud vinculados a infecciones urinarias y otras dolencias respecto de las que tomaba remedios para tiroides, insuficiencia cardíaca, de columna, depresión.

Ello así de su declaración rendida en el debate, en sentido coincidente con el testimonio de L. G. y parcialmente con la declaración del propio acusado.

Dichos datos también resultaron consignados parcialmente en el informe del EDeAAS de fs. 150/151 y en el examen físico del Cuerpo Médico Forense de fs. 100.

Finalmente el tribunal sostuvo que el relato de J. E. C. O. se mantuvo inalterable en orden a lo medular del hecho, es decir la existencia de relaciones sexuales no consentidas con el acusado, así como el hecho de pasar la noche en dicho domicilio. Dicho consentimiento siempre fue negado por la víctima y, además, se sostiene, siempre hizo mención a la existencia del perro, al que describe, como elemento amedrentador.

Estimo oportuno añadir, en orden a considerar que efectivamente coincido en que la víctima mantuvo un relato inalterable en lo medular del hecho aún cuando sumamente escueto –relaciones sexuales no consentidas en dos oportunidades e imposibilidad de resistirse así como de retirarse del domicilio–, el lenguaje utilizado para referirse a ello.

Esto en razón de que es demostrativo de la perturbación que el hecho le produjo en su ánimo, el de una persona mayor, abuela, viuda, respetuosa de sus hijos, como ella misma se definió. De tal manera, luego de relatar espontáneamente cómo llega al domicilio que cuidaba S., ingresar y señalarle éste cuáles eran los vidrios que tenía que limpiar, señaló: «[M]e llevó arriba, a ver los otros vidrios, había una cama y se produjo el acto terrible que me hizo este hombre [...] y yo temerosa [...] tenía un tremendo perro que lo seguía y yo le decía “¿este perro no hace nada?” [...]. “No, usted no grite, no le va a hacer nada” y entonces, llegamos a eso [...]» (constancia audiovisual del 28.04.2021, minutos 00:42:50 y ss.). Más adelante, agregó que «[...] era un dormitorio, me tiró a la cama y abusó de mi [...]; él no me dejó salir hasta el otro día y menos mal que me dejó salir porque no sé lo que quería hacer conmigo [...]. Antes de venirme, abusó otra vez [...]» (constancia audiovisual del 28.04.2021, minutos 00:44:12 y ss.).

Ante la insistencia de las partes a fin de que brindara detalles, específicamente refirió que «[el acusado] abusó de mi genitualmente, sexo [vaginal y oral] me da tanta». Agregó a si prestó consentimiento que «[...] no, por favor, soy una mujer de setenta años, tengo nietos, bisnietos, soy una abuela, no, por favor [...]» (constancia audiovisual del 28.04.2021, minutos 00:47:00 y ss.).

Más adelante dijo: «[E]s un animal cómo abusó de mi [...]» (constancia audiovisual del 28.04.2021, minutos 00:52:30 y ss.). L. G., del mismo modo, refirió, a pesar de las contradicciones en que incurriera, que «[J. E. C. O.] me dijo que había sido violada [...], que el señor ese le había hecho mucho daño [...]» (constancia audiovisual del 28.04.2021, minutos 01:36:56 y ss.; 01:44:02 y ss.). Y ello coincide con el contenido de la llamada que ingresara al CEO de fs. 15/17 y el relato recabado en el acta de procedimiento de fs. 1.

A lo expuesto, el tribunal sumó circunstancias del relato con fuerza convictiva y razonables. Así, la existencia del perro en compañía del acusado en el interior de la vivienda y la posibilidad de ser atacada si gritaba, innecesarios si la venganza hubiera sido el motivo de la denuncia; las condiciones en que se practicaron las relaciones, sin lubricación previa y sin protección, teniendo en cuenta la edad de la víctima, las lesiones que presentaba, los problemas físicos para desplazarse y la inexistencia de relaciones sexuales durante un lapso de tiempo extenso, a la que aduna la inexistencia de lógica para la repetición de las mismas al día siguiente.

La existencia del perro, sus condiciones –tamaño y aspecto– no sólo han sido mencionados por el acusado, aun cuando éste refiriera que la víctima lo habría acariciado, sino que surge del relato de J. E. C. O., en varios pasajes de su declaración. Así, al momento de radicar la denuncia y al entrevistarse con el personal policial al que indicó que poseía un perro pitbull, campeón de concurso.

Téngase presente que esta última referencia particular y a mi criterio que aporta veracidad al relato –perro campeón de concursos– fue apuntada por el propio S. al referirse a las características del perro, propiedad de su amigo, dueño del departamento que tenía a su cuidado, P. M. (constancia audiovisual del 28.04.2021, minutos 00:32:33 y ss.). Lo propio declaró L. G.. Ciertamente es también que el acusado vira su declaración en torno al mismo.

De estar dicho perro afuera del departamento a ingresarlo y que la víctima lo acariciara, que el mismo permanecía en el patio para luego volver a sostener que, a la mañana, lo sacó a hacer sus necesidades.

Por otra parte, la explicación acerca de las lesiones que la víctima presentaba ensayada por la defensa, esto es que las relaciones sexuales consentidas pudieron ser violentas en su ejecución, no pueden ser de arribo y fueron debidamente abordada por el tribunal sentenciante.

Para ello cabe analizar no sólo el informe físico del Cuerpo Médico Forense que rola a fs. 100, del que surgen las lesiones que el tribunal detalla, sino la declaración testimonial brindada en el debate por la Dra. Herrera.

Previo, cabe señalar que fue el propio S. quien introdujo que las relaciones fueron dificultosas, sin lubricación, así como que no mantenía relaciones desde hacía mucho tiempo, aportando datos a fin de encontrar justificación a algunas de las equimosis que J. E. C. O. presentaba (constancia audiovisual del 28.04.2021, minutos 00:21:54 y ss.; 00:22:14 y ss., 00:29:03 y ss, 00:29:45 y ss.).

Del mismo modo refirió que la misma presentaba limitaciones para desplazarse. Así dijo haberla ayudado tanto a subir como a bajar las escaleras que conducían a la planta alta del departamento.

Refirió, por su parte, la Dra. Herrera, y en ello hace hincapié la defensa, que las lesiones no resultan indubitables de la existencia de abuso sexual, que pudieron resultar también de una relación sexual aun consentida pero violenta en su ejecución, dadas las características de la víctima –mujer mayor post menopáusica que presenta resequedad vaginal ante la falta de estrógenos que impide o hace más resistente dichas relaciones– (constancia audiovisual del 29.04.2021, minutos 01:08:00 y ss.).

Y agregó que, ante el menor roce, se produce enrojecimiento o edema, que se produce en la zona genital el mismo envejecimiento que en el resto del cuerpo, que la endometriosis –enfermedad que dijo tener la

víctima– no se manifiesta en la vagina y que ante relaciones sexuales podría producirse sangrado (constancia audiovisual del 28.04.2021, minutos 01:14:30 y ss.). Sin embargo, la existencia de una segunda relación sexual, a decir de la defensa consentida, se torna inverosímil en estas circunstancias físicas que presentaba la víctima: evidentes dificultades y dolor en la consumación de relaciones sexuales, que se traduce luego en las lesiones informadas, sin uso de lubricación que hubiera minorado dicho dolor, sus dificultades de desplazamiento y la ubicación de equimosis en la cara anterior de los glúteos.

Acertadamente y en última instancia el tribunal evaluó el relato de la víctima en consonancia con el informe psíquico del EDeAAS de fs. 150/151, y el testimonio de la Lic. Jardón que ratificara el mismo, y de allí se concluyó que su relato era verosímil y confiable; sin signos de manipulación ganancial, con una versión libre, espontánea y exenta de influencias externas, con indicadores de haber vivido un episodio de contenido sexual traumático, sintomatología compatible, presencia de miedo o malestar, dificultades para mantener el sueño y recuerdos de carácter traumáticos.

La mencionada profesional, ante las contradicciones en que la víctima incurrió, brindó explicaciones mencionando que su evaluación se realizó en un momento determinado, que el eje de la misma es precisamente el relato de la víctima sin contraponer el mismo y es un recorte en tiempo y espacio (constancia audiovisual del 29.04.2021, minutos 01:23:48 y ss.).

Asimismo, se refirió a la presencia del perro que amedrentara el ánimo de la víctima, las razones por las que llegó al lugar, los sentimientos de miedo y temor de que sus hijos se enteraran de lo acontecido, así como la mención del develamiento que le hiciera a su vecina L. G..

En definitiva, la valoración del testimonio de J. E. C. O. devino medular para el sentenciante y lo es también para el análisis de este Tribunal por dos razones.

La primera, guarda relación con el valor que corresponde asignar a la declaración de una víctima de abuso sexual, en tanto se trata de hechos que en un número importante de ocasiones se desarrollan en el **ámbito de la intimidad**, lo que dificulta el acceso a pruebas directas del mismo.

La segunda, se vincula con la existencia de elementos probatorios periféricos que corroboran la versión de C. En este sentido, la Corte IDH ha señalado al respecto que «[e]s evidente que la violación sexual es un tipo particular de agresión que, en general, se caracteriza por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores.

Dada la naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho» (Corte IDH, Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 31 de agosto de 2010, párr. 89).

A lo señalado debe considerarse la particular situación de vulnerabilidad de J. E. C. O. que, según entiendo, no puede dejar de ser considerada al momento de la valoración de su testimonio.

He invocado antes (ver al respecto «**Molina Colodro**») las **Reglas de Brasilia** sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, adoptadas por Acordada Nº 24.023 de esta Suprema Corte de Justicia de Mendoza.

En ellas se establece que: «[U]na persona o grupo de personas se encuentran en condición de vulnerabilidad, cuando su capacidad para prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto que les sitúe en situación de riesgo, no está desarrollada o se encuentra limitada por circunstancias diversas, para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico».

Asimismo, se añade que deben considerarse personas en situación de vulnerabilidad aquéllas que «[...] por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas

y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico» (Regla 3). Y dentro de las causas de ello enumera, «[...] la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico» (Regla 4).

Particularmente en relación con la **edad avanzada** de las personas se refiere que: «El envejecimiento también puede constituir una causa de vulnerabilidad cuando la persona adulta mayor encuentre especiales dificultades, atendiendo a sus capacidades funcionales, para ejercitar sus derechos ante el sistema de justicia» **(Regla 6)**.

En cuanto a la **discapacidad** como causa de vulnerabilidad se prevé que se entiende por aquella «[...] la deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social» **(Regla 7)**.

Por su parte, debe tenerse en cuenta que, sumado a lo referido, se encuentra en condición de vulnerabilidad «[...] aquella víctima del delito que tenga una relevante limitación para evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal o de su contacto con el sistema de justicia, o para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización. **La vulnerabilidad puede proceder de sus propias características personales o bien de las circunstancias de la infracción penal.**

Destacan a estos efectos, entre otras víctimas, las personas menores de edad, las víctimas de violencia doméstica o intrafamiliar, las víctimas de delitos sexuales, los adultos mayores, así como los familiares de víctimas de muerte violenta» **[Regla 11]**.

Así, «[e]n definitiva, el sistema judicial tiene un papel clave para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad, contribuyendo a la reducción de las desigualdades sociales y favoreciendo la cohesión social. Si se mejora su acceso a la justicia, se incrementan las posibilidades de las personas desfavorecidas de superar la pobreza y la exclusión; de esta manera, el propio sistema de justicia podrá convertirse en motor de la cohesión social [...]» **(DELGADO MARTÍN, Joaquín, Guía comentada de las Reglas de Brasilia. Comentarios a las Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad, Herramientas Eurosocial N° 23/2019, COHESIÓN SOCIAL en la práctica, Programa para la Cohesión social para América latina, financiado por la UE, Edit. Programa Eurosocial, Madrid c/Beatriz de Bobadilla, 18 28040 Madrid (España) www.eurosocial.eu).**

Todas estas disposiciones y consideraciones las considero relevantes en tanto en el presente caso nos encontramos una víctima, J. E. C. O., particularmente vulnerable en razón de su edad –sesenta y ocho años–, su discapacidad motriz, su estado de salud –pues presentaba infecciones urinarias, problemas de tiroides, insuficiencia cardíaca, inconvenientes de columna, depresión– y su condición sociocultural. Tal como señalé, esa particular situación de vulnerabilidad, debe ser tenida en cuenta, al momento de evaluar su declaración.

Así lo hizo el tribunal de la instancia anterior al entender que, en lo medular, la versión de los hechos brindada por J. E. C. O. se había mantenido durante el proceso.

En conclusión, la compulsión de los fundamentos de la sentencia demuestra que el tribunal de juicio valoró los elementos probatorios incorporados de manera adecuada y que su razonamiento no contiene vicios capaces de desvirtuar la conclusión a la que llega y comparto, acerca de la existencia de la certeza

necesaria para tener por acreditada la existencia del hecho investigado, así como la responsabilidad del acusado.

Ello así, en tanto las contradicciones que esforzadamente describe la defensa en la declaración de la víctima, mujer particularmente vulnerable, no logran conmover el razonamiento del tribunal de la instancia anterior en cuanto a la fortaleza medular del relato de la víctima y los variados elementos periféricos evaluados que lo abonan. Ello impide que prospere la pretensión de la aplicación del principio *in dubio pro reo* articulado. Por lo expuesto, y en opinión concordante con el señor Procurador General, corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión planteada. **ASÍ VOTO.**

Voto. Dr. Palermo.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Adhiero a la solución que brinda mi colega de Sala a la primera cuestión propuesta al acuerdo. Respecto de los lineamientos que deben ser observados al momento de valorar los elementos de prueba con perspectiva de género, entiendo oportuno remitirme, en lo que resulta al presente, al desarrollo realizado en los precedentes **«Zurita»**, **«Mejía Salvador»** y **«Di Césare»**, entre otros. **ASÍ VOTO.**

Voto Dr. Adaro. (Ampliatorio).

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EN VOTO AMPLIATORIO, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

Comparto los fundamentos por los cuales mi colega preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa del acusado.

En cuanto a las consideraciones realizadas en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género me remito, en lo pertinente, a lo que ya he referido en numerosos pronunciamientos (ver **«Galdeano Reyes»**, **«González Pringles»**, **«Ruiz Gutiérrez»**, **«Alaniz Pineira»** y más recientemente, **«Vargas Riquelmes»**, **«González Sosa»** y **«Scifo Ruffini»**, entre otros).

En particular, me interesa destacar los argumentos sobre los cuales el tribunal de sentencia construyó la credibilidad del relato de la víctima, no obstante las contradicciones en las que incurrió y que constituyeron objeto de agravio en esta instancia revisora.

De este modo, y en primer orden, debe señalarse que el tribunal sentenciante consideró –en razonamiento que comparto– que las aludidas contradicciones en el relato de J. E. C. eran periféricas en relación con los hechos esenciales del caso, los que se mantuvieron incólumes en las distintas manifestaciones y declaraciones prestadas por la víctima, tanto ante los organismos judiciales, como su vecina, L. G.

En segundo orden, consideró que la actitud asumida por la víctima respecto de ocultar algunos aspectos de los hechos, tales el uso de teléfono celular, tuvo por objeto evitar involucrar o que no tomaran conocimiento de lo investigado personas de su entorno familiar.

También destacó el tribunal de sentencia que tal circunstancia se encontraba corroborada por la declaración de la Lic. Johana Jardón quien señaló que «[...] la preocupación de la víctima era que sus hijos se enteraran y se perjudicaran. Resaltó la insistencia de C. sobre que ellos no supieran lo sucedido. Agregó que C. tenía pudor y dificultad para referirse a las circunstancias vinculadas con el abuso».

Con base en estas circunstancias el tribunal de la instancia previa concluyó que «[s]i uno analiza estas contradicciones en el contexto de lo ocurrido, esto es teniendo en cuenta la edad de la víctima y su situación personal, encuentra una explicación razonable a ello, pues resulta lógico afirmar que la misma sintiera vergüenza de lo ocurrido».

De tal manera, entendió que esta actitud resulta coherente con su actitud de no querer denunciar y pedir ayuda a una vecina (ver fundamentos págs. 7 y 8).

De acuerdo con lo referido se advierte la profundidad **en la afectación de la víctima de los prejuicios estereotipados en torno a su rol de madre y de mujer adulta mayor.**

Al respecto, entiendo oportuno destacar que autoras como Francisca Fariña, Xaviera Camplá y Mercedes Novo sostienen que «[e]n el proceso de revelación de la victimización sexual influyen diversos factores asociados a las características de las víctimas, del delito, de su entorno y de los valores de la cultura predominante, que conllevan que ésta pueda mostrar ciertas particularidades. Como puede ser que el testimonio presente inicialmente restricciones u omisiones [...] que éste se modifique en aspectos periféricos asociado al paso del tiempo, las distintas declaraciones y a las características del funcionamiento mnémico; e incluso, que se produzca una retracción de lo que se ha dicho inicialmente, ya sea parcial o total, debido a las presiones y dinámicas familiares, los costes y beneficios de la situación» **(FARIÑA, Francisca - CAMPLÁ, Xaviera - NOVO, Mercedes, «Violencia Sexual contra Mujeres Adultas y Justicia Terapéutica», Victimología 26, Ed. Encuentro Grupo Editor, primera edición, p. 17).**

Alaniz Pineda

En esta línea, en el precedente **Alaniz Pinera** sostuve que **el concepto de género** «[...] alude, tanto al conjunto de características y comportamientos, como a los roles, funciones y valoraciones impuestas dicotómicamente a cada sexo a través de procesos de socialización, mantenidos y reforzados por la ideología e instituciones patriarcales» **(FACIO, Alda - FRIES, Lorena, Género y Derecho, Ed. La Morada, Santiago de Chile, 1999, p. 17).**

Aclaré, además, que «[e]ste concepto, sin embargo, no es abstracto ni universal, en tanto se concreta y modifica en cada sociedad de acuerdo a contextos espaciales y temporales, y se encuentra influenciado por otras condiciones como las distintas clases, etnia, edad, nacionalidad, etc.».

Por su parte, y en atención a las particulares características del caso analizado, debe tenerse en cuenta que existen «[...] **tres grandes factores para no revelar ante fuentes formales:** no desear que otros se enteren de la victimización (miedo a la victimización), desconocer que la experiencia vivida es efectivamente un delito o una agresión sexual (esquemas cognitivos previos sobre la violencia sexual) [...] y presentar temores o preocupaciones sobre la respuesta de los operadores de justicia [...] victimización secundaria» (obra cit., pág. 19).

De tal manera, en el caso venido a resolución ante este Tribunal, entiendo que no asiste razón a la defensa respecto del valor esencial de las contradicciones en las que incurriera la víctima y que, consecuentemente, la descalificarían pues, como se dijo, aquéllas responden a la existencia de prejuicios estereotipados en torno a su rol de madre y de mujer adulta mayor.

Ello se advierte de las propias expresiones de J. E. C. cuando, por ejemplo, refirió su falta de intención de denunciar fundada en la vergüenza que el hecho le provocaba por su edad y el temor de que sus hijos se enteraran de lo acontecido.

En definitiva, a partir de las consideraciones antes expuestas advierto que el tribunal de sentencia no sólo tuvo la necesaria perspectiva de género en la valoración de los distintos elementos de juicio, sino también que tuvo en consideración en este análisis la franja etaria a la que pertenece la víctima, la que la colocaba en una especial situación de vulnerabilidad frente a hechos que lesionan derechos fundamentales de las personas. **ASÍ VOTO.**

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. **ASÍ VOTO.**

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado J. J. S. R.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

5- ITURRI. 29-03-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
	EG													
	Conv.	NNA												
VG	Par.	M	-	PCE	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=781>

Lex: Art. 125, 3° párrafo en función con el 1° párrafo, 54, 119, 1°, 2° y 3° párrafo en función con el 4° párrafo inc. b y f, 55, 92 en función con el art. 89 y 80 incs. 1 y 11 del CP. Art. 4 y 5 de la Ley 26.485. CDN.

Vox: VG. NNA. A.S.I.. Promoción de la corrupción de un menor de edad. Delito continuado. Concurso ideal. Abuso sexual gravemente ultrajante y con acceso carnal. Convivencia. Concurso real. Lesiones leves dolosas. Dos víctimas: una menor y otra mayor. Monto de la pena. Doble valoración.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **dieciocho años de prisión**, como autor de los delitos de **promoción de la corrupción de un menor de edad** agravado por la condición de guarda en la modalidad de delito continuado en concurso ideal con **abuso sexual gravemente ultrajante** agravado por el aprovechamiento de la convivencia con un menor de 18 años de edad en un número indeterminado de hechos (todos en concurso real) y **abuso sexual con acceso carnal** agravado por el aprovechamiento de la situación de convivencia con un menor de 18 años y por ser cometido por el encargado de la guarda en un número indeterminado de hechos (todos en concurso real) (arts. 125 tercer párrafo en función con el primer párrafo, 54, 119 segundo párrafo en función con el cuarto párrafo inc. f, 55 y 119 tercer párrafo en función con el cuarto párrafo inc. b y f del CP) y **lesiones leves** agravadas por el vínculo y por mediar violencia de género, todo en concurso real (arts. 92 en función con el art. 89 y 80 incs. 1 y 11 del CP en función con el art. 4 y 5 de la Ley 26.485).

En el primero de los obrados traídos a consideración, la víctima es menor de edad, y el SA es padrastro, encargado de la guarda y convivente. En el segundo de los hechos investigados, la víctima es mayor de edad y pareja del SA.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 -2 CPP). Estima que las circunstancias mencionadas para agravar la pena resultan ya agravantes en la figura legal por la que fue condenado.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1.779 (03-09-21), pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

«Córdoba, Jorge Antonio».

Doctrina citada.

Ziffer, Patricia, Lineamientos de la determinación de la pena 2ª ed., Buenos Aires, 2005, p. 137)»

CSJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo.

Fallo.

CUIJ: 13-06751604-9/1((018601-41213)) F C/ ITURRI, JUAN ANTONIO P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO Y ACUMULADO N° 727158/19 (41213/18) (41213) (727158) (727158/19) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106008459*

En Mendoza, a los veintinueve días del mes de marzo del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-06751604-9/1 caratulada "FC/I, J A P/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO Y ACUMULADO N° 727.158/19 (41213/18) (41213) (727158) (727158/19) S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero, DR. OMAR A. PALERMO.

A fs. 1 obra constancia de la interposición, por parte de la defensa del acusado, del recurso extraordinario de casación contra la sentencia N° 1.779 de fecha 3 de septiembre de 2021 y sus fundamentos del Tribunal Penal Colegiado N° 1, dictada en Sala Unipersonal de la Primera Circunscripción Judicial.

Esto en razón de que en ella se condena a J A I como autor de los delitos de promoción de la corrupción de un menor de edad agravado por la condición de guarda en la modalidad de delito continuado en concurso ideal con abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el aprovechamiento de la convivencia con un menor de 18 años de edad en un número indeterminado de hechos (todos en concurso real) y abuso sexual con acceso carnal agravado por el aprovechamiento de la situación de convivencia con un menor de 18 años y por ser cometido por el encargado de la guarda en un número indeterminado de hechos (todos en concurso real) (arts. 125 tercer párrafo en función con el primer párrafo, 54, 119 segundo párrafo en función con el cuarto párrafo inc. f, 55 y 119 tercer párrafo en función con el cuarto párrafo inc. b y f del CP) en autos N° P-41.213/18 y lesiones leves agravadas por el vínculo y por mediar violencia de género, todo en concurso real (arts. 92 en función con el art. 89 y 80 incs. 1 y 11 del CP en función con el art. 4 y 5 de la Ley 26.485) en autos N° P-727.158/19.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

La sentencia cuestionada, en lo pertinente para la resolución del recurso interpuesto, condenó a J A I en tanto consideró acreditada la plataforma fáctica del requerimiento de citación a juicio de los autos **N° P-41213/18**, en la que se sostuvo que «[...] en fecha no determinable, pero situable en época en que la víctima de autos, A.A.I. contaba con 11 y 12 años de edad durante los años 2009 y 2010 aproximadamente, [el acusado], pareja de su madre, al momento en que éste se quedaba a su cuidado en el domicilio en el cual ambos convivían, [...] [...] Guaymallén, en forma reiterada estando en su habitación accedió con su pene por la vagina de la víctima, una vez en forma completa y en otras oportunidades en forma parcial, introduciendo a su vez en reiterados oportunidades su pene en la boca de la menor, logrando que ésta le practicara fellatios, En el mismo transcurso de tiempo y en el mismo domicilio, [...] de manera reiterada y

sin poder precisar su cantidad, tocó la vagina de la menor [...] introduciéndole sus dedos y haciendo que la menor le tomara su pene y lo masturbara.».

Los mismos, durante el debate, fueron ampliados al considerar que concurría una circunstancia agravante, del siguiente modo «[...] aproximadamente desde el 23 de octubre de 2.001, cuando la víctima, A. I., tenía cuatro años de edad, hasta el 22 de octubre de 2.010, su padrastro J A I promovió la corrupción de la misma **mediante transgresiones a los límites de su sexualidad de un modo crónico y progresivo**. En [...] el mes de julio de 2.002, cuando A. tenía cuatro años de edad, en circunstancias que la niña encontraba junto a su madre y J I, en una cabaña de la localidad de El ..., Potrerillos, Mendoza, [el acusado] exhibió su pene a la niña A., manifestándole que ese era su ombligo, se masturbó delante de ella y le pidió que le tocara el pene [hechos] que se reiteraron en un número indeterminado de veces cuando la niña tenía entre cuatro y cinco años de edad, aprovechando la situación de convivencia en el domicilio [de] ..., [...] Guaymallén. Asimismo, en el mismo domicilio y cuando A.I. cumplió 5 años de edad, el 23 de octubre de 2.002, J I se metió en la cama donde dormía la niña, la tocó en sus partes íntimas por debajo de la ropa, introduciéndole sus dedos en la vagina, hechos que se reiteraron en un número indeterminado de veces. [A]proximadamente desde finales de octubre de 2.002 hasta el 2.004, hechos como los mencionados se produjeron en un número indeterminado de veces en el domicilio que J I compartía con A.I. en ..., Mendoza. Posteriormente, cuando la víctima, [...] tenía entre diez y doce años de edad, [e]ntre el 23 de octubre de 2.007 y el 22 de octubre de 2.010, en [...] ..., [...] Guaymallén, en circunstancias que la niña quedaba al cuidado de J I, en forma reiterada y en un número indeterminado de ocasiones, [el acusado] accedió con su pene por la vagina a la niña A.I., como asimismo en otras ocasiones le introdujo su pene en la boca de la niña, obligándola a que le practicara sexo oral y le introducía en la vagina de la niña un consolador. [P]ara la misma época y en el mismo domicilio, J A I, de manera reiterada y sin poder precisar la cantidad de veces, introdujo sus dedos en la vagina de la niña como asimismo obligaba a ésta a que le tocara su pene y lo masturbara.»

Asimismo, y respecto de los autos N° **P-727.158/19**, los hechos que encontraron probados fueron los siguientes: «[...] el día 02 de julio del año 2019, [a]proximadamente [a] las 14:30 hs, en el ..., [...] Ciudad de Mendoza, [el acusado] le propinó a su ex-pareja S A G dos golpes de puño en la cara causándole equimosis de un centímetro en párpado superior derecho, equimosis de un centímetro por un centímetro en párpado inferior derecho y equimosis de un centímetro por cinco centímetros en región externa de ceja derecha». De la valoración de la prueba obrante en la causa, el tribunal de la instancia previa consideró que existían elementos suficientes para condenar al acusado por estos delitos.

2.- El recurso de casación

La defensa del acusado formula recurso de casación contra la sentencia arriba individualizada con fundamento en el art. 474, inc. 2 del CPP.

Luego de justificar su admisibilidad formal con cita de jurisprudencia y doctrina en orden a la arbitrariedad en la determinación de la pena, admite que tanto la materialidad del hecho como la autoría del encartado, así como la calificación legal es la adecuada, pero que el sentenciante se apartó arbitrariamente de los parámetros fijados por el legislador y valoró desacertadamente los elementos de prueba rendidos en la causa respecto de la pena.

Transcribe las consideraciones efectuadas por el sentenciante en la Tercera Cuestión y afirma que las circunstancias mencionadas para **agravar la pena resultan ya agravantes** en la figura legal por la que fue condenado.

Así razona que el art. 119 del CP agrava la pena en cada uno de los tres primeros párrafos según la acción desplegada por el autor y regula un cuarto párrafo con agravantes respecto de la pena ante la concurrencia de dichas circunstancias. En este sentido ejemplifica con la letra a) –grave daño en la salud física y mental de la víctima–, b) –cometido por ascendiente– y f) –cometido contra un menor de 18 años aprovechando la situación de convivencia preexistente–, y afirma que por ello el legislador parte de una pena mínima equivalente al del homicidio simple de ocho años. Lo mismo refiere respecto del art. 125 del CP. Todo esto, entiende, es violatorio del principio de prohibición de doble valoración por cuanto, abusos sexuales que generalmente ocurren en la intimidad, sobre una víctima menor de 13 años, en que el agresor sexual es su progenitor o marido de la madre y conviviente y le ocasiona un grave daño a la salud mental de la víctima implican extrema gravedad y están tipificados con una pena de ocho a veinte años de prisión para el delito del art. 119 y de diez años de mínimo, para el caso del art. 125 del CP.

En mérito a ello entiende que los argumentos son exiguos para aplicar una pena que se aleja en mucho del mínimo para el concurso de delitos que es de diez años de prisión. Añade que el sentenciante ajustó la pena considerando únicamente las circunstancias fácticas y omitiendo condiciones personales del autor, tales como **arraigo laboral y personal**, trabajo estable que le ha permitido mantener a su familia, el buen concepto de compañeros y amigos y su falta total de antecedentes. Entiende que, conforme a los arts. 40 y 41 del CP, el juez debe constatar **todos los factores de culpabilidad y de prevención aplicables al caso concreto y determinar la magnitud de la pena** conforme a criterios preventivos para su medición definitiva. A su vez, la ponderación de su personalidad permite establecer la existencia de datos y una mayor o menor necesidad preventiva en el caso concreto.

La aplicación de la pena es también realización de derecho material y se halla sometida a las mismas exigencias probatorias de todo proceso penal. El art. 40 del CP determina las circunstancias agravantes o atenuantes a considerar en cada caso disponiendo el art. 41 del CP las pautas que deben valorarse.

Éste, a través de una enumeración enunciativa y explicativa, no excluye ninguno de los elementos referidos a la persona, o al hecho, dignos de ser considerados.

Sostiene que el ilícito culpable es la base de la determinación de la pena en tanto la sanción deben ser proporcional al ilícito cometido y para ello los factores generales e individuales son decisivos para la determinación del grado de culpabilidad y gravedad de la pena. Así, el juez debe valorar, luego de individualizar la figura aplicable al caso, el alcance de la lesión jurídica, la magnitud y cualidad del daño causado.

Al efecto refiere que el acusado es una persona con **una carrera militar dentro del Ejército**, que la condena y su detención le han perjudicado de manera absoluta su vida, que no tiene ningún antecedente que demuestre actitud proclive al delito, que está pronto a cumplir cincuenta años y la condena de dieciocho años lo convierte en un «muerto civil», siendo la magnitud de la pena impuesta **contraria a los fines de resocialización**, excesiva e innecesaria. Solicita se case la sentencia declarando su nulidad en cuanto a la pena por ser arbitraria e insuficiente su fundamentación y se dicte un nuevo pronunciamiento ajustado a derecho. Finalmente hace reserva de caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General a fs. 6/7 contesta la vista de ley y, luego de analizar los agravios esgrimidos, considera que el recurso no procede sustancialmente, debiendo confirmarse la sentencia impugnada. Luego de recordar la calificación legal de los hechos por el que el recurrente resultara condenado y la fundamentación de la pena impuesta, entiende que el monto de la pena no aparece como desproporcionada ni carente de fundamentación.

Cita jurisprudencia de esta Sala, puntualiza las consideraciones efectuadas por el sentenciante y afirma que la pena se **encuentra más cercana al mínimo que a la suma que los máximos** que surgen del concurso real de delitos que supera los cuarenta años de prisión. Entiende que los agravios defensivos denotan discrepancia con los fundamentos brindados los que aparecen claros y razonados habiéndose valorado, conforme el monto impuesto, la falta de antecedentes a esos efectos.

Seguidamente entiende que doble valoración no debe confundirse con las consideraciones en orden a la modalidad comisiva de los hechos en el caso concreto. Así, la cantidad y gravedad de los hechos, las maniobras desplegadas, la edad de la víctima y la circunstancia de encontrarse bajo el mismo techo, no responden a doble valoración sino a que el juez de la instancia previa explicó el *modus operandi* del justiciable para perpetrar los ataques a la integridad sexual de la menor y la edad de la víctima al comienzo de los hechos. Finalmente, al considerar que los arts. 40 y 41 del CP han sido debidamente aplicados, aconseja el rechazo del recurso casatorio.

4.-La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso interpuesto por la defensa, debe adelantarse que la impugnación no debe prosperar y, en consecuencia, corresponde la confirmación de la sentencia impugnada.

Ello por cuanto surge de autos que el juez de la instancia previa ha considerado, para fijar el monto de la penalidad, una serie de aspectos que detalla, en un todo de acuerdo con los artículos 40 y 41 del CP y **sin incurrir en la doble valoración alegada.**

Para el tratamiento del recurso promovido entiendo oportuno analizar en primer orden las constancias de autos, en particular en relación con la **naturaleza y características de los hechos** en sí que tuvieron como protagonista al acusado, los que fueron calificados en la instancia previa de extrema gravedad, así como el accionar desplegado en función del tenor de las maniobras llevadas a cabo así y la extensión del daño causado.

Efectivamente, surge del detallado tratamiento dado por el juez sentenciante a los hechos y a la prueba rendida para tenerlos por acreditados, la gravedad y cronicidad que importan los mismos, en razón de la extensión temporal en que fueron perpetrados y la modalidad en que se desarrollaron.

En este orden debe señalarse que la víctima padeció los abusos sexuales desde el año 2001, a la temprana edad de cuatro años, extendiéndose, en un número indeterminado de ocasiones, hasta el 22 de octubre de 2010. Debe destacarse que los hechos comenzaron con exhibiciones, masturbación y tocamientos hacia las partes genitales del acusado, a cuyo efecto fuera inducida la niña, y luego la introducción de los dedos en la vagina de la menor para, más adelante, abusar con acceso carnal vía vaginal y sexo oral de ella, a más de la introducción de consolador a la propia menor. Lo propio ha de señalarse en cuanto a la extensión del daño causado en cuanto a la afectación psicológica.

La prueba es abundante y en este sentido se expiden los profesionales del **Equipo de Abordaje al Abuso Sexual (EDeAAS)** –Licenciadas María Celeste Alfandari y Johana Jardón– en el informe labrado al indicar que presentaba sintomatología compatible con daños psíquico, ampliando las consideraciones en las testimoniales rendidas en el debate. Del mismo modo ello surge del testimonio de la Lic. En Psicología Sol Moreno Curri, con quien la víctima ha realizado tratamiento terapéutico. Aporta también a ello la coincidencia con las conclusiones de los peritos oficiales, de la perito de parte Lic. Mariana Magalí Muñoz. (ver considerandos 10, 19, 21, 29, 30 y 35 de los fundamentos).

La defensa sostiene que la gravedad de las conductas del encartado ya están contempladas en las figuras que le fueron endilgadas –abuso sexual agravado con acceso carnal, promoción de la corrupción y abuso

sexual gravemente ultrajante— y que toda acción que signifique una agresión sexual aprovechando el ámbito de intimidad, hacia una hijastra, en el caso, de corta edad, que obviamente se encuentra en un estado de vulnerabilidad, deban ser calificados como de extrema gravedad.

Cabe dejar sentado en principio que no todo ataque sexual siempre es realizado aprovechando un ámbito de intimidad, tampoco que lo sea en una vivienda que es compartida con otra menor, a la sazón su propia hija biológica. De tal manera que el agravio expresado en este orden no puede ser de recibo en esta instancia.

Por otra parte, debe tenerse en consideración que, al momento del inicio del comportamiento reprochado al acusado, la víctima transitaba temprana edad —cuatro años— lo que denota mayor vulnerabilidad y ello, a contrario de lo sostenido por la defensa, da cuenta de la extrema gravedad de los hechos que adecuadamente califica el sentenciante.

Debo aclarar que la circunstancia agravante de la pena valorada por el tribunal aparece expresamente consagrada en la normativa sustancial, específicamente en el **art. 41, inc. 1 del C.P.**

Con lo cual, no existe ningún impedimento para que el tribunal haya estimado que la modalidad delictiva utilizada por el acusado en la ejecución del ilícito en cuestión, **ostenta una gravedad** tal que permite per se justificar un **incremento en el grado de reproche penal**, con un correlato directo en la determinación de la pena.

Ello de manera alguna implica doble valoración de elementos que ya están establecidos en la figura legal en la que se calificaron los hechos acreditados, pues lo que se ha considerado es la intensidad con que esas circunstancias se presentan en el hecho concreto.

Determinación de la pena.

En este entendimiento se ha expedido este Tribunal donde ha señalado, con cita de destacada doctrina, que: «En muchos supuestos, las circunstancias del hecho ya constituyen el fundamento del propio tipo penal. En ese caso, la prohibición de doble valoración impide que esa característica del hecho se tenga en cuenta nuevamente. En cambio, sí es posible —y necesario— tomar en cuenta la intensidad con que esa circunstancia se manifiesta en el hecho. Por ejemplo, sería inadmisibles agravar un robo por haberse empleado **violencia** contra la víctima, pero sí podría considerarse el **grado de violencia** utilizado» (Ziffer, Patricia, **Lineamientos de la determinación de la pena** 2ª ed., Buenos Aires, 2005, p. 137) («Córdoba, Jorge Antonio»).

En otro orden, la defensa se agravia ante la omisión de analizar las condiciones personales del autor y enumera arraigo laboral y personal, que es miembro del Ejército, que dicho trabajo estable es con el que ha mantenido a su familia, que cuenta con buen concepto general de compañeros de trabajo y amigos, a lo que debe sumarse necesariamente la falta total de antecedentes penales.

Añade también el perjuicio que ha ocasionado a su vida su situación de detenido así como que el monto de la pena, dada la edad que ostenta, lo convierte en un «muerto civil».

Ello en atención a la prevención especial y la resocialización del condenado. En relación con la crítica debe decirse que no ha existido omisión de sentenciante a la hora de evaluar las condiciones personales de I. Contrariamente, ha concluido que únicamente debía valorarse en su favor la carencia de antecedentes penales porque no advertía ninguna otra circunstancia atenuante relevante.

Ello en nada convierte en arbitrario el razonamiento, aun cuando sea adverso a las peticiones de la defensa.

En este sentido debe tenerse en cuenta que «[...] si bien es cierto que los criterios normativizados en el art. 41 del Código de fondo constituyen criterios que el juez debe seguir para delinear la pena que

considere adecuada al injusto penal, no por ello deben ser utilizados todos los allí nombrados puesto que, en el caso concreto, pueden no estar presentes.

En este sentido se expide el art. 40 en cuanto establece que, al momento de condenar, los tribunales deben hacerlo «de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso» (ver al respecto, «**Córdoba, Jorge Antonio**»).

Por otra parte, la defensa omite señalar de qué modo la condición cultural y laboral del acusado, desempeño como miembro del Ejército con el que ha mantenido a su familia o la edad que posee – cincuenta años–, hubieran permitido atenuar la pena.

Por el contrario, esas **son circunstancias que bien pudieron motivarlo en favor del cumplimiento de la norma**, particularmente en virtud de su condición de pareja de la progenitora de la víctima y padre biológico de su hermana menor.

A lo referido debe agregarse que los dieciocho años impuestos por los reiterados abusos sexuales con acceso carnal y promoción de la corrupción agravados, objeto de estos obrados, han sido válidamente fijados entre los límites previstos en la escala penal, resultando dicha penalidad mucho más cercana a su mínimo –diez años– que al máximo superior a los cuarenta años, establecido por la ley penal (arts. 55, 119 y 125 del Cód. Penal).

Finalmente es necesario destacar **la diversidad de bienes jurídicos** que se pusieron en peligro en los diversos hechos que han sido investigados.

Ello, en tanto no puede soslayarse que I. no sólo ha sido condenado en los autos N° P-41.213/18, sobre los que ha centrado su crítica el recurso articulado, sino además en los autos N° P-727-158/19 –**lesiones leves agravadas por el vínculo y por mediar violencia de género, siendo la víctima de éstos la madre de la menor del primero de los autos referenciados**–.

En definitiva, **la motivación de la penalidad es suficiente a los efectos del mantenimiento de la sentencia como acto procesal válido, no adoleciendo de falencias que impliquen su anulación.**

Ello, a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido de que tales defectos, para conllevar esa extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177); lo que en autos de acuerdo a lo precedentemente desarrollado, no ocurre. Por ello, y en opinión concordante con el señor Procurador General, corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA.

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado J. A. I..
- 2.- Tener presente la reserva federal efectuada.
- 3.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro. DR. OMAR A. PALERMO Ministro. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

6- MALDONADO QUIROGA. 29-03-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	Padre Conv.	NNA	-	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=782>

Lex: Art. 119, 2°, 3° y 4° párrafo inc. b y f, 55 del CP.

Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual gravemente ultrajante y con acceso carnal. Vínculo. Convivencia. Doble valoración. Pluralidad de víctimas.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **diecisiete años de prisión** como autor de los delitos de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo y por ser cometido contra un menor de dieciocho años de edad aprovechando la convivencia preexistente en un número indeterminado de veces (todos en concurso real) y abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo y por ser cometido contra un menor de dieciocho años de edad aprovechando la convivencia preexistente en un número indeterminado de veces (todos en concurso real) (arts. 119 tercer párrafo en función con el cuarto párrafo, letras b y f y 55 del CP). La primera víctima fue abusada desde los 6 hasta los 8 años. La segunda víctima, desde los 5 hasta los 10 años de edad. Ambas hijas del SA.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP). Estima que el dictum censurado ostenta motivación aparente y cuestiona por infundada, la pena impuesta. (Art. 40, 41 CP y 155 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó el recurso de casación. Resaltó respecto al art. 40, al momento de condenar, los tribunales deben hacerlo «de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso».

Resolución cuestionada: Sentencia n°.1787 (09/09/21) TPC Nº 1-1° CJ.

Precedentes citados:

a-SCJM

«Córdoba, Jorge Antonio».

Doctrina citada.

Ziffer, Patricia, Lineamientos de la determinación de la pena 2ª ed., Buenos Aires, 2005, p. 137)»

SCJM. Dres.: **Valerio.** Palermo. Adaro.

Fallo.

CUIJ: 13-06757157-0/1((018601-10404)) F C/ MALDONADO QUIROGA, MARCELO FRANCISCO P/ ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106013682*

En Mendoza, a los veintinueve días del mes de marzo del año veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 06757157-0/1 caratulada “F. C/M. Q, M. F. P/ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE S/CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. MARIO D. ADARO.

A fs. 1 consta que la defensa del acusado interpone recurso extraordinario de casación contra la sentencia N° 1.787 de fecha 9 de septiembre de 2021 y sus fundamentos del Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial, dictada en Sala Unipersonal.

En ella se condena a M. F. M. Q. a la pena de diecisiete años de prisión como autor de los delitos de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo y por ser cometido contra un menor de dieciocho años de edad aprovechando la convivencia preexistente en un número indeterminado de veces (todos en concurso real) y abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo y por ser cometido contra un menor de dieciocho años de edad aprovechando la convivencia preexistente en un número indeterminado de veces (todos en concurso real) (arts. 119 tercer párrafo en función con el cuarto párrafo, letras b y f y 55 del CP) en autos N° P-10.404/19 y P-30.241/19.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

La sentencia cuestionada, en lo pertinente, consideró acreditada la plataforma fáctica del requerimiento de citación a juicio en autos N° P-10.404/19 en la que se sostuvo que «[e]n fecha no precisada pero aproximadamente desde el año 2013 [y] hasta el año 2015, desde que G. F. M. tenía 6 años y hasta que cumplió 8 años, en [...] el ..., [...] de ..., [el acusado] en un número indeterminado de veces y cada dos o tres días, tocaba por debajo de la ropa a la misma (su hija) en la zona de la vagina, el ano y los pechos.

Asimismo, y con la misma periodicidad referida, el incuso accedió carnalmente vía vaginal a la mencionada a partir del año 2015 hasta el 2016, cuando la víctima tenía 8 años hasta que cumplió nueve años aproximadamente, en el domicilio referido anteriormente».

Del mismo modo, encontró acreditados los hechos investigados en los autos que N° P-30.241/19, según los cuales «[e]n fechas no precisadas pero aproximadamente desde el año 2010 [y] hasta el año 2015, en [...] el Barrio ..., [...] de ..., Maipú, y también en ciertas ocasiones, en un campo cuya ubicación se desconoce, [el acusado] en un número indeterminado de veces, pero casi diariamente, tocó por debajo de su ropa a su hija Y. M. A. M., quien en ese entonces tenía 5 y 10 años de edad, en la zona de la vagina y el ano, obligando a la menor a que le tocara su pene, como asimismo la accedió carnalmente vía vaginal».

De la valoración de la prueba obrante en ambas causas, el tribunal de la instancia previa consideró que

existían elementos suficientes para condenar al acusado por estos delitos a la pena de diecisiete años de prisión.

2.- El recurso de casación

La defensa del acusado formula recurso de casación contra la sentencia arriba individualizada con fundamento en el art. 474, incs. 1 y 2 del CPP. Refiere, respecto a la inobservancia de la ley sustantiva, la violación de las normas contenidas en los arts. 40 y 41 del CP.

Asimismo, y en relación con la inobservancia de las normas procesales, la vulneración del art. 155 del CPP, al entender que el dictum censurado ostenta motivación aparente.

Luego se detiene en justificar la admisibilidad formal del recurso articulado con cita de normas constitucionales y de los tratados internacionales en orden al derecho a la doble instancia y la garantía de un examen integral de la decisión recurrida, entre las que debe incluirse la pena impuesta.

Cita, asimismo, jurisprudencia nacional e interamericana. En cuanto al motivo casatorio vinculado con la violación de las disposiciones de los arts. 40 y 41 del CP, considera que los fundamentos de la sentencia han sido expresados en forma insuficiente, global, genérica y con omisión de elementos decisivos.

Añade que si bien el sentenciante ha proyectado las agravantes, ellas no se encuentran fundadas ni valoradas al establecer la pena, se aleja notoriamente del mínimo legal y no demuestra el peso que las mismas tienen en el total de la pena.

Así. la edad y la escasa instrucción –casi analfabeto y primitivo– de acusado que **debieron impactar positivamente en la graduación de la pena**, en función del mínimo legal de ocho años de prisión, no pudiendo de modo alguno considerarse atenuante la referencia al tipo de delito cometido, tal como realiza sin configurar ello doble valoración.

Entiende que el tribunal se equivoca al descartar las atenuantes acreditadas dando mayor peso a las agravantes. Ello violenta, en el orden del principio de legalidad, la regla de preferente interpretación restrictiva al momento de estimar una perspectiva de pena a imponer y no funda acabadamente el por qué de su intensidad.

Entiende que por ello la sentencia es nula, que adolece de motivación pues transgrede el art. 155 del CPP al dosificar la pena arbitrariamente, por lo que solicita se case la sentencia y se mesure la misma aplicando el mínimo legal.

Finalmente hace reserva de caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General a fs. 6/8 contesta la vista de ley y, luego de analizar los agravios esgrimidos, considera que el recurso no procede sustancialmente, por lo que debe confirmarse la sentencia impugnada.

Señala que si bien la defensa critica el monto de la pena impuesta, en función de la calificación de los hechos por los que resultó condenado el acusado, la pena impuesta no aparece desproporcionada ni carente de motivación.

Agrega que el tribunal tuvo en cuenta las características ejecutivas del delito, las relaciones parentales de los protagonistas, la edad de las víctimas, y aclaró que volver a ponderar estos elementos no implicaba doble valoración.

También consideró las circunstancias atenuantes, que puntualizó, y entendió que fueron computadas y resultaron relevantes al cuantificar la pena en orden al marco legal a disposición.

Así, afirma que la pena impuesta no aparece como desproporcionada ni arbitraria sino ajustada, en cuanto al tipo y cantidad, a la prevista en abstracto para los delitos por los que resultó condenado el acusado.

De tal manera, los agravios defensivos denotan una discrepancia con los fundamentos brindados que aparecen claros y razonados y que la **pretendida doble valoración** no debe confundirse con las consideraciones relativas a la modalidad comisiva, apreciación necesaria para imponer una pena justa. Por ello entiende que los arts. 40 y 41 del CP han sido debidamente aplicados por el tribunal de la instancia anterior, no encontrándose vicios que ameriten la revocación de la sentencia, por lo que corresponde su confirmación.

4.-La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Por diversos motivos, que desarrollaré seguidamente, entiendo que el recurso de la defensa no debe prosperar y, en consecuencia, corresponde la confirmación, en su totalidad, de la sentencia impugnada. De manera preliminar, corresponde tener en cuenta que el ámbito de la determinación de la pena «[...] si bien es cierto que los criterios normativizados en el art. 41 del Código de fondo constituyen criterios que el juez debe seguir para delinear la pena que considere adecuada al injusto penal, no por ello deben ser utilizados todos los allí nombrados puesto que, en el caso concreto, pueden no estar presentes.

En este sentido se expide el art. 40 en cuanto establece que, al momento de condenar, los tribunales deben hacerlo «de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso» (ver al respecto, «**Córdoba, Jorge Antonio**»).

En el caso en análisis el juez de la instancia previa ha considerado, para fijar el monto de la penalidad, una serie de aspectos que detalla, en un todo de acuerdo con los artículos 40 y 41 del Cód. Penal.

Para ello delimitó la escala penal y consideró que las circunstancias agravantes legales ya habían sido consideradas en el tipo endilgado y estaban contenidas en el marco situacional en que ocurrieron los hechos.

En el análisis probatorio completo y debidamente razonado realizado por el sentenciante, y que lo llevara a tener por debidamente probados los hechos y la autoría en cabeza del acusado, los que no han sido cuestionados en esta instancia por la defensa, destacó el grado de vulnerabilidad de las víctimas, en este caso niñas de escasa edad, en los que se detuvo suficientemente.

Entiendo entonces que la mención a las agravantes utilizada por el tribunal en orden al marco situacional, es decir al hecho concreto, aparece expresamente consagrada en la normativa sustancial, específicamente en el art. 41, inc. 1 del CP. Con lo cual, no existe ningún impedimento para que el tribunal haya estimado que la particular modalidad delictiva desarrollada por el acusado en la ejecución del ilícito en cuestión, ostenta una gravedad tal que permite per se justificar un incremento en el grado de reproche, con un correlato directo en la determinación de la pena.

Ese marco situacional que refiere y la pena elegida, me permite concluir que el mismo ha considerado la intensidad con que esas circunstancias se presentan en el hecho concreto, decidiendo en mérito a ello la cuantía de la misma.

En este entendimiento se ha expedido este Tribunal donde ha señalado, con cita de destacada doctrina, que: «En muchos supuestos, las circunstancias del hecho ya constituyen el fundamento del propio tipo penal. En ese caso, la prohibición de doble valoración impide que esa característica del hecho se tenga en cuenta nuevamente. En cambio, sí es posible –y necesario– tomar en cuenta la intensidad con que esa circunstancia se manifiesta en el hecho. Por ejemplo, sería inadmisibles agravar un robo por haberse empleado violencia contra la víctima, pero sí podría considerarse el grado de violencia utilizado» (**Ziffer, Patricia, Lineamientos de la determinación de la pena 2ª ed., Buenos Aires, 2005, p. 137**)» («**Córdoba, Jorge Antonio**»).

Por su parte, la defensa se agravia ante la afirmación del sentenciante de la concurrencia de atenuantes. Ello así por cuanto entiende que no ha demostrado el peso que éstas tienen para alejarse del mínimo legal de ocho años de prisión, ni la incidencia en mayor o menor medida de éstas sobre los agravantes.

Entiendo que no ha existido, como se afirma, una simple estimación dogmática o mero cálculo matemático, pues si tenemos en cuenta que se trata de dos causas en las que se han investigado hechos diversos, con dos víctimas diferentes, a la sazón hijas del acusado de muy corta edad, con calificaciones jurídicas equivalentes, es porque el sentenciante ha razonado, a mi modo de ver adecuadamente, respecto de dichas circunstancias.

Cierto es que en sentido contrario a las peticiones de la defensa. Además, la defensa omite señalar de qué modo las condiciones personales que refiere hubieran permitido atenuar aún más la pena y por qué razón la misma debería compadecerse con el mínimo legal.

Destaco que aquélla sólo se limita a enunciar un vicio en la motivación de la pena pero no otorga precisiones respecto al efecto, ni sugiere una hipótesis alternativa sustentada en los elementos incorporados al debate.

Finalmente debe decirse que los diecisiete años impuestos por los reiterados abusos sexuales con acceso carnal y gravemente ultrajantes, ambos agravados, objeto de estos obrados, que se traducen, como se dijo, en dos causas con dos víctimas diferentes, válidamente fijados entre los límites previstos en la escala penal, resultando dicha penalidad mucho más cercana a su mínimo que al máximo establecido por la ley penal (arts. 55 y 119 del Cód. Penal).

En definitiva, la motivación de la penalidad es suficiente a los efectos del mantenimiento de la sentencia como acto procesal válido, no adoleciendo de falencias que impliquen su anulación. Ello, a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido de que tales defectos, para conllevar esa extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177); lo que en autos, de acuerdo a lo precedentemente desarrollado, no ocurre. Por lo expuesto, y en opinión concordante con el señor Procurador General, corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo y Dr. Adaro. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO y MARIO D. ADARO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado M. F. M. Q..
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

7- METRAL OSORIO. 20-04-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	Conv.	NNA	-	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=815>

Lex: Art. 119, 3° y 4° párrafo inc. f. del CP. Ley 26485. CDN.

Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual con acceso carnal. Convivencia. Víctima menor.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **ocho años de prisión**, como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual agravado por haber sido cometido contra una persona menor de dieciocho años de edad aprovechando la situación de convivencia pre existente (art. 119 tercer y cuarto párr. inc. f del CP). El SA era pareja de la madre de la menor, con quienes convivía.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 475 CPP). Sus agravios son: 1- en relación con el informe pericial realizado sobre la declaración de la víctima prestada en Cámara Gesell, cuestiona la ausencia de valoración de dos criterios del sistema aplicado y denuncia la **errónea aplicación de la técnica EGSR** por haber sido autoaplicada. 2-refiere la **ausencia de valoración de los aspectos de la personalidad de la víctima** especificados por la perito de parte que desacreditarían la posibilidad de ocurrencia del suceso denunciado por la niña. **Credibilidad de la menor** 3-El **momento del develamiento**. cuestiona respecto de la declaración de la niña víctima, que mencionara el sometimiento a la práctica de sexo oral recién en la instancia de la Cámara Gesell y no con anterioridad al develar el hecho. 4- Asimismo, haber presentado un **relato estructurado** y la expresión de detalles que no fueron corroborados por el acusador público.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n°.1386 TPC N° 1. 2° CJ.

Precedentes citados:

a-SCJM :

Ver «Mejía Salvador» «González Pringles», «Concha, Jesús», «Garrido Olivares», «Paz Parra», y más recientemente, «Vargas Riquelmes», «González Sosa», «Scifo Ruffini» y «Agüero Pérez», entre otros.

Ver «Morales Quiroga», «Cruz Caporiccio», «Ojeda Pérez», «Vázquez Tumbarello», «Narvárez Videla», «Brancello Urbón», «Vega», «Zurita» y «**Montenegro Fisigaro**».

Precedentes relacionados

Ver Agüero Pérez. 25-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=777>

SCJM. Dres.: **Palermo.** Adaro. Valerio.

Fallo.

CUJ: 13-05764042-6/1((028601-712013)) FC/ METRAL OSORIO FERNANDO P/ ABUSO SEXUAL SIMPLE AGRAVADO (712013) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105941288*

En Mendoza, a los veinte días del mes de abril del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13- 05764042-6/1 caratulada “F. c/ M. O. F. P/ ABUSO SEXUAL SIMPLE AGRAVADO S/ CASACIÓN”. De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO.

La defensa de F. A. M. O. interpone recurso de casación contra la sentencia n°1386 dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial de Mendoza que lo declaró penalmente responsable por el delito de abuso sexual agravado por haber sido cometido contra una persona menor de dieciocho años de edad aprovechando la situación de convivencia pre existente (art. 199 tercer y cuarto párr. inc. f del CP) y lo condenó a la pena de ocho años de prisión en la causa n° P-72013/19.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La sentencia de condena ha tenido por acreditado el hecho de conformidad con la acusación fiscal, según la cual «[e]n la ciudad de, en fecha no precisada con exactitud pero para la primer[a] quincena de mes de agosto de 2018 en horas del atardecer, en circunstancias en que el Sr. F. A. M. O. se encontraba en el interior de la vivienda que ocupaba con su pareja y la hija de ésta – M. A. G. y [S.A.M.], respectivamente–. Sito en calle, estando a solas con la niña, y más precisamente en su habitación, llama a la menor, cuando esta acudió al llamado, M. le pidió que le hiciera masajes en el cuerpo, y luego le pidió a la niña que se acostara en la cama que le haría masajes él a ella, una vez recostada, M. aprovechando la situación de convivencia preexistente así como la inmadurez sexual de la niña, le practicó tocamientos en las partes íntimas de la menor, comenzado por las piernas hasta llegar a los glúteos, y luego en los senos, cesando el accionar del imputado debido a que la víctima se retiró a su habitación[...]». «[Encontrándose la menor en su propia habitación, M., aprovechando la situación de convivencia preexistente así como la inmadurez sexual de la niña, se hizo presente en la habitación de la menor y se colocó al lado de la cama de ésta, acto seguido se bajó los pantalones, le preguntó a la menor si alguna vez lo había hecho, contestando ésta que “no”, que nunca lo había hecho, que no le gustaba, que no quería intentarlo y mucho menos con él, el imputado haciendo caso omiso a los dichos de la víctima, le agarró la cabeza e introdujo su pene en la boca de la menor, antes de eyacular se retiró al baño pidiéndole a la niña que lo acompañara y una vez allí le exhibió como lo hacía diciéndole “para que veas como acaba un hombre”, luego de ello pasados unos minutos, y habiéndose retirado la víctima a su habitación nuevamente, M. le manifestó que no dijera nada, porque si lo hacía él iba a ir preso, y todo lo que habían construido se iba derrumbar, que además si él iba preso también iba a ir presa su madre y ella se quedaría sola y perdería todo».

Para así resolver, el Tribunal Penal Colegiado valoró las declaraciones del acusado, de la víctima (producida en Cámara Gesell), de M.A.G., A.Z., R.L., M.L., M.M., X. L. y las de las profesionales Ivana Peralta – Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario–, María Goretti Juri –perito de parte–, Marcela Scaramuccia y Fabiana Boererhausen –psicólogas tratantes de la víctima–, entre los elementos probatorios más relevantes.

2.- Recurso de casación

La defensa de F.A.M.O. interpone recurso de casación contra la sentencia de condena de conformidad con los arts. 475 y 480 del CPP en virtud de considerar que la valoración desarrollada es arbitraria y no se sustenta de acuerdo a las pruebas producidas en el juicio. Las críticas a la sentencia pueden ser sintetizadas en las siguientes.

En primer lugar, y en relación con el informe pericial realizado sobre la declaración de la víctima prestada en Cámara Gesell, cuestiona la ausencia de valoración de dos criterios del sistema aplicado y denuncia la errónea aplicación de la técnica EGSR por haber sido autoaplicada.

En segundo lugar, refiere la ausencia de valoración de los aspectos de la personalidad de la víctima especificados por la perito de parte que desacreditarían la posibilidad de ocurrencia del suceso denunciado por la niña.

En tercer orden, cuestiona respecto de la declaración de la niña víctima, que mencionara el sometimiento a la práctica de sexo oral recién en la instancia de la Cámara Gesell y no con anterioridad al develar el hecho.

Asimismo, haber presentado un relato estructurado y la expresión de detalles que no fueron corroborados por el acusador público. De tal manera, la defensa señala que el relato carece de credibilidad.

En cuarto lugar, objeta la ausencia de valoración de la declaración de la Lic. Boererhausen.

De tal manera, la defensa alega que existe una colisión de la forma de valoración e interpretación que ha efectuado el Tribunal Penal Colegiado en la sentencia con diversos tratados internacionales.

Así, considera que **se ha afectado el principio de inocencia prevaleciendo la normativa internacional para prevenir, erradicar y sancionar la violencia de género.**

Finalmente, hace reserva de caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General dictamina a fs. 6/9 vta. de las presentes actuaciones.

Si bien estima procedente el recurso desde el punto de vista formal, considera que corresponde rechazar los cuestionamientos desarrollados por la defensa contra la sentencia de condena. En este sentido, afirma que la sentencia resulta ajustada a la sana crítica racional, basada en el derecho vigente sustantivo y convencional y al plexo probatorio desarrollado durante el debate.

Refiere que el hecho se encuentra suficientemente probado por el relato de la denunciante, el que examinado por peritos desde la psicología manifiestan que es **probablemente creíble por poseer 17 de los 19 criterios evaluativos**, a lo que se suman **indicadores emocionales y alteraciones** comportamentales coherentes con el hecho.

Entiende que las críticas al informe de Cámara Gesell constituyen **opiniones personales de esa parte procesal, sin rigor científico**, por lo que no constituyen una impugnación al informe.

Destaca, además, que **no existió tampoco oposición de la perito de parte.**

Respecto de los cuestionamientos a la valoración de las declaraciones testimoniales, la defensa sólo presenta una interpretación diversa a la expuesta en la sentencia sin explicar el error que implicaría su anulación.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Puestos en consideración los motivos de agravio expuestos por la defensa del acusado M.O., adelanto mis conclusiones en el sentido de que no corresponde hacer lugar al recurso interpuesto y, en consecuencia, debe confirmarse la sentencia de condena dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción.

Ello a tenor de los argumentos que serán expuestos a continuación.

En primer término entiendo pertinente destacar que el recurso de casación reitera los planteos efectuados durante la etapa de alegatos por esa parte procesal y que han sido debidamente abordados y desarrollados en la sentencia de instancia anterior.

Los agravios expuestos **girán en torno a la credibilidad del relato expuesto por la víctima** durante su declaración en Cámara Gesell, debido a críticas internas de lo descripto en sí mismo y contrastado con otras declaraciones testimoniales producidas durante el debate, por una parte, y la forma de realización y valoración de diversos exámenes realizados a la víctima, por otra.

A ello se agrega un tercer cuestionamiento relativo a la **preeminencia de aplicación de algunos tratados internacionales por sobre otros, en desmedro del acusado.**

En segundo orden, considero oportuno destacar que en casos como el presente es importante tener presente que la normativa nacional e internacional impone la incorporación de la perspectiva de género al momento de ponderar el plexo probatorio de autos y atribuir la calificación jurídica correspondiente a los hechos denunciados en casos en los que una mujer es víctima de violencia sexista, siendo la violencia sexual un claro ejemplo de ello.

En este sentido, **una perspectiva integral en relación a los criterios de interpretación, establecidos en la ley 26.485** exhorta a los operadores judiciales a que al momento de tener por acreditado un hecho ocurrido en contexto de violencia de género, valoren todas las presunciones que se construyan a través de **indicios graves, precisos y concordantes (“Mejía Salvador”)**.

Como bien puede ser apreciado de las constancias de la causa la adolescente S.A.M., de 15 años de edad, prestó declaración en fecha 14 de junio de 2019 bajo la modalidad de Cámara Gesell, y de conformidad con lo establecido por la normativa procesal provincial (arts. 240 bis, 240 ter y 240 quater del CPP). Según consta en el acta, se realizó en presencia del fiscal a cargo de la investigación, la profesional psicóloga del Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario de General Alvear –Lic. Ivana Peralta–, la Asesora de Menores e Incapaces –Dra. Nora Guajardo–, la defensora del acusado –Dra. Carina Oliva– y la perito de parte especializada en psicología –Lic. María Goretti Juri–.

Durante su declaración S.A.M. mencionó que al momento de la situación de abuso sexual convivía con su madre y la pareja de ella y especificó tres hechos.

El primer suceso que describió fue haber recibido, con una anterioridad no mayor a dos años, mensajes de WhatsApp de M.O. con emojis «de carita de enamorado y un corazón». Luego, y sobre ello, el acusado explicó que había sido una confusión al enviar a la destinataria el mensaje.

El segundo hizo referencia a que se encontraba sola con M. O. en la vivienda que residían cuando comenzó a preguntarle si ya había comenzado a tener relaciones sexuales y «[...] si alguna vez, me había masturbado, y todo eso y después me dijo cómo tenía; o sea, me dijo que lo tenía que hacer, porque era algo normal.

Que él también lo hacía, con la edad que tiene, todavía lo sigue haciendo. Después me puso videos en el televisor, y me mostró cómo se tenía que hacer diciéndome con señas [...] él lo hacía con las manos, pero sin tocarme.

Y me obligó, o sea, yo estaba tapada, y él me dijo que yo metiera las manos, que no me iba a ver, pero que yo lo hiciera. Y yo le decía que no, que no me gustaba, que no me sentía cómoda haciéndolo.

Él me decía que lo siguiera haciendo, que lo hiciera, que era lindo.

Como todavía no había tenido relaciones, que era bueno que lo hiciera. Entonces yo metía la mano abajo de la frazada. Ponía la mano en la pierna, y me quedaba ahí. Y yo le decía que si, que me gustaba, porque estaba asustada, no sabía cómo estar».

En relación con el tercer suceso explicó que estando sola con el acusado en la casa ubicada en Avenida, la llamó para se acercara hasta la habitación de él y le pidió que le hiciera masajes.

Que a continuación le dijo que le haría masajes él a ella y, luego de pedirle que se levantara la remera del pijama y estando ella acostada boca abajo, comenzó a hacerle masajes por todo el cuerpo.

En particular en las piernas y en la zona de la cola, describió «[...] me hacía masajes y me tocaba y se iba. Como que la primera vez, lo hizo así apenas tocó, rozó, después otra vez y cada vez lo iba haciendo más... y me empezó a hacer masajes en el culo. Y después me dijo que diera vuelta. Me empezó a hacer masajes en la panza, también me tocó las tetas. Después me siguió haciendo masajes y se fue más abajo también. Me dijo que me sacara el pantalón y yo le dije que no, que no quería que me hiciera masajes ahí, porque no era necesario. Le dije que me quería ir a acostar.

Estaba todo el tiempo tensa, estaba nerviosa, estaba muy incómoda, yo creo que se dio cuenta, pero no le importó». Mencionó que luego de los masajes, comenzó a preguntarle si había tenido relaciones sexuales y si se masturbaba, a lo que le respondió que no. Detalló que la hizo acostar y él se acostó a su espalda, «[...] me trajo, me arrastró un poquito, y él pasó su mano por acá arriba... por delante de mi cadera y me empezó a tocar, a querer masturbar. Yo le decía que se saliera, que me sentía incómoda y me decía que bueno pero quedate tranquila.

Después no sé cómo salí de ahí y me fui a mi pieza». Mencionó que le envió un mensaje a su madre preguntándole su hora de regreso al hogar pero que no obtuvo respuesta. Según su declaración M. O. ingresó a la habitación de la víctima, que se encontraba acostada en su cama, y le pidió que se sentara a su lado. Describió que en ese momento «[...] cuando llegó, se bajó los pantalones y me volvió a preguntar si yo alguna vez había chupado y le dije que no, que nunca lo había hecho y que no me gustaba, que no quería intentarlo y mucho menos con él. Después me agarró la cabeza, no era así violento, pero me agarró la cabeza y me empujó y me hizo que se lo chupara.

Después de eso yo me salí y él empezó a masturbarse. Cuando necesitaba acabar me dice: vamos al baño, para que veas como acaba un hombre. Entonces me llevó al baño, se puso en el lavamanos y me ahí me mostró.

Me dijo si quería tocar, le dije que no quería». Posteriormente hizo referencia a que momentos después M.O. le dijo que no dijera nada sobre lo que había ocurrido porque si no él terminaría preso y que también podría pasarle a su madre, por lo que perderían toda convivencia construida.

En relación con las críticas defensivas a los hechos denunciados por la víctima, entiendo que el Tribunal Penal Colegiado ha respondido adecuadamente cada una de ellas y ha valorado correctamente la declaración, con la importancia debida para la acreditación de los sucesos investigados.

De la observación de la declaración de la víctima bajo la modalidad de Cámara Gesell se advierte un relato detallado y contextualizado con clara descripción de los sucesos abusivos de índole sexual.

Respecto la crítica defensiva acerca de que no hizo mención del acceso carnal por vía bucal a todas las personas a quienes develó los sucesos que había llevado a cabo el acusado y que lo realizó en una segunda instancia –cronológicamente hablando–, **comparto la valoración expuesta por el Tribunal Penal Colegiado sobre que ello no desacredita que el hecho haya ocurrido.**

Ello en tanto explican que «[...] la adolescente **ha mantenido en forma constante su versión relativa al autor de los hechos abusivos, así como sus características fácticas centrales.**

Así, la única diferencia en la información suministrada a sus interlocutores radica en el puntual resultado del acceso carnal por vía bucal, informado sólo a alguno de ellos, en especial a quien debía expresar la completa verdad en virtud de un deber jurídico (fiscales, jueces, peritos, etc.).

Es obvio en este sentido, y enteramente razonable, que las circunstancias del **sexo por vía oral** no haya sido comunicado todas las personas allegadas, teniendo en cuenta el **carácter repulsivo y vergonzoso de la vivencia**, que ninguna víctima soportaría ventilar en forma indeterminada salvo que deba hacerlo en virtud de obligación legal».

Entiendo que es correcta la apreciación efectuada por el tribunal decisor y que desde la ampliación de la denuncia realizada –luego de haber iniciado tratamiento psicológico y haber podido expresarle a su padre la totalidad de los hechos padecidos– la víctima ha descrito clara y detalladamente el hecho de acceso carnal por vía bucal.

Al respecto, debe señalarse que las declaraciones de la víctima en instancia de Cámara Gesell resulta de un valor fundamental en tanto es el momento en el aporta mayor cantidad de detalles explicando, en un entorno cuidado y acompañada por expertas profesionales los hechos vivenciados.

Así las cosas, y vinculado con el planteo de la defensa, en qué momento el ex novio de la víctima y su amiga tomaron conocimiento de los hechos no desacredita su existencia, sino que ello **sólo desvía la atención para poner en duda la credibilidad de la adolescente.**

En el mismo sentido debe resolverse la crítica relativa al recuerdo específico de la fecha en que la Lic. Boererhausen citó tanto a la víctima como a su padre para que este último tomara conocimiento del acceso carnal vía bucal, develado por la víctima. La Lic. Boererhausen comenzó a acompañar terapéuticamente a la víctima desde que expuso lo sucedido a su padre y luego de realizada la primera denuncia.

En este orden, debidamente el Tribunal valoró que «[...] el desajuste sobre la fecha en que el progenitor toma conocimiento del acceso carnal, por tratarse de **imprecisiones provenientes de terceros ajenas a la víctima, no constituye un elemento con impacto en su contundente declaración**, sobre todo porque la propia adolescente informó sobre el momento en que comenzó a visitar a la psicóloga [...] a diferencia de [ésta], la adolescente dijo que comenzó el tratamiento en el mes de septiembre u octubre, circunstancia que posibilitaría el acceso de la información al progenitor y explicaría la imprecisión».

Esto encuadra cronológicamente con la ampliación de la denuncia en la que se informó el abuso sexual con acceso carnal. Por su parte, el tribunal de sentencia agregó que la Lic. Boererhausen se encontraba internada por un tratamiento oncológico, recuperando su sistema periférico debido a la quimioterapia, y por ello carecía de registros de las entrevistas, lo que explica la confusión de fechas.

En tercer lugar, estimo que tampoco corresponde hacer lugar a los cuestionamientos expuestos sobre los exámenes realizados sobre la declaración de S.A.M. en Cámara Gesell.

En efecto, la defensa descalifica los informes realizados por la Lic. Peralta –profesional del C.A.I.– por la ausencia de valoración de dos criterios de los diecinueve del método denominado CBCA –integrante del

sistema de evaluación de la validez de las declaraciones– y una defectuosa aplicación –según refiere– de la técnica EGSR.

Respecto del **método denominado CBCA** y la valoración de sus criterios, **desacierta la defensa en su crítica toda vez que de la declaración de la profesional en el debate se aprecia de forma clara la explicación** acerca de cómo desarrolló la aplicación de la técnica sobre lo dicho por la víctima y cómo se realiza la valoración de cada uno de los diecinueve criterios de credibilidad.

Explicó que dichos criterios componen cinco categorías y se evalúa de acuerdo a la presencia o ausencia de ellos. Especificó que la primera categoría analiza las características generales del relato.

Allí se presentó como criterio condicionado el denominado «elaboración no estructurada» –uno de los que no se contabilizó cómo presentes–.

La profesional explicó que se evaluó como condicionado en razón de que «[...] ella plantea un relato en un principio [...] muy estructurado, que se notaba en un principio que existía cierta influencia externa ya que comenzó describiendo los hechos como tres hechos [...]. Luego a medida que avanza la instancia declarativa ella brinda un relato con características propias para su edad y sus características cognitivas. Lo que quiere decir que ya no estaba tan estructurada, empieza a mezclar los hechos, tiene digresiones en torno a lo cronológico, lo que es esperable».

Expresó que la circunstancia de que la adolescente ya había hablado con el abogado que la acompañó a presentar la denuncia y había escrito los hechos padecidos le había permitido ordenar los sucesos y es lo que se advirtió al inicio de su declaración en Cámara Gesell.

A ello agregó que el criterio que se advirtió ausente es el denominado «complicaciones inesperadas», pero explicó que simplemente fue algo que la adolescente no describió.

De la aplicación de dicha técnica pudo concluir que el relato era probablemente creíble y expresó que ello se deducía principalmente por haberse presentado el criterio de «elaboración no estructurada» de forma condicionada.

De tal manera, la crítica defensiva no se condice con lo expresado por la perito en su informe ni en su declaración en el debate.

Pero, además, no logra invalidar ni demostrar el pretendido error de la valoración del informe por parte del tribunal de instancia anterior, según la cual «[l]a reunión de tantos criterios de credibilidad en el testimonio de la adolescente no hacen más que confirmar la verificación de las pautas de valoración de la credibilidad del relato previstas en la Guía de Buenas Prácticas de Unicef antes citadas (pag. 61), en cuanto destacan la credibilidad del relato cuando resulta espontáneo, efectúa una descripción detallada y lo hace por partes más que todo de una vez, narrando hechos verosímiles por resultar plausibles y físicamente posibles, y con descripción de circunstancias características de una situación de abuso sexual».

En el caso de la técnica EGSR y la forma en la que fue aplicada, es decir, la autoaplicación para que fuera respondida por la víctima de forma directa, entiendo que ello no impone la invalidez del informe.

Sobre la cuestión la profesional explicó que era recomendable que la persona evaluada contestara, conforme la técnica empleada, de forma de directa siempre que cuente con las características que se requiere, como es que la persona se encuentre alfabetizada.

Finalmente, respecto al informe presentado por la perito de parte –Lic. Juri– que hizo hincapié en aspectos de la personalidad de la adolescente para calificar como no creíble su relato, entiendo que el tribunal de instancia anterior explicó suficientemente las razones para apartarse.

En este orden, comparto el análisis expuesto en la sentencia relativo a que «[...] el informe se ha basado en una amplia entrevista semiestructurada y en test que ella misma admitió haber practicado con la sola

excepción de la auto o hétero-aplicación del test de medición de síntomas, o en el cuestionamiento basado en la supuesta necesidad de indagar de forma más aguda sobre la vida de relación de la adolescente, así como en datos de su infancia, extremos que puede discutirse sin que ello implique ausencia de metodología científica [...]. [

A]ún en el caso de que la perito de control extraiga dichas conclusiones, lo cierto es que las características de personalidad que introdujo, en el caso de resultar correctas, **no constituyen impedimento alguno para convertirse en víctima de violencia sexual**, como tampoco se desprende de dichas características que sea influenciable, que haya sido inducida o que haya mentido en su deposición».

Estimo pertinente el análisis judicial expuesto, en especial sobre que ciertas características de la personalidad en la adolescente no implican que no haya podido ser víctima de un abuso sexual por parte de la pareja de su madre con la que convivía.

El argumento defensivo para alegar la inexistencia del hecho redundante en la víctima e impone que solo ciertas personas, con características de personalidad específicas, pueden padecer sucesos lesivos de su integridad física y sexual y distrae la atención del hecho denunciado en contra de M.O..

En consecuencia, al no advertirse los vicios que alega la defensa relacionados con la valoración de la prueba obrante en autos, entiendo que la sentencia cuestionada debe mantenerse como acto jurisdiccional válido (L.S. 186- 427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros). De conformidad con lo expuesto, considero que debe responderse de manera negativa la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, POR SU VOTO, DIJO: Comparto los fundamentos por los cuales mi colega preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa del acusado.

En cuanto a las consideraciones realizadas en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género y, en particular, cuando la víctima presenta una doble condición de vulnerabilidad, por su género y por la franja etaria a la que pertenece me remito, en lo pertinente, a lo que ya he referido en numerosos pronunciamientos (**ver «González Pringles», «Concha, Jesús», «Garrido Olivares», «Paz Parra», y más recientemente, «Vargas Riquelmes», «González Sosa», «Scifo Ruffini» y «Agüero Pérez», entre otros**). ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. JOSÉ V. VALERIO, POR SU VOTO, DIJO: Comparto las conclusiones a las que llega mi colega de Sala preopinante en cuanto a la improcedencia sustancial del recurso interpuesto. Ahora bien, en relación a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género entiendo oportuno remitirme a lo que he referido en los precedentes **«Morales Quiroga», «Cruz Caporiccio», «Ojeda Pérez», «Vázquez Tumbarello», «Narvárez Videla», «Brancello Urbón», «Vega», «Zurita» y «Montenegro Fisigaro»**. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. MARIO D. ADARO y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los Dres. MARIO D. ADARO y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de F.A.M.O. en las presentes actuaciones.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

8- BALTAZAR CRUZ. 25-04-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	-	NNA	-	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=816>

Lex: 119, 1° y 3° párrafo CP. Ley 26485. CDN.

Vox: VG. NNA. ASI. Abuso sexual con acceso carnal. Convivencia. Delito continuado. Absolución parcial por falta de acusación fiscal.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **once años y cuatro meses** de prisión por el delito de abuso sexual agravado por ser con acceso carnal en la modalidad de delito continuado (art. 119 tercer párrafo en función con el primer párrafo del art. 119 del C. Penal). La víctima tenía entre 10 y 13 años de edad. El SA era su padrino. Fue absuelto por el inc. f del 4° párrafo, convivencia.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP). Estima que la resolución cuestionada viola la ley sustantiva al contener vicios in iudicando y estar viciada al sustentarse en prueba rendida en autos erróneamente interpretada. Se agravia por la ponderación de la declaración de la menor.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. Expresa, entre otras aseveraciones, que las **imperfecciones del relato de la víctima obedecen a la corta edad al momento de los hechos y la frecuencia de los mismos**, por lo que es fundamental centrarse en el núcleo de los abusos y no en la imprecisión de detalles. Cita el precedente «Biscontin».

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n°.1582 (21-05-21) TPC Nº 2- 1° CJ.

I.- ABSOLVER a HUMBERTO BALTAZAR CRUZ, ya filiado, del delito de ABUSO SEXUAL SIMPLE AGRAVADO POR LA SITUACIÓN DE CONVIVENCIA PREEXISTENTE CON UN MENOR DE 18 AÑOS DE EDAD, previsto y sancionado por el art. 119, primer párrafo en función con el cuarto párrafo “f” del Código Penal, que se le atribuye en los autos n° P-16.711/19, de conformidad con lo dispuesto por el art. 2 del C.P.P. **II.- ABSOLVER** a HUMBERTO BALTAZAR CRUZ, ya filiado, del delito de ABUSO SEXUAL SIMPLE AGRAVADO POR LA SITUACIÓN DE CONVIVENCIA PREEXISTENTE CON UN MENOR DE 18 AÑOS DE EDAD, previsto y sancionado por el art. 119, primer párrafo en función con el cuarto párrafo “f” del Código Penal, que se le atribuye en los autos n° P-17.341/19, de conformidad con lo dispuesto por el art. 2 del C.P.P. **III.- CONDENAR a HUMBERTO BALTAZAR CRUZ**, ya filiado, a la pena de ONCE AÑOS Y CUATRO MESES DE PRISION, accesorias legales y costas, como autor penalmente responsable del delito de ABUSO SEXUAL AGRAVADO POR SER CON ACCESO CARNAL EN LA MODALIDAD DE DELITO CONTINUADO, previsto y sancionado por el art. 119 tercer párrafo en función con el primer párrafo del art. 119 del Código Penal, que se le atribuye en los autos P-16.711/19, y de conformidad con lo dispuesto por los arts. 12 y 29 del C.P. y arts. 556 y ccs del C.P.P....”

Precedentes citados:

a-SCJM

- «Oliva», «Gómez Ayala», «Ficara»
- «Mejía Salvador» y «Di Césare Morales».

en «Teves Lucero», «Italiani», «Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa», «Ojeda Pérez», «Brancello», «Ortega Ragonesi», «Biscontín», «Tobares, Zurita», «Gómez Ayala» y «Montenegro Fisigaro»,

b-CIDH

Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C. No. 350, también citada en el referido precedente «Vargas Riquelme».

Precedentes relacionados

Ver Agüero Pérez. 25-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=777>

SCJM. Dres.: **Adaro.** Palermo. Valerio.

Fallo.

CUIJ: 13-06695158-2/1((018602-16711)) FC/ BALTAZAR CRUZ HUMBERO Y OTOS P/ ABUSO SEXUAL (16711) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105957166*

En Mendoza, a los veinticinco días del mes de abril del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n°13- 06695158-2/1 caratulada “F. C/ B. C. H. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR LA EDAD DE LA VÍCTIMA CONVIVIENTE-ART. 119 PÁRRAFO 4° INC. F PARTE 2 S/RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO.

La defensa de H. B. C. interpone recurso de casación a fs. 126/136 contra la sentencia n° 1582 de fs. 95 y vta y sus fundamentos, que lo condena a la pena de once años y cuatro meses de prisión por el delito de abuso sexual agravado por ser con acceso carnal en la modalidad de delito continuado (art. 119 tercer párrafo en función con el primer párrafo del art. 119 del C. Penal), y de conformidad con lo dispuesto por los arts. 12 y 29 del CP y arts. 556 y ccs. del CPP, que se le atribuye en la causa P-16.711/19, dictada por el Segundo Tribunal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La sentencia cuestionada, en lo que aquí interesa, tuvo por probado en la causa N° P- 16.711/19, que «Surge acreditado en autos, que durante el lapso de tiempo que transcurrió entre el año 2015 y el día 25 de febrero de 2019, en forma reiterada y en un número indeterminado de hechos, aproximadamente dos o tres veces por semana, en el interior del domicilio sito en calle, Mendoza, H. B. C. abordó en su habitación a su ahijada A. M. M., quien tenía entre 10 y 13 años de edad y con quien convivía, y la penetró con su pene en la vagina. Tras cometer todos estos hechos el sindicado apoyó un cuchillo en el cuello a la menor y le manifestó que no contara nada» (fs. 104 de la sentencia; ver registro audiovisual de fecha 19/04/2021, a partir del minuto 08:23).

Para así resolver, el juez de la instancia previa meritó, entre los elementos de prueba más relevantes, el relato de la menor víctima, los distintos informes psicológicos y las declaraciones de testigos recibidos en la audiencia de debate.

2.- Recurso de casación

La defensa de B. C. interpone recurso extraordinario de casación contra la sentencia n° 1.582, conforme el artículo 474 inc. 1° del CPP, por entender que viola la ley sustantiva al contener vicios in iudicando y estar viciada al sustentarse en prueba rendida en autos erróneamente interpretada (fs. 127).

A su vez, afirma que el pronunciamiento impugnado adolece de vicios in procedendo (art. 474 inc. 2° del CPP), al carecer de motivación suficiente, violar el principio de inocencia y no haber acreditado con certeza

la autoría de su asistido en los hechos de abusos sexuales agravados que se le imputaron, máxime teniendo en cuenta la pena impuesta (fs.131 y vta.).

Se agravia porque ni en la acusación fiscal ni en la sentencia se individualizaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos denunciados.

Indica que se estableció un tiempo amplio de casi cinco años conforme los dichos inconsistentes de la víctima, a lo que el sentenciante denominó delitos continuados, impidiéndole controlar el proceso de subsunción de la norma penal ante la ausencia de individualización temporal de los hechos.

Expone que ante esta circunstancia, el juzgador debió absolver lisa y llanamente a su asistido, y no lesionar el derecho de defensa obligándolo a demostrar en la audiencia los horarios en los que llegaba a su casa y que no coincidían con los relatados por la víctima (fs. 132 vta.).

Cuestiona la calificación de abusos sexuales continuados y que se haya descartado el concurso real de delitos, porque en su opinión los fundamentos de la sentencia al respecto no son claros ni es precisa la acusación fiscal, por lo que reitera que correspondió absolver al encausado (fs. 134).

En cuanto a los exámenes físicos, señala que se probó que la desfloración del himen de **la denunciante es de antigua data, lo que en su criterio avala la inocencia** de B. C. (fs 135). Alega que a pesar de haberse demostrado que B. C. **no estaba en su casa a las 19 hs. para cometer los supuestos abusos sexuales, existe en el sentenciante la tendencia de otorgar credibilidad** a los dichos de la víctima en base a los exámenes psicológicos en desmedro de considerar la libertad de su asistido (fs. 134 vta).

Relacionado con ello, expresa que los psicólogos manifestaron que no advirtieron parafilia ni trastorno sexual en B. C., por lo que reitera que no existe prueba para considerarlo culpable (fs. 135). Por último, efectúa reserva del caso federal (fs. 135 vta.).

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General dictamina que corresponde rechazar el recurso casatorio ante la inexistencia de arbitrariedad en la sentencia, porque a su criterio la valoración de las pruebas e indicios se han efectuado dentro de las reglas de la sana crítica racional y la aplicación del derecho sustantivo correspondiente.

Destaca que en los delitos cometidos contra personas menores de edad, dentro del ámbito familiar y sin la presencia de testigos, la valoración de las pruebas debe realizarse con criterio amplio y resulta de principal relevancia el relato de la víctima, la consideración de indicios graves, concordantes y serios respecto de aquella y del acusado.

Expresa que las **imperfecciones del relato de la víctima obedecen a la corta edad al momento de los hechos y la frecuencia de los mismos**, por lo que es fundamental centrarse en el núcleo de los abusos y no en la imprecisión de detalles.

Cita el antecedente jurisprudencial de esta Sala Segunda de esta Suprema Corte de Justicia en el precedente «Biscontin».

Expone que de la opinión personal de la defensa, en relación con diferentes criterios de calificación legal entre la fiscalía y el sentenciante para los hechos atribuidos, no puede desprenderse fundamento para la absolución del acusado.

Finalmente, señala que los exámenes psíquicos han sido interpretados dentro de las reglas de la sana crítica racional, la lógica y la experiencia común, y que las pruebas de cargo otorgan certeza de la materialidad de los hechos y autoría de B. C. en los hechos investigados.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, adelanto que a mi entender corresponde desestimar el recurso de casación interpuesto por la defensa de H. B. C., y en consecuencia, confirmar la sentencia pronunciada por el Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial. De una recapitulación de los agravios referidos en el punto 2, advierto que el recurso de casación se focaliza en argumentaciones de la sentencia relativas a la valoración efectuada del relato de la menor AMM, los exámenes realizados a ella y el acusado.

Ello, por cuanto a criterio del juzgador, **validaron la credibilidad del relato y sustentaron la autoría** del acusado en los hechos denunciados en la causa en revisión. Para así decidir, el juez de la instancia previa valoró el relato de AMM en la entrevista efectuada en Cámara Gesell en fecha 30 de agosto de 2019, transcrita a fs. 112/113 del expediente principal y reproducida en la audiencia de debate (ver registro audiovisual de fecha 19 de abril de 2021, a partir del minuto 18:40).

Expuso así que en aquella oportunidad, la menor manifestó que su padrino H. B. C. abusó muchas veces de ella en la cama de la habitación de él, después de que llegaba de trabajar a las 19 hs. porque salía del trabajo a las 18:30 hs. Consignó, además, que la menor relató que la última vez que abusó de ella fue antes que llamaran a la policía, ocasión en que «[!]e sacó el pantalón, la ropa interior, tomó una pastilla azul y abusó de ella, luego [le] dijo que se vista[iera], se fue a bañar porque le daba asco. Él le ponía un cuchillo en el cuello, era un cuchillo de madera. Esto pasó todas las veces. Le decía que la iba a matar si contaba algo. Pasó más de una vez todos los años. La primera vez la ayudó con la tarea, la empezó a tocar en las partes íntimas por arriba de la ropa, tenía siete años, iba a segundo grado» (fs. 100 de la sentencia). El sentenciante otorgó credibilidad a las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que ocurrieron los hechos de abusos sexuales con acceso carnal relatados por AMM, porque fueron corroborados con pruebas testimoniales y diversos informes de los exámenes realizados a AMM. En cuanto a las pruebas testimoniales en que demostró la credibilidad de los dichos de AMM, el juez expuso que la madre de AMM –C. P.–, declaró que su hija le contó a su regreso de su viaje a la provincia de Santiago del Estero –a la semana y media posterior al día 24 de octubre de 2018– que B. C. abusaba de ella y la amenazaba con matarla a ella y a su hermanita menor si se negaba, y que quería esconderse para evitar que continuara abusándola. Con apoyo en este testimonio, el juzgador agregó que cuando AMM ingresaba al dormitorio de B. C., «[...] él se bajaba los pantalones, le tocaba sus partes íntimas y abusaba de ella. Esto ocurría de tardecita noche» (fs. 98 vta. de la sentencia, ver registro audiovisual de fecha 19 de abril de 2021, a partir del minuto 43:40). Señaló que C. P. manifestó que el develamiento ocurrió en ocasión de retar a su hija por haberse escapado del colegio, momentos en que intervino B. C. diciéndole que debería darle vergüenza por lo que había hecho, a lo que AMM le respondió: «vergüenza tenés que tener vos, por todas las cosas que me hacés» y que a continuación dijo que B. C. la abusaba.

Destacó que la testigo también refirió que su hija estuvo en tratamiento psicológico durante tres meses, que no había tenido relación de pareja, que el encausado no le prestó dinero y ella tenía conflictos con él cuando pretendía sobrepasarse por la educación de AMM (fs. 99 de la sentencia; ver registro audiovisual de fecha 19 de abril de 2021, a partir de la hora 1:01:53). Relacionado con ello, el juzgador argumentó que el momento del develamiento de los hechos de abusos sexuales declarado por C. P., fue corroborado en la audiencia con las testimoniales de M. C. P. –hermana de la madre de AMM– y por C. N. M. –tía de AMM–, quienes declararon que escucharon gritos y llanto de la menor porque vivían en habitaciones de

la planta baja de la misma vivienda. La testigo M. C. P. refirió que AMM, dirigiéndose a B. C. y ante la negación de éste, repetía: «vos me abusaste», y que C. M. declaró que vio a su sobrina llorando en un rincón y que le dijo que el acusado –quien era su padrino– había abusado de ella colocándole un cuchillo en el cuello amenazándola con matar a su hermanita menor y hacerle algo a ella (fs. 99 y vta. de la sentencia, ver registro audiovisual de fecha 20/04/2021, II Parte, a partir del minuto 05:37).

También sustentó el sentenciante el momento del develamiento de los abusos sexuales con la declaración de la Lic. Galván, quien explicó que se produjo en forma tardía y que lo facilitó el enojo y bronca que le ocasionó el uso de autoridad de B. C. sobre ella mientras su madre la retaba por no haber ido a la escuela, lo que se correspondía con lo que en general ocurre con víctimas que padecen abusos sexuales desde hace mucho tiempo y que por estar amenazadas se mantienen en silencio (fs. 100 vta. de la sentencia, ver registro audiovisual de fecha 10 de mayo de 2021, a partir del minuto 38:30).

En relación con los profesionales que realizaron los diversos exámenes en AMM y que declararon en el debate, el juez de la instancia previa meritó como confiable el relato de AMM con apoyo en las declaraciones de aquellos profesionales. Al respecto, consignó con claridad en la sentencia la valoración de la declaración de la Lic. en psicología Daniela Galván, perteneciente al Equipo de Abordaje de Abuso Sexual (EDeAAS), quien intervino en las entrevistas preliminares, en la Cámara Gesell y en exámenes, y explicó en la audiencia que el relato de AMM contenía criterios de credibilidad porque no presentaba factores externos influenciados (ver registro audiovisual de fecha 10 de mayo de 2021, a partir del minuto 30:40). Ello, en coincidencia con la declaración del perito de control ofrecido por la defensa, Lic. en psicología Osvaldo Daniel Aruani, quien estuvo presente en las entrevistas realizadas en Cámara Gesell. Así, en la sentencia se enfatizó que el Lic. Aruani, declaró que el relato de AMM tenía «[...] coherencia en su lenguaje verbal y no verbal, y que por tanto, reunía características para ser creíble. Que los movimientos de AMM podían ser producto de alguna angustia.

Que el relato de AMM era creíble, tenía correlato emocional, coherencia en el contenido, juicio conservado, orientación en tiempo y espacio, cronología de los hechos, detalles de los recuerdos, ausencia de contradicción e incoherencia, sintomatología que surge como consecuencia del relato. Señaló que los indicadores de trauma son la angustia, los trastornos del sueño, el cambio del apetito, autolesiones, irritabilidad, tristeza, llanto, bajo rendimiento académico» (fs. 101 de la sentencia; ver registro audiovisual de fecha 30 de abril de 2021, parte IV, a partir del minuto 15:08).

También se subrayó en la sentencia que la Lic. Galván declaró que según las entrevistas mantenidas con AMM pudo observar que los abusos sexuales se produjeron desde el año 2015 hasta principios del año 2019, «[q]ue fueron varios episodios durante la tarde, aproximadamente a las 19 hs, lo ubica en contexto, el lugar que era en la habitación del sindicato, y transmite lo acontecido mediante un relato que es claro, coherente, espontáneo, **inestructurado, y esa flexibilidad es un criterio de credibilidad.**

Además, va acompañado de correlato emocional, irrumpe en llanto, vergüenza, enojo, lo cual es esperable para lo que está relatando. Refiere que él la agarró, la metió a la fuerza, la llamaba «M», poniendo de resalto la Licenciada que esto es importante porque quiere que la llamen «A» porque si no, le hace acordar cuando él la llamaba «M».

Esas circunstancias que alude, las conversaciones e interacciones le dan credibilidad. También hizo referencia a las situaciones de amenazas, que le decía vestite y no digas nada, o te mato a vos o a tu hermana, eso es para que mantenga el secreto por temor al cumplimiento de la amenaza» (fs. 100 de la sentencia, ver registro audiovisual de fecha 10 de mayo de 2021, a partir del minuto 31).

El juzgador también **mencionó indicadores inespecíficos de abuso** sexual explicitados por la Lic. Galván en la audiencia, tales como: «cambios del sueño, pesadillas con contenido relacionado con la vivencia traumática, angustia al despertar, miedo, dificultades con la alimentación, falta de ganas de comer, dificultades en la concentración que afectaba su rendimiento escolar, abulia para hacer sus actividades cotidianas, pérdida de interés en sus actividades, se aislaba, baja autoestima, conductas auto agresivas, cortes en brazo, manos.

Cada vez que se acordaba de lo que él le hacía, se cortaba, corriendo riesgo de vida. Había una depresión hostil, sentimientos de traición, se sentía desprotegida por las personas que la tenían que proteger, como los padres. Había un trastorno postraumático, exposición a violencia sexual, síntomas de malestar, estado de ánimo negativo, etc. hay un trauma en el desarrollo, que no es fácil de resolver» (fs. 100 vta. de la sentencia, ver registro audiovisual de fs. 10 de mayo de 2021, a partir del minuto 45:58).

E incluso, la profesional del EDeAAS se refirió a los indicadores de trauma que observó en la entrevistada, explicó que la sintomatología que presentaba la adolescente cumplía con indicadores postraumáticos, y entre los criterios existentes mencionó -según el DSM5-, que AMM cumplía con el criterio de haber sido expuesta directamente a una situación de muerte, lesión o violencia sexual, que presentaba cuatro síntomas del recuerdo, sueño y malestar, síntomas de evitación a estímulos asociados, cuatro criterios de alteraciones creativas y cognitivas del estado del ánimo, alteración significativa en su vida cotidiana, entre otros (ver el registro citado, a partir del minuto 51:10 al minuto 54:35).

Vinculado con la valoración de estas pericias, el juzgador sustentó también la credibilidad de los dichos de AMM en declaraciones de la Lic. Galván y del Lic. Aruani quienes descartaron la presencia de la influencia de factores externos en el relato de AMM, al no encontrar en su relato ningún factor que la hubiera influenciado en el develamiento de los hechos de abusos sexuales (ver registro audiovisual de fecha 10/05/2021, a partir del minuto 55:46; registro audiovisual de fecha 30 de abril de 2021, a partir del minuto 18.25; fs. 100 de la sentencia).

Ahora bien, en relación al examen físico realizado a AMM por la Dra. Cecilia Herrera, perteneciente al CMF, el sentenciante expuso que en la audiencia declaró que no presentó lesiones vaginales ni anales, y que observó desfloración del himen de antigua data –según el criterio de su producción con anterioridad a los 10 y 15 días del examen físico– y escoriaciones en antebrazo autoinfligidas con elemento cortante en tiempo cercano, aproximadamente una semana.

Agregó el juzgador que las lesiones en los antebrazos también fueron mencionadas por la madre de la menor (fs. 101 de la sentencia; ver registros audiovisuales de fechas 19 de abril de 2021, a partir minuto 58:05 y del 10 de mayo de 2021, a partir de la hora 1:27:15). En el análisis del agravio relativo al examen físico de AMM, considero aplicable la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) vinculada a consecuencias que ocasionan abusos sexuales con acceso carnal y la presencia o ausencia de lesiones en el cuerpo de mujeres víctimas, sostenida en el Caso Espinoza González vs. Perú, sentencia del 20 de noviembre de 2014 y que he referido en el caso «Vargas Riquelme». En el precedente citado, la Corte IDH adicionalmente reconoció que «[...] la violación sexual es una experiencia sumamente traumática que tiene severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico que deja a la víctima “humillada física y emocionalmente”, situación difícilmente superable por el paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece en otras experiencias traumáticas. De ello se desprende que es inherente a la violación sexual el sufrimiento severo de la víctima, aún cuando no exista evidencia de lesiones o enfermedades físicas.

En efecto, no en todos los casos las consecuencias de una violación serán enfermedades o lesiones corporales. Las mujeres víctimas de una violación sexual también experimentan severos daños y secuelas psicológicas y aún sociales» (párr. 193).

Conforme lo expresado, el examen físico de AMM debe valorarse también en atención a las lesiones constatadas por la profesional médica en los antebrazos e integrada con los dichos de AMM validados por exámenes psíquicos y demás pruebas testimoniales meritadas en la sentencia.

Por tanto, no es procedente el agravio en tanto el recurrente la analiza en forma aislada, descontextualizada y sin perspectiva de género. Asimismo, el juez valoró el examen psíquico efectuado a B. C. junto con las declaraciones de la Lic. en psicología Gema Lara y del Dr. Clavel, psiquiatra del CMF.

Al respecto puntualizó características de la personalidad del acusado vinculadas con la agresividad, funcionamiento infantil y pueril en relación a su edad, defensas maníacas y negación del conflicto, falta de autocrítica de sus errores, escaso manejo de sus impulsos y de capacidad empática, ganancialidad y acomodamiento de la información para que la víctima se posicionara como culpable con la evasión de situaciones que pudieran comprometerlo.

También aclaró, con sustento en las explicaciones brindadas en la audiencia por la Lic. Lara y del resto de los profesionales, que si bien el encausado no presentaba el trastorno de pedofilia, «las características de su personalidad eran compatibles en relación al contexto donde se produjeron los hechos, [...] no hay un trastorno de la sexualidad, pero sí presentó una perfilación compatible con desajustes en el área de la sexualidad, que llevan a que, en un determinado contexto, como el que resulta de los hechos investigados, se abusa en un ámbito familiar, basado en la confianza» (fs. 102 y vta. de la sentencia, ver registro audiovisual 30 de abril de 2021, parte IV, a partir del minuto 31:00 y de fecha 10 de mayo de 2021, a partir de la hora 1:43:50).

Cabe destacar también, que la Lic. Lara explicó en la audiencia que en la situación de B. C. era aplicable la perfilación general de abusadores sexuales intrafamiliares, en cuanto la confianza y la falta de asimetría en el vínculo con la menor facilita el acercamiento y la comisión de los abusos (ver registro audiovisual 30 de abril de 2021, parte IV, a partir del minuto 40:25). La profesional aclaró en la audiencia que si bien B. C. no presentaba un trastorno de tipo de parafilia –clasificación según el DSM5–, por sus características de personalidad antes mencionadas, era proclive a perpetrar «abusos del rol adulto [...] porque como adulto vulnera esa confianza que el menor le da y acá esa confianza que el menor le da, por la falta de empatía lo cosifica, lo vuelve un objeto de satisfacción de sus necesidades sexuales» (ver registro citado, a partir del minuto 44:17). De modo entonces que, AMM relató que era abusada por B. C. después que salía del trabajo y llegaba a su casa a las 19 hs., oportunidad en que la llamaba para que fuera a su habitación ubicada en el patio de la vivienda en la que ella vivía con su madre en el primer piso, ya que tenía varias habitaciones o departamentos y era como una pensión (ver declaración de AMM en Cámara Gesell en registro audiovisual de fecha 9 de mayo de 2021, a partir del minuto 08:40).

En el mismo sentido, la Lic. Galván declaró en la audiencia que AMM manifestó que los abusos sexuales los padecía durante la tarde, aproximadamente a las 19 hs. para ubicar los hechos temporalmente, y que el lugar era la cama de la habitación de su padrino B. C. (ver registro audiovisual de fecha 10 de mayo de 2021, a partir del minuto 30:25).

Asimismo, el Oficial Inspector Santiago Emanuel Guajardo, quien elaboró el croquis del lugar y el acta de procedimiento, aclaró que B. C. vivía en una pieza de esa propiedad ubicada en la parte de abajo de la casa de dos pisos (ver registro audiovisual de fecha 10 de mayo de 2021, a partir del minuto 09:56; fs. 99 vta, de la sentencia). Además, el sentenciante argumentó que el lapso temporal mencionado se ajusta al

referido por C. P., M. C. P. y C. N. M., quienes vivían en el mismo domicilio en diferentes departamentos de la misma vivienda según declararon en la audiencia (fs. 99 y vta).

Al respecto, el recurrente se agravia porque los testigos E. V. M., C. O. C. y M. A. J., compañeros de trabajo del acusado, manifestaron en la audiencia que el horario vespertino de salida del trabajo de su asistido era a las 20.00 hs. y 19:30 hs. y que trabajaba un poco más, lo que a su criterio invalidaría el relato de AMM con respecto a las circunstancias temporales en que se habrían cometido los abusos sexuales. Considero que si bien el testigo E. V. M. declaró que trabajó con el encausado en la empresa «.....» en la temporada del ajo en horarios de trabajo de 7:00 hs a 12:30 hs. y de 15 ó 15:30 hs. a 20 hs., que en las planillas figuraban ocho horas de trabajo y que las horas extras se las pagaban en negro y por eso no figuraban en las planillas que estaban a cargo de M. J. (ver registro audiovisual de fecha 30 de abril de 2021, IV parte, a partir de la hora 1: 31:59), el agravio analizado por sí solo tampoco puede prosperar ni le resta credibilidad al relato de AMM sobre la materialidad de los abusos sexuales.

Ello, porque por aplicación de la jurisprudencia antes citada, el principio de libertad y unidad probatoria –que sobre todo aplica en violencias sexuales con acceso carnal contra niñas–, a las declaraciones de los testigos y del resto del material probatorio anteriormente referido, surge claramente que la falta de precisión en el horario en que ocurrieron los abusos sexuales agravados entre el año 2015 al día 25 de febrero del año 2019.

De tal manera, la franja horaria acreditada en la tarde-noche, aproximadamente a las 19 hs., es suficiente para tener por demostrada la temporalidad horaria tratándose del relato de una menor de edad víctima de violencias sexuales con acceso carnal por parte de su padrino durante varios años.

En este aspecto, no puede dejar de tenerse en consideración la corta edad de la menor víctima, la época tardía en que se produjo el develamiento y la denuncia de los hechos, y que junto con las pruebas de cargo mencionadas se valoró también la declaración de la oficial de policía, M. E. L., – incorporada al debate según lo dispuesto por el artículo 400 inc. 1° del C. P.P– quien refirió que AMM le dijo que el acusado abusaba de ella desde hacía tres años, una o dos veces por semana en la casa de él y la última vez fue dos días antes (fs. 99 vta. de la sentencia).

Cabe tener presente también en cuanto a **la interpretación y valor del relato de menores de edad** de abusos sexuales en contextos familiares, reiterados precedentes jurisprudenciales de esta Sala –por ejemplo «Oliva», «Gómez Ayala», «Ficara»–, en los que hizo hincapié en las condiciones de vulnerabilidades en que se encuentran, por la vinculación afectiva con el denunciado, la falta de testigos presenciales en muchas ocasiones y dificultad probatoria, en las relaciones desiguales de poder por la asimetría etaria, roles y capacidad de manipulación del autor a través de violencia física, amenazas, abuso de confianza, entre otras circunstancias.

Asimismo, desde una perspectiva de género también es aplicable la jurisprudencia de la Corte IDH recaída en el Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C. No. 350, también citada en el referido precedente «Vargas Riquelme».

En aquella ocasión expuse que «[...] sin perjuicio de los estándares establecidos en casos de violencia y violación sexual contra mujeres adultas, los Estados deben adoptar, en el marco del acatamiento del artículo 19 de la Convención Americana, medidas particularizadas y especiales en casos donde la víctima es una niña, niño o adolescente, sobre todo ante la ocurrencia de un acto de violencia sexual y, más aún, en casos de violación sexual» (párr. 155).

En cuanto a las medidas estatales especiales de protección se sostuvo que «se basan en el hecho de que las niñas, niños y adolescentes se consideran más vulnerables a violaciones de derechos humanos, lo que además estará determinado por distintos factores, como la edad, las condiciones particulares de cada uno, su grado de desarrollo y madurez, entre otros.

En el caso de las niñas, dicha vulnerabilidad a violaciones de derechos humanos puede verse enmarcada y potenciada, debido a factores de discriminación histórica que han contribuido a que las mujeres y niñas sufran mayores índices de violencia sexual, especialmente en la **esfera familiar**» (párr. 156). En otro orden de ideas, entiendo que tampoco es procedente el agravio relativo a la falta de precisión de los hechos de abusos sexuales en la acusación fiscal y en la sentencia, en razón que se describieron las circunstancias de lugar (en la habitación en que vivía en el interior del domicilio ubicado en calle, Mendoza), de modalidad (en forma reiterada, en un número indeterminado de hechos aproximadamente dos o tres veces por semana) y de temporalidad (entre el año 2015 y el día 25 de febrero del año 2019) en que fueron cometidos por el encausado los abusos sexuales agravados contra la menor AMM en la causa en revisión (ver registro audiovisual de fecha 11 de mayo de 2021, parte VI, a partir del minuto 01:08).

Finalmente, considero que tampoco puede tener acogida el cuestionamiento de la defensa en relación con la falta de aplicación del concurso de delitos en los hechos de abusos sexuales agravados acreditados, con sustento en la acusación fiscal.

El juzgador los encuadró en la modalidad de delito continuado y no en el concurso de delitos, al interpretar que los hechos fueron plurales, se cometieron semanalmente dos veces a la semana, y aunque separados en el tiempo, constituyeron una unidad comisiva por conexidad y de lesión jurídica (art. 119, tercer párrafo en función del art. 119, primer párrafo del CP), (fs. 106 de la sentencia).

De tal manera, aún cuando se considerara que estamos en presencia de un concurso real de delitos, en función del art. 462, última parte, del CPP, no resulta posible avanzar en el sentido solicitado. En definitiva, no corresponde hacer lugar al recurso de la defensa porque no se advierten los vicios que le atribuye a la sentencia cuestionada.

En razón de ello, puede afirmarse que la valoración de la prueba realizada por el juez de la instancia anterior ha sido correcta en cuanto estableció que AMM fue sometida por el acusado a abusos sexuales con acceso carnal vaginal, posicionado en una relación jerárquica de poder y de confianza, a partir de la cual la obligó a mantenerlos en secreto mediante amenazas con un cuchillo de hacerle algo a ella y a su hermana menor, para asegurar el silencio de la menor víctima y la reiteración de la comisión de los abusos sexuales semanales entre el año 2015 hasta el 25 de febrero de 2019.

En cuanto al encuadre legal, corresponde remitirse a lo reseñado en el párrafo anterior. Por todo lo expuesto, me pronuncio por el rechazo del recurso de casación planteado y la confirmación de la sentencia. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Puesto a resolver el recurso interpuesto, coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante.

En relación con la valoración de la prueba con perspectiva de género, considero remitirme, en lo pertinente, a lo señalado en los precedentes **«Mejía Salvador» y «Di Césare Morales»**.

En efecto, en casos como el de autos es importante tener presente que la normativa nacional e internacional impone la incorporación de la perspectiva de género al momento de ponderar el plexo probatorio y atribuir la calificación jurídica correspondiente a los hechos denunciados en casos en los que una mujer es víctima de violencia sexista, siendo la violencia sexual un claro ejemplo de ello. En este

sentido, una perspectiva integral en relación a los criterios de interpretación, establecidos en la ley 26.485 (de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales), exhorta a los operadores judiciales a que al momento de tener por acreditado un hecho ocurrido en contexto de violencia de género, valoren todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes («Mejía Salvador»). Ello es, tal como se detalla en el voto preopinante, lo que ocurre en las presentes actuaciones, en tanto el juez de la instancia previa tuvo en cuenta las consideraciones antes referidas al momento de expedirse en relación con los hechos atribuidos al acusado. Por las razones expuestas, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución al que llega mi colega preopinante, y en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en «Teves Lucero», «Italiani», «Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa», «Ojeda Pérez», «Brancello», «Ortega Ragonesi», «Biscontín», «Tobares, Zurita», «Gómez Ayala» y «Montenegro Fisigaro», por resultar aplicables en este aspecto al presente caso. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 126/136 por la defensa de H. B. C..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

9- PEREZ GONZALEZ. 03-05-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	H.	NNA	-	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=817>

Lex: 119, 3° y 4° párrafo inc. b del CP.

Vox: VG. NNA. ASI. Abuso sexual con acceso carnal. Vínculo.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **once años de prisión** como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo (art. 119, tercer párrafo y cuarto párrafo inc. b del CP). El SA es hermano de la víctima; la menor tiene dieciséis años de edad.

La defensa interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP). Asevera que su pupilo no estaba en el lugar de los hechos el día y hora detallados en la pieza fiscal.

El Procurador General entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La SCJM rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 2344 TPC N° 1, 3° CJ.

Precedentes citados:

Ver «Teves Lucero», «Italiani», «Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa», «Ojeda Pérez», «Brancello», «Ortega Ragonesi», «Biscontín», «Tobares, Zurita», «Gómez Ayala» y «Montenegro Fisigaro»,

Ver «González Pringles», «Concha, Jesús», «Garrido Olivares», «Paz Parra», y más recientemente, «Vargas Riquelmes», «González Sosa» y «Scifo Ruffini», «Agüero Pérez, entre otro

Ver «Mejía Salvador», «Di Césare», «Zurita», «Reyes Cortelezzi», entre otros

Precedentes relacionados

Ver Agüero Pérez. 25-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=777>

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro.Palermo.

Fallo.

CUIJ: 13-06722793-4/1((038601-99414)) F.C./ PEREZ GONZALEZ JOSE VALERIANO P/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR EL VINCULO, DOS HECHOS EN CONCURSO REAL P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105982831*

En Mendoza, a los tres días del mes de mayo del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n°13- 06722793-4/1 caratulada “F. C/ P. G., J. V. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa particular de José V. P. G., interpone recurso de casación contra la sentencia N° 2.344 pronunciada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción Judicial que lo condenó a la pena de once años de prisión como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo (art. 119, tercer párrafo y cuarto párrafo inc. b del CP) en los autos n° P-99.414/18.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El tribunal de anterior instancia ha tenido por acreditado que el día 9 de diciembre de 2018, entre las 13:30 y las 14:30 horas, aproximadamente cuando la víctima Y. P. se encontraba en su domicilio sito en calle a doscientos metros, aproximadamente al norte en la finca de, el acusado ingresó a la habitación de aquella, le tapó la boca con sus manos y la penetró por la vagina, al terminar le dio dinero y le dijo que no dijera nada.

Para así decidir el tribunal valoró entre los elementos de prueba relevantes, el testimonio de la víctima prestado en Cámara Gesell, el testimonio de A. M. A., de R. D. P., de R. P. y el examen físico realizado al a víctima.

2.- Recurso de casación

El recurso se interpone al amparo del art. 474 inc. 2° del CPP, en razón de considerar que la sentencia cuestionada resulta desprovista de fundamentos por haber omitido la valoración de elementos probatorios esenciales y decisivos para la resolución de la causa.

En tal sentido, niega la autoría de su defendido y para ello alega que éste no se encontraba en el lugar de los hechos en el horario en que aconteció según lo describe la pieza fiscal de requerimiento a juicio.

Sostiene el defensor que esta circunstancia surge de los dichos de la propia víctima y, además del examen físico practicado a Y.P. en el H. P. de

Asimismo del testimonio de A. M. A. que indicó que el acusado se fue de la casa de su madre a las 13, 13:30 horas del día 9 de diciembre de 2018.

Al respecto, refiere que la testigo lo vio al acusado saludar e irse con su moto.

Finalmente refiere los testimonios de E. B. y de M. E. A. quienes dijeron que el acusado a las 15 horas, se encontraba en la vivienda de su padre, que está alejado del domicilio donde sucedieron los hechos investigados.

Formula reserva de caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 6/8, el Procurador General contesta la vista de ley que le fuera conferida y aconseja el rechazo del recurso de casación interpuesto.

Ello en tanto advierte que la jueza de anterior instancia valoró en forma razonada conjunta e integrada todos los elementos de prueba colectados, sin advertirse las omisiones aludidas por el recurrente.

Aclara además que también distinguió los elementos que permitían descartar los dichos del acusado respecto a que la razón de la denuncia **era un dinero que él iba a cobrar**. Ello por no contar con ningún elemento probatorio que avalara sus dichos.

De tal manera, agrega que las críticas formuladas por la defensa, más que vicios en la sentencia, reflejan **su discrepancia en el legítimo ejercicio de su cargo**, con la interpretación dada al plexo probatorio e indiciario por el tribunal.

De acuerdo con lo expuesto, expresa que la sentencia cuestionada no adolece de los vicios alegados por la defensa sino contrariamente la misma emerge como acto jurisdiccional válido.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

El análisis de la censura interpuesta y de la sentencia puesta en crisis, me conduce conforme explicaré a continuación, a desestimar al planteo casatorio, desde que no advierto la existencia de los vicios formales alegados. Paso a explicarlo.

a- Previo a ingresar al tratamiento del recurso de casación interpuesto, entiendo relevante remitirme en lo que resulta aplicable al presente, a los lineamientos que deben ser observados al momento de **valorar los elementos de prueba con perspectiva de género**, realizado en los precedentes «Cruz Caporiccio»; «Merlo Lassa»; «Quiroga Morales»; «Ojeda Pérez»; «Vega»; «Zurita»; «Di Césare» y «Vázquez Tumbarello», entre los más relevantes

b.- Formuladas las apreciaciones que anteceden que resultan ajustadas al caso bajo análisis, entiendo que se impone el rechazo del remedio casatorio articulado, en función de las siguientes consideraciones.

La estrategia del defensor particular de P. G. sintéticamente expuesta se circunscribe a negar la autoría de su defendido en los hechos investigados, a partir de una interpretación que realiza de los diversos elementos de prueba de la causa. entre ellos, las declaraciones de la víctima, de R. D. P., de A. M. A., de E. B., de M. E. A., así como del informe de examen físico practicado a la víctima en el Hospital Perrupato por el Dr. Walter Saniga.

En ese sentido afirma que la víctima sostuvo que fue abusada en un horario posterior a las 3 de la tarde y que R. D. P. dijo que en el horario señalado su hermano, el acusado no se encontraba en el lugar. Esta circunstancia, según la defensa fue ratificada por A. M. A. que declaró que el acusado se fue de la casa de su madre a las 13 / 13:30 horas aproximadamente.

En esa ocasión, la saludó y ella no vio irse.

En ese análisis, agrega que los testimonios de E. B. y de M. E. A. colocaron al acusado al momento en que habrían sucedido los hechos, en un domicilio ubicado a una distancia lejana a la de la víctima donde sucedió el abuso. Ello según el requerimiento fiscal.

Por su parte infiere que del informe de examen físico efectuado a la menor que dio cuenta que ésta no presentaba lesiones compatibles con abuso sexual, que no presentaba lesiones en superficie corporal, región vaginal y perivaginal y que presentaba un desgarro de vieja data. Relevados los agravios expuestos, entiendo que corresponde el rechazo del recurso de casación articulado, en tanto comparto con la jueza de anterior instancia, la desestimación de la hipótesis defensiva que ya fuera esbozada durante el desarrollo de la audiencia oral.

De tal manera, la crítica casatoria no sólo emerge como una reedición de lo que ya ha tenido adecuado análisis y confrontación por las partes en esta contienda sino que además evidencia la disconformidad de la defensa con la valoración de la prueba y las conclusiones adquirida de la jueza de anterior instancia en relación con el hecho sindicado y la autoría del acusado, sin lograr desvirtuarse estos argumentos.

En efecto, de la ponderación conjunta del plexo probatorio, la juzgadora ha tenido por acreditados los hechos requeridos que dan cuenta que el 9 de diciembre de 2018, en la casa materna de Y.P., ubicada en calle, a 200 metros al norte de la finca, de Santa Rosa, mientras la menor se encontraba en su cuarto, su hermano J. V. P. G., ingresó a la habitación. En ese momento, le tapó la boca con una mano y por la fuerza la penetró por la vagina. Luego le dio veinte pesos, le dijo que no dijera nada y se retiró del lugar.

A criterio de la sentenciante, el plexo probatorio corroboró sin margen de dudas el hecho contenido en el requerimiento de citación a juicio.

En este sentido la jueza sostuvo que **el testimonio de la víctima resultó claro, concreto y confirmado** por elementos periféricos. Entre ellos, el testimonio de A. M. A. P., decisivo, a criterio de la sentenciante por el lugar que ocupaba la testigo en el núcleo familiar, por ser tía de la víctima y del acusado.

Esta testigo dijo que R. D. acudió a ella cuando su hermana D. le dijo que Y.P. había sido abusada por el acusado, entonces según dijo R. D. la llevó a su casa para que A. M. A. verificara si eso había ocurrido o no.

En el tribunal A. M. A. P. también narró que el día de los hechos llegó la hermana de la víctima a su casa y que la menor estaba preocupada porque había advertido que el acusado se acomodaba la ropa, más precisamente los pantalones, y se dio cuenta que había acontecido un hecho de contenido sexual. Por su parte R. D. P., hermano de la víctima y del acusado, contó que llevó a la víctima a la casa de A. M. A. P., para que ésta viera si la habían «violado».

En el mismo sentido, también resultó determinante en la acreditación del hecho, la declaración de M.P, prima de Y.P., según surge del acta de la Cámara Gesell del EDeAAs, avaló la declaración de la víctima.

En ese sentido sostuvo que vio llegar a su prima muy angustiada, que estaba llorando y asustada, que ella le preguntaba pero no quería responder, que no le salía (acta Cámara Gesell, día 9/12/2020).

Luego dijo que Y.P. se tapaba en la cama, que la madre para contenerla le decía que ella no era la sucia sino que el sucio era él (por el acusado). Por su parte, el testimonio de B. B. G. G. madre de la víctima y del acusado, resultó concordante con lo declarado por A. M. A. P., M. P. y R. D. P.. Si bien se trató de una declaración ambivalente, no debe perderse de vista que **la posición familiar de la testigo la coloca en una situación emotiva de considerable complejidad.**

En este sentido, debe destacarse que esta testigo señaló que ese día le avisó al acusado que se iba a la feria a hacer unas compras, que también le dijo a su hijo R. D. y a D., que cuando su sobrina M. la llamó al celular para avisarle que habían violado a Y.P. ella regresó inmediatamente de la feria y que encontró a su hija llorando debajo de una frazada en la cama de su prima M. y que no quería hablar con nadie.

A su vez, resultan relevantes el examen psíquico de Y.P. de fs. 106/107, en tanto acreditó que el relato de la víctima era creíble, como también el examen de D. P. de fs. 210, que no evidenció indicadores de mitomanía o fabulación.

A ello ha de agregarse el examen psíquico del acusado practicado por la Lic. Betiana Cosari, y su declaración durante el debate oral en donde resaltó que la menor se encontraba emocionalmente muy afectada, que por esta razón aconsejó la **continuación del tratamiento y que el abordaje psicológico fuera realizado con el acompañamiento familiar**.

Por su parte, también fue valorado por la jueza de la instancia previa la historia clínica de Y.P. en tanto da cuenta que la menor tenía ideas suicidas, según el diagnóstico realizado el 19/2/19.

En otro orden, cabe referir que la jueza de anterior instancia ofreció las razones por las que, a su criterio, las declaraciones testimoniales de E. B., de M. E. A., de R. P. y de J. P., no aportaron elementos objetivos sino que todos ellos, al brindar su versión de los hechos consideraron que **la víctima era «la problemática»**.

Al respecto, debe decirse que estas declaraciones al deslindar la responsabilidad del acusado y atribuir la a la víctima mujer y menor de edad, denotan un **claro estereotipo de género** que claramente restó objetividad a sus testimonios.

De igual modo y tal como lo hizo la jueza de la instancia anterior, debe ser descartado el descargo de J. V. P. G. consistente en la idea de **un complot familiar** a raíz del cobro de una suma de dinero que el acusado recibiría.

Ello por cuanto la explicación carece de respaldo en constancias objetivas de la causa y no logró contrarrestar la prueba de cargo que pesa sobre el acusado.

Finalmente, entiendo que la jueza de anterior instancia ofreció las razones por las que la pretensión de la defensa relativa al resultado del examen físico practicado sobre la víctima carecía de la relevancia y la decisividad que se pretendía, puesto que la ausencia de evidencias físicas de abuso sexual no significa su inexistencia.

De tal manera, en los casos de abuso sexual, más aún cuando se trata de víctimas menores de edad, el relato de éstas es un elemento de suma importancia para la determinación del hecho.

En definitiva, la adecuada valoración de todo el cuadro probatorio obrante en la causa permitió a la jueza adquirir la certeza para el dictado de la sentencia condenatoria y descartar la hipótesis defensiva.

Por su parte, también la jueza explicó las razones por las que, a su criterio, no existía afectación del derecho de defensa del acusado y no advertía la violación del principio de congruencia alegado.

En este sentido la jueza señaló que el imputado se defendía de los hechos contenidos en la pieza requirente del Ministerio Público Fiscal que, en relación con la hora del hecho, la fiscal ubicó entre las 13:30 a 14:30 horas.

A ello agregó que la diferencia horaria, que destaca el defensor del acusado, carecía de la relevancia asignada por el defensor durante el debate en razón de que el contexto de la situación debía priorizarse la edad de la víctima (16 años), que ésta había sufrido un abuso sexual, y a raíz de ello estaba conmovida, que era un día de verano, por lo que no existía una diferencia horaria trascendente, como hubiera sido un horario diurno a uno nocturno.

Tal como se anticipó en el punto a del presente apartado, este abordaje de la jueza respecto del planteo de la defensa, se realizó con la debida perspectiva de género que imponía la situación.

En conclusión, entiendo que no pueden prosperar los agravios vinculados a la valoración probatoria de la juzgadora en tanto el recurrente no brinda argumentos que permitan desvirtuar los fundamentos

expresados en la resolución cuestionada. Por todo lo expuesto, considero que debe responderse de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, POR SU VOTO, DIJO: Comparto los fundamentos por los cuales mi colega preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa de J. V. P. G..

En cuanto a las consideraciones realizadas en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género y, en particular, cuando la víctima presenta una doble condición de vulnerabilidad, por su género y por la franja etaria a la que pertenece me remito, en lo pertinente, a lo que ya he referido en numerosos pronunciamientos (ver «**González Pringles**», «**Concha, Jesús**», «**Garrido Olivares**», «**Paz Parra**», y más recientemente, «**Vargas Riquelmes**», «**González Sosa**» y «**Scifo Ruffini**», «**Agüero Pérez**, entre otros). ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. OMAR A. PALERMO, POR SU VOTO, DIJO: Coincido con la solución que brinda mi colega preopinante a la primera cuestión propuesta al acuerdo. En relación a la cuestión vinculada a la **perspectiva de género** en el ámbito de valoración de los elementos de prueba, entiendo oportuno remitirme, en lo que resulta aplicable al presente, al desarrollo realizado en los precedentes «**Mejía Salvador**», «**Di Césare**», «**Zurita**», «**Reyes Cortelezzi**», entre otros. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO, adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO, adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de J. V. P. G..
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

10- VEDIA CARMONA. 11-05-2022

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	Tío EG	NNA	-	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=837>

Lex: Art. 119, 3° y 4° párrafo inc. b del CP. Ley 26485. CDN.

Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual con acceso carnal. Encargado de la Guarda. Concepto. Coito vestibular.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **ocho años y seis meses de prisión** a N.M.V.C. como autor del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por ser **encargado de la guarda** con la víctima (arts. 119, cuarto párrafo, letra b en función con el párrafo tercero del CP). El SA es tío de la menor, y encargado de la guarda.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP). Estima que existían intereses espereos, que la declaración de la menor es imprecisa y cuestiona el carácter de encargado de la guarda, ya que vivía en un departamento independiente.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1612 TPC N° 2, 1° CJ.

Precedentes citados:

- Ver «Teves Lucero», «Italiani», «Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa», «Ojeda Pérez», «Brancello», «Ortega Ragonesi», «Biscontín», «Tobares, Zurita», «Gómez Ayala» y «Montenegro Fisigaro»,
- Ver «González Pringles», «Concha, Jesús», «Garrido Olivares», «Paz Parra», y más recientemente, «Vargas Riquelmes», «González Sosa» y «Scifo Ruffini», «Agüero Pérez, entre otro
- Ver«Mejía Salvador», «Di Césare», «Zurita», «Reyes Cortelezzi», entre otros

Precedentes relacionados:

- Videla Lucero. 19-11-09.

Parágrafos destacados del fallo:

Este Tribunal tiene dicho que, en cuanto a la estructura del relato vinculado a la relación autor - víctima de abusos sexuales, cuando el victimario pertenece al mismo grupo familiar, se acentúa en las víctimas el estado de vulnerabilidad ante los actos abusivos, sobre todo cuando son menores, por la asimetría de edad, fuerzas, poder y rol que cumplen ambos dentro del núcleo familiar. La víctima no es un testigo que observa el delito sino que es, precisamente, la persona que lo **ha sufrido en su cuerpo**, en sus emociones, en su economía, en las relaciones sociales. Por ello, indican que al momento de valorar los relatos de las víctimas de abusos sexuales, debe tenerse presente que "para la víctima el relato de su victimización comprende: a) la conciencia del riesgo de muerte; b) la incomprensión de la violencia sufrida; c) el esfuerzo psíquico de romper el silencio; d) la crisis emocional - afectiva de verbalizar la situación traumática; e) la persistencia de la angustia, miedo y depresión; f) sentimientos de pérdida personal, de humillación social, de humillación a su dignidad personal; g) el relato es el intento de una reconstrucción

post - delictiva de la vida de la víctima. **El coito vestibular** supone la penetración del miembro viril del agente en el vestíbulo vulvar de la víctima. Dicho coito constituye el acceso carnal a que se refiere el artículo 119 del Código Penal. No es menester que el acto alcance su perfección fisiológica por la completa penetración vaginal ni por la eyaculación seminal (LS 93 - 30; 106 - 37). En otras palabras: si la penetración se produce en el plano vestibular del órgano sexual del sujeto pasivo, el hecho encuadra en el delito de abuso sexual con acceso carnal previsto en el artículo 119 C.P., en razón que no es requisito que el himen pierda su contextura orgánica y por tanto la víctima "no sea virgen", (LS 291 - 7), porque se tiene acceso carnal cuando se penetra, porque el criterio que gobierna a la materia no es el fisiológico y puramente biológico, sino el jurídico, que no exige una penetración completa, con desfloración, o con eyaculación u orgasmo paralelo o individual, (LS 214 - 441). Expte.: 96731 - FISCAL C/VIDELA LUCERO NELSON SEGUNDO P/ABUSO SEXUAL S/CASACION. Fecha: 19/11/2009 – SENTENCIA Tribunal: SUPREMA CORTE - SALA N° 2 Magistrado/s: BÖHM-SALVINI-LLORENTE Ubicación: LS407-183

Doctrina citada:

Ver, al respecto, y entre otros, FONTÁN BALESTRA, Carlos – LEDESMA, Guillermo, Tratado de Derecho Penal. Parte Especial, Ed. La Ley, Buenos Aires, T. II, p. 101.

CSJM. Dres.: **Valerio**.Palermo. Adaro (Licencia).

Fallo.

CUIJ: 13-06707357-0/1((018602-745236)) F. C/ VEDIA CARMONA NICOLÁS MARIANO P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR SER COMETIDO POR SER EL ENCARGADO DE LA GUARDA DE LA VÍCTIMA P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105968650*

En Mendoza, a once días del mes de mayo del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 06707357-0/1 caratulada “F. C/ V.C., N.M. P/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR SER ENCARGADO DE LA GUARDA DE LA VÍCTIMA S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y DR. MARIO D. ADARO, tercero.

A fs. 1 obra constancia de la que surge que la defensa del acusado interpone recurso extraordinario de casación contra la sentencia n° 1.612 de fecha 9 de junio de 2021 y sus fundamentos del Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción, dictada en sala unipersonal.

Esto, en razón de que en ella se condena a la pena de ocho años y seis meses de prisión a N.M.V.C. como autor del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por ser encargado de la guarda con la víctima (arts. 119, cuarto párrafo, letra b en función con el párrafo tercero del CP) que se le atribuye en los autos n° P-745.236/19.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

La sentencia cuestionada, en lo pertinente para la resolución del recurso interpuesto, consideró acreditada la plataforma fáctica del requerimiento de citación a juicio, según la cual «[e]l día [...] siendo aproximadamente las 03:00 hs. V.C.N.M. se encontraba al cuidado de su sobrina menor, de catorce años de edad, [R.A.S.V.], en el domicilio ubicado en Barrio [...] Las Heras, oportunidad en la que se acostó en la habitación donde ella dormía, le tapó la boca con el brazo y en contra de la voluntad de ésta última, la penetró».

De la valoración de la prueba obrante en la causa, el tribunal de la instancia previa consideró que existían elementos suficientes para condenar al acusado por este delito.

2.- El recurso de casación

La defensa del acusado formula recurso de casación a fs. 22/29 contra la sentencia arriba individualizada con fundamento en el art. 474, incs. 1 y 2 del CPP.

Luego de expedirse, con cita de doctrina y jurisprudencia, respecto de los recaudos necesarios para la motivación de los fallos judiciales destaca la omisión de considerar pruebas relevantes y significativas lo que deviene en una motivación ilegítima de la sentencia que acontece cuando se trata de la merituación de elementos de convicción incorporados irregularmente al proceso.

Refiere, seguidamente, que el tribunal valoró el testimonio brindado por la menor R.A.S.V. y el de su hermana Z., en Cámara Gesell así como el de su madre, Y. V.C., su abuela, P.S.C. y el del propio acusado, N.V.C.

Sin embargo, señala que **no ha valorado correctamente dicha prueba** en tanto las declaraciones de las menores revelan numerosas contradicciones y existe una notoria enemistad de la madre de éstas con el acusado.

En primer lugar, puntualiza contradicciones entre la declaración de R.A.S.V. y la efectuada por su hermana Z. Una de ellas, respecto de si las niñas dormían en una cama o en el piso y si el colchón era de una o dos plazas. La otra, acerca de si Z. se despertó sola o si fue despertada por R.A.S.V. a través de un golpe. ...

En segundo lugar, refiere que la relación de la madre de la menor con su hermano no es pacífica. Así lo indica la madre de ambos ante una posible **disputa por la porción de la casa** que le corresponde al acusado y celos hacia éste, entendiéndose que ello podría haber originado falsedad acerca del hecho.

Ello cobra importancia **al evaluar la objetividad y veracidad** de sus dichos y el interés en el resultado del juicio, amistad o enemistad.

Concluye que el **relato de la menor no es coherente, preciso ni objetivo**, no encuentra respaldo en el de su hermana quien, a decir del sentenciante, fue testigo ocular y presencial, a lo que aduna el resultado del Cuerpo Médico Forense y la **omisión de producción de prueba sugerida por ese Cuerpo y la testimonial de la profesional interviniente.**

Del mismo modo el examen psíquico del acusado.

En tercer lugar, plantea discordancia acerca de la circunstancia agravante «encargado de la guarda».

Ello, por cuanto **las menores estaban bajo la guarda de H.V.**, tal como afirma la propia progenitora de éstas, que vive con su madre en la parte de delante de la vivienda, mientras que el acusado **lo hacía en un departamento independiente.**

En cuarto lugar, cuestiona la existencia de certeza que indicó el juez de la instancia previa al mensurar la pena pues debió, atento a la prueba rendida, determinar con certeza y precisión la conducta desarrollada, lo que no ha ocurrido.

Afirma que el razonamiento del juez debió llevarlo a un estadio de duda a los términos del art. 2 del CPP, por lo que solicita la nulidad del acto sentencial.

Finalmente, hace reserva de caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General a fs. 36/38 de este legajo contesta la vista de ley y, luego de analizar los agravios esgrimidos, considera que el recurso no procede sustancialmente, debiendo confirmarse la sentencia impugnada.

Con relación a los agravios de valoración arbitraria, afirma que el razonamiento jurisdiccional se ajusta a la sana crítica racional y a las reglas de la lógica y la experiencia común, basado en el derecho vigente sustantivo y convencional, considerando que la víctima de los hechos es **mujer y era una niña.**

Por ello entiende que en los delitos cometidos contra menores y dentro del seno familiar la valoración de la prueba debe tener mayor amplitud, con especial atención a la declaración de la víctima y la consideración de **indicios graves, concordantes y serios respecto** de dicha declaración y los informes psicológicos y físicos de la víctima y del imputado.

Ello, en tanto se cometen en la intimidad y los sujetos activos pueden accionar a las víctimas para que soporten indefinidamente abusos y violencia.

Sostiene que si bien es cierto que la sentencia se basa en la credibilidad de la víctima brindada en Cámara Gesell, la misma es corroborada por la hermana menor, testigo presencial y los informes de los profesionales del EDeAS para concluir, en mérito a ello, que dicho relato es espontáneo, coherente, verosímil y sin influencia de terceros. Señala también que la relación entre el imputado y la madre de la

víctima no a su credibilidad sobre todo porque la segunda se hallaba en el hospital al momento de los hechos.

Del mismo modo brindó fundamentos adecuados a la falta de lesiones al examen físico, a la falta de realización de examen de ADN y a la falta de indicadores del examen psíquico del imputado. Se pronuncia también por el rechazo del cuestionamiento referido a la agravante encargado de la guarda por entender que la misma se presenta aun circunstancialmente, que vive en el mismo domicilio, es tío de las menores y esa noche se hallaban a su cuidado colocándoles un colchón en el piso de su habitación.

Finalmente, al considerar que no existe arbitrariedad en el razonamiento sentencial en razón de que se encuentra ajustado a las reglas de la sana crítica racional con la adecuada valoración de las pruebas obrantes en la causa, que otorgan plena certeza a la existencia de los hechos y la autoría del imputado y, siendo la aplicación del derecho sustantivo correcta, aconseja el rechazo del recurso casatorio. ...

4.-La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso interpuesto por la defensa, debe adelantarse que la impugnación no debe prosperar y, en consecuencia, corresponde confirmar la sentencia impugnada. Paso a explicarlo. Si bien la defensa estructura su queja en cuatro tópicos, su atenta lectura permite circunscribirlos a dos los motivos de agravios. El primero, relacionado con el plexo probatorio y el análisis que hizo el juez de sentencia, al que juzga arbitrario y que conduciría a un estado de duda en favor del acusado (art. 2 del CPP). Para ello desacredita el testimonio de R.A.S.V. y su hermana en función a las contradicciones en que habrían incurrido y en la enemistad que la madre de éstas mantendría con el acusado.

Luego valora pruébalo señalado con el resultado del examen físico del Cuerpo Médico Forense así como con la omisión de diligenciamiento de prueba por parte del Ministerio Público.

El segundo, referido a la calificación legal, específicamente la concurrencia de la agravante del inc. b. del art. 119 del CP –por ser el autor encargado de la guarda de la víctima– por la que resultara condenado.

a.- Consideraciones acerca de la alegada arbitrariedad en el análisis del plexo probatorio.

Indeterminación de los hechos Cabe decir, preliminarmente, que el recurso en este punto no aparece sino como una mera discrepancia en orden a la valoración de la prueba, sin lograr los argumentos de la defensa desvirtuar la validez de la sentencia.

En este sentido, también debe señalarse que en la primera jornada del debate oral las partes, defensa y representante del Ministerio Público Fiscal, arribaron a un acuerdo probatorio integral por el que se incorporó la totalidad de la prueba instrumental y testimonial, pasando directamente a la etapa de alegatos (ver, registro audiovisual del 07/06/2021, minutos 00:19:52 y ss; también, fundamentos, primera cuestión, segundo párrafo).

Así, los hechos que conforman el requerimiento de citación a juicio, y que fueron tenidos por probados en la sentencia, acontecieron el [...] en horas de la noche en el domicilio de la abuela de la víctima de Barrio [...], Las Heras; conclusión a la que llegó el juez luego de **efectuar un análisis completo del plexo probatorio incorporado.**

Esos hechos intimados fueron los que el sentenciante finalmente tuvo por probados (ver, fundamentos, primera cuestión, último párrafo). Como anticipé, entiendo que los elementos de convicción obrantes en la causa han sido valorados siguiendo los principios de la sana crítica racional, en particular la lógica y la experiencia y el sentido común.

Todo con la **debida perspectiva de género y atendiendo, además, a la condición de niña** de la víctima y que el caso amerita. Por ello, estimo que el acto sentencial cuestionado posee la motivación necesaria para ser considerado un acto jurisdiccional válido y, por ello, no adolece de falencias que ameriten su anulación (ver al respecto, L.S. 186-427; 153-011; 354-218; 392-94 y 397-177, entre otros).

El juez de la instancia previa valoró acabadamente el testimonio de R.A.S.V. rendido en Cámara Gesell e hizo lo propio con el de su hermana Z.S.S.V. de siete años, quien se encontraba presente y compartía habitación y colchón con la víctima al momento de los hechos.

La defensa, a fin de restarle mérito convictivo a esos relatos, refiere la existencia de contradicciones: una referida a si las niñas dormían en un colchón en el piso de la habitación de V. o si lo hacían en la cama del acusado. La segunda, al modo en que R.A.S.V. despertó y solicitó auxilio a su hermana menor –si lo fue a través de un golpe o si ésta se despertó sola–.

Al respecto, debe decirse que **la contradicción puntualizada carece de relevancia en relación con la efectiva existencia del hecho** y es por demás insuficiente para restarle valor probatorio al relato que efectuó R.A.S.V.

En efecto, según tuvo acertadamente por acreditado el juez de la instancia previa, las niñas menores R.A.S.V. y Z.S.S.V. –de las que la víctima es la mayor– se encontraban en su vivienda cuando, a raíz de la internación de su madre y el cuidado en el hospital de su abuela, se dirigieron a la casa de esta ... última. En esa casa vivían, además de su abuela P., sus tíos H. y N. y una de sus hermanitas. M.

La parte de la vivienda que ocupaba el acusado –un departamento independiente– se encontraba separado pasando solamente una puerta del resto de la vivienda.

El día de los hechos, estando la novia del acusado, R.A.S.V. y Z.S.S.V. cenaron allí y luego el aquél colocó el colchón –la parte superior de un sommier– en el piso para que durmieran allí.

Luego, la novia del acusado se retiró y compartieron la habitación el acusado con sus sobrinas.

Luego de R.A.S.V. claramente puntualizar dos momentos de acercamiento del acusado al lugar donde dormían, un primer momento en el que logra que el acusado se retire y un segundo en el que acontece el abuso, explicó las razones por las que se encontraba en la casa de su abuela. En este orden, aportó otras circunstancias de contexto relevantes –quiénes viven en el lugar, qué hicieron esa noche en particular y con quiénes compartieron la cena–.

En este orden, refirió que «[...] se acostaron en la pieza del H., [...] que hay dos camas, una de una plaza y otra de dos, [que] la [Z.] estaba durmiendo conmigo en la cama de dos plazas y la sacó, no sé qué hizo, yo estaba dormida [...]» (ver transcripción de Cámara Gesell del 24/10/2019, fs. 167 vta.).

Por su parte, la hermana de R.A.S.V., Z.S.S.V., de tan **sólo siete años pero con absoluta claridad relató el hecho y declaró en Cámara Gesell aportando numerosos detalles de contexto**.

Entre ellos, la ubicación de su hermana –acostada mirando al techo– y de su tío –arriba y mirando a R.A.S.V.–, así como que el acusado se estaba moviendo y su hermana, después, estaba con los pantalones bajos, y lloraba porque le dolía su parte íntima.

En punto a la contradicción señalada por la defensa, al comienzo de su exposición R.A.S.V. señaló, «[...] yo estaba durmiendo en el piso y yo me desperté y mi hermana tenía los pantalones bajados y vi a mi tío arriba de mi hermana y yo entonces llamé a mi tío H. y después se salió [...] estábamos durmiendo y me desperté [...]» (ver transcripción de Cámara Gesell del 03/02/2020, fs. 208). Más adelante, «[...] yo estaba en un colchón con [R.A.S.V.] en el piso [...] de los chiquitos [...]» (ver transcripción de Cámara Gesell del 03/02/2020, fs. 209).

Por un lado, y como expresé, la contradicción acerca del lugar donde efectivamente se acostaron carece de relevancia y, por otro lado, debe destacarse que las menores se encontraban durmiendo y fueron sorprendidas en el medio de la noche con la intromisión del acusado para perpetrar el abuso, lo que pudo efectivamente alterar su percepción.

Ello surge claro cuando R.A.S.V. refirió –dudosamente– que el acusado habría sacado a su hermana cuando previamente ambas se habían acostado juntas. Y en el caso de Z.S.S.V. –también **motivado en su corta edad**– cuando mencionó que el colchón utilizado era de menor tamaño. Pero, además, el modo en que las menores durmieron en la habitación de V. –juntas en el piso en un colchón– fue reseñado por la abuela de éstas, P. C., al momento de radicar la denuncia, quien lo supo de su propia nieta y de su hijo H. (v. fs. 01/03); por su madre Y. (fs. 46/48); por su tía materna, T. V. (fs. 137/138), quien se dirigió al domicilio de su madre y habló con la niña y también lo hizo con su hermano H.; y del relato de V.F., pareja del acusado (v. fs. 235/238), quien no sólo confirmó ello sino que mencionó que ayudó a bajar el colchón de dos plazas –la parte de arriba del sommier– y que no se quedó a dormir precisamente porque sufría de dolores del nervio ciático y les iba a tocar dormir sobre la base del sommier.

A ello debe agregarse la propia declaración del acusado rendida en el debate, **lo colocó en el lugar de los hechos al ensayar una explicación defensiva de lo acontecido** y pretender introducir que **fue R.A.S.V. quien lo incitó a acostarse a su lado y mantener relaciones sexuales.**

Según el acusado, frente a lo referido, se levantó y se alejó, reconociendo que se introdujo en el colchón en donde dormían las menores.

Expresamente dijo, «[...] no había colchones suficientes para que durmieran [R.A.S.V.] y [Z.S.S.V.] [...] yo retiré el colchón mío y lo puse al pie de la cama y le dejé el control remoto a [R.A.S.V.] para que vieran televisión [...]. Como a las tres de la mañana me despertó y [R.A.S.V.] estaba con el control [...]. Ella me dijo que me quede ahí [...]. Me recosté sobre el costado de la cama de ella, o sea el colchón que estaba en el piso, estaba [Z.S.S.V.], [R.A.S.V.] y yo [...]. Ella empieza a decir que tuviéramos algo que no estaba bien [...]. Cuando me percaté de que lo que pasaba ahí que estaba mal, me ... salí del lugar [...]. [R.A.S.V.] empezó a los gritos y despertó a [Z.S.S.V.] y le dijo que vaya a buscar a mi hermano [...]» (ver registro audiovisual del 07/06/2021, minutos 00:06:39 y ss).

Cabe también concluir que la contradicción reseñada en punto a si la víctima, luego del hecho, despertó a su hermana menor o si ésta se despertó sola deviene, también, manifiestamente irrelevante. Además, como surge de la transcripción anterior, fue el propio acusado quien afirmó que R.A.S.V. despertó a Z.S.S.V., lo que se compadece con las reglas de la lógica y el sentido común, en tanto el hecho aconteció a las tres de la mañana aproximadamente.

La circunstancia de encontrarse en medio de la noche, durmiendo ambas –fuera de su casa, de su habitación y de su cama–, habiéndose acostado relativamente tarde, sumado a la actitud sorpresiva, inusitada e inesperada de su propio tío quien fuera, a su vez, quien las invitara a quedarse allí, no son sino factores que pudieron válidamente incidir en el recuerdo de las niñas.

De tal manera, **las contradicciones referidas por la defensa carecen de relevancia frente a la contundencia del relato claro, preciso, reiterado** de R.A.S.V. a su familia y a cada uno de los profesionales que la entrevistaron.

Versión de los hechos que fuera corroborada con el **testimonio de su hermana menor Z.S.S.V. y otros numerosos elementos periféricos.**

Así lo entendió, y comparto, el sentenciante (ver fundamentos, primera cuestión, punto I.5). En otro orden y con el mismo objeto –cuestionar la objetividad y veracidad de los dichos de R.A.S.V.– la defensa trajo la

declaración de la abuela de la víctima y madre del acusado en la que hizo saber sobre la existencia de disputas entre éste y su hermana, madre de R.A.S.V realizada con posterioridad a la denuncia. Dichas disputas, no sólo han surgido de la declaración de P.C. de fs. 344 sino del testimonio de V.F. de fs. 235/238, novia del acusado quien, incluso, refirió haber sido lesionada y amenazada por Y.V. y su pareja.

Lo propio hizo el acusado (ver registro audiovisual del 07/06/2021, minutos 00:20:15 y ss) cuando mencionó problemas con su hermana originados en una mala relación con la pareja de ésta y en los tratos que Y. mantendría con su madre. Sin embargo, e independientemente de la calidad del vínculo existente entre ambos hermanos –el acusado y Y.–, las circunstancias del develamiento del abuso sufrido por R.A.S.V. permiten desvirtuar la existencia de interés en perjudicar al acusado o de ganancialidad alguna, por caso pretender Y. quedarse con su parte de la vivienda en la casa materna.

Ello así en tanto inmediatamente de acontecido el abuso, fue Z.S.S.V. quien corrió a avisar lo acontecido a su otro tío materno H. que se encontraba en la parte de adelante de la casa. Así surge de la denuncia, del testimonio de T.V., y del propio acusado. Y ello mientras la progenitora se encontraba internada y al cuidado de la denunciante, quien recién tomó conocimiento a su regreso al domicilio y refirió expresamente que no habían llamado a la policía, que llegó a las 10:00 aproximadamente, que fue cuando la niña le contó lo sucedido y que fue en busca de su hijo N. y, no obstante negarle el hecho y tratarse de su hijo, se dirigió a radicar la denuncia, la que se recibiera a las 17 horas. Además la abuela de R.A.S.V. mencionó que al momento de radicar la denuncia sólo tenían conocimiento de lo acontecido ella y su hijo H.. En tanto, T. V. (fs. 137/138), fue a la casa de su madre ante su llamado a las 12 hs. del mediodía y dijo ser ella quien habló con la menor víctima.

Finalmente, la misma madre de R.S.S.V. refirió cómo tomó conocimiento del hecho, a través de su propia hija, a las 2.30/3 hs. de la mañana, es decir, inmediatamente de acontecido, ocasión en que la niña prácticamente de manera idéntica le refirió lo acontecido.

De tal manera, no existe sino solución de continuidad entre el hecho, el pedido de ayuda al único adulto que estaba en la vivienda además del agresor, su tío H., la noticia a su madre y luego a su abuela y su tía T..

Todo ello impide colegir que alguna persona o situación hubiera podido influir en el relato de la niña lo que, por otra parte, surge con evidencia de los informes periciales del EDeAAS de fs. 248/249.

Ausencia de lesiones en la víctima y exámenes positivo del imputado

La defensa también argumenta en función del resultado del examen físico de del Cuerpo Médico Forense a R.A.S.V. del que surge que **no presenta ... lesiones** en la superficie corporal ni lesiones a nivel perivulvar, perineal ni anal, así como su **himen íntegro** (fs. 33 y vta.).

Del mismo modo, se expide en relación con el examen psíquico del acusado (fs. 250).

También señala omisiones en la producción de la prueba, refiriéndose al examen de ADN del resultado positivo de antígeno prostático que surge del examen de laboratorio de fs. 128. Sobre ello, corresponde hacer algunas aclaraciones.

El examen de ADN fue sugerido a fs. 128, solicitado a fs. 179 y obra constancia de su realización a fs. 218, no obstante que no se agregara oficio en contestación de dicha medida.

Sin embargo, no debe dejar de considerarse que **hubo acuerdo probatorio integral de las partes por el que se incorporó toda la prueba rendida en la investigación penal preparatoria** la que fue valorada por el juez de sentencia.

Coito vestibular o imperfecto

Dicho esto, debe señalarse que el resultado del **examen físico de la menor** fue materia de acabada evaluación y cotejo con la totalidad del plexo probatorio rendido para considerar, a tenor a la declaración de R.A.S.V., que el abuso sexual con acceso carnal, al que claramente aquella se refiriera, se satisfacía con la existencia de un coito vestibular o imperfecto, como mayoritariamente se ha expedido la doctrina y la jurisprudencia, a la que cita, a lo que además sumó como elemento de corroboración el resultado de laboratorio sobre las prendas de la niña.

Comparto entonces el desarrollo efectuado por el sentenciante, quien comienza su evaluación probatoria con la consideración del testimonio de R.S.S.V., víctima de autos al que añade el de Z.S.S.V. a quien considera testigo presencial, aun cuando lo sea del tramo final del suceso.

Sumó también elementos de corroboración periféricos.

Así, los exámenes de los profesionales del EDeAAS que informaron indicadores de abuso sexual intrafamiliar específicos e inespecíficos; los testimonios de su progenitora, su abuela y denunciante y su tía materna T., quienes reprodujeron las circunstancias de los hechos con gran similitud.

En función de ello, concluyó que el relato de R.S.S.V había sido coherente, preciso y objetivo, altamente veraz y creíble, descartando la influencia de terceras personas.

Finalmente, se detuvo y analizó la inverosimilitud del descargo del acusado al pretender, en ejercicio de su derecho de defensa, trasladar la responsabilidad de los hechos a la propia víctima de autos.

Asimismo, de la lectura de los fundamentos debe colegirse que el juez de la instancia previa consideró que la declaración de la víctima era de fundamental importancia y advirtió, además, adecuadamente, que la misma goza de una doble protección constitucional-convencional por su condición de niña y de mujer, en mérito a las obligaciones –plenamente exigibles– asumidas por el Estado argentino en orden a la investigación y juzgamiento de los hechos de los que resulten víctimas frente a los organismos internacionales de protección en cuanto a los derechos del Niño y los derechos de las mujeres.

Entiendo así que observó los criterios de valoración señalados en la ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales en observancia de la legislación vigente, nacional y provincial y supranacional, y del principio de igualdad al garantizar el acceso a la justicia de la víctima de autos.

Ahondó también acerca de la vigencia y alcance, en mérito a los hechos materia de juicio, de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer aprobada por nuestro país mediante Ley 24632. E hizo lo propio con la Convención sobre los Derechos del Niño ratificada por Ley 23849 en tanto los considera sujetos plenos de derecho, merecedores de respeto, dignidad y libertad, debiendo prevalecer el «interés superior del niño» como consideración primordial en las medidas que deban adoptar las instituciones públicas o privadas y las autoridades administrativas, legislativas y judiciales.

En este sentido y sobre los objetivos de la ley 26.485 en cuanto al derecho de las mujeres a desarrollar una vida sin violencia, la eliminación de todo tipo de discriminación entre varones y mujeres, así como la generación de políticas para lograr estas condiciones tuve ocasión de pronunciarme en diversos precedentes («Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa»; «Quiroga Morales»; «Vázquez Tumbarello»; entre otros). Del mismo modo respecto del verdadero deber jurídico que impone la normativa para los operadores del sistema de administración de ... justicia en relación con la metodología de abordaje en este tipo de delitos (ver al respecto «Ojeda Pérez»), más cuando la víctima es una niña, doblemente vulnerable por su edad y por ser mujer (ver «Vega» y «Zurita»).

Conforme con todo lo expuesto, entiendo que surge con certeza tanto la existencia del hecho como la autoría del acusado debido a que los elementos probatorios obrantes en la causa han sido adecuada e integralmente ponderados por el juez de la instancia previa, conforme lo imponen los **arts. 206 y 409 del CPP**, en rigurosa observancia de las reglas de la sana crítica racional y con la debida perspectiva de género que el caso imponía, cuyo apartamiento la defensa no ha podido demostrar.

Ya he sostenido y estimo conveniente recordar que un recurso de casación que invoca la infracción a las reglas de valoración de la prueba, para lograr conmover los fundamentos de la sentencia impugnada, debe contener el análisis de todo el cuadro convictivo evaluado y, en función de éste, demostrar lo decisivo del vicio que se denuncia.

Ello, porque es sabido que arbitrariedad no significa mera disconformidad con la solución adoptada por el sentenciante. De allí que resulte inconducente una argumentación impugnativa que, desde la órbita de lo que suponen los vicios formales, se contente sólo con cuestionamientos aislados, o que tome las pruebas de manera desconectadas, o que esgrima un defecto carente de trascendencia en una apreciación integrada de ellas (voto en «**Gutierrez Farfán**»).

Esto, en razón de que «el sistema de la sana crítica racional, se encuentra íntimamente relacionado con el principio de la unidad de la prueba, e impone como regla la consideración de la prueba en su conjunto, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas, que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles o imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados» (L.S. 381-233; 382-107; 388- 219; 398-42; 401-188).

En función de lo expuesto, los agravios formales vinculados con la valoración de la prueba por parte del juez de la instancia previa, que conllevan la pretensión de aplicación del principio de la duda (art. 2 del CPP), no pueden ser de recibo en esta instancia

b.- Sobre la pretensión vinculada a la errónea aplicación de la ley sustantiva en relación con la agravante del inc. b. del art. 119 del CP.

El segundo sustancial de la defensa se cierne a la **calificación legal y la aplicación al caso de autos de la agravante del inc. b. del art. 119 del CP** por la que resultara condenado V.

Para ello, afirma que las menores se hallaban bajo la guarda de H.V., quien vivía en la casa con su madre y abuela de las niñas en la parte de adelante del inmueble, mientras que el acusado lo hacía en un departamento independiente.

Encargado de la guarda.

La discusión gira entonces por determinar el alcance de la circunstancia agravante cuando refiere al **«encargado de la guarda»**.

Al respecto, debe señalarse que ella se vincula con **situaciones de hecho y abarca cualquier circunstancia social o de hecho por la cual el autor está obligado a tutelar el interés de una persona menor de edad.**

Así, lo ha señalado destaca doctrina (ver, al respecto, y entre otros, FONTÁN BALESTRA, Carlos – LEDESMA, Guillermo, Tratado de Derecho Penal. Parte Especial, Ed. La Ley, Buenos Aires, T. II, p. 101).

Ahora bien, de la prueba rendida surge claramente la existencia de una **situación de guarda momentánea**, como bien lo señala el sentenciante.

Ello surge, no sólo de la propia **invitación del acusado a sus sobrinas a pernoctar en su habitación**, sino de las declaraciones de P. C., Y. V., V.F. y T. V. En particular, esta última señaló que mantuvo conversación telefónica con su hermano N. V. aproximadamente a las 22 hs. de la noche –cuando ya su madre se había ido al hospital a cuidar a Y. y le habría encargado a sus sobrinas (ver declaración de fs. 138 vta.).

En mérito a lo señalado, no se advierte vicio alguno en la calificación legal de los hechos encuadrados por el juez de la instancia previa y que consideró acreditados en la sentencia en tanto se aprecia en el caso una situación de hecho configurativa de la agravante de guarda prevista por el inc. b. del art. 119 del CP. Por ello, y en opinión concordante con el señor Procurador ... General, corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede. SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado N.M.V.C.
- 2.- Tener presente la reserva federal efectuada.
- 3.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 11 de mayo de 2022.-

11- ARANCIBIA CHIRQUINA y ot.. 12-05-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	Dos	M	-	PCE	-	-	CO	-	-	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=838>

Lex: 119 , 1°, 3° y 4° párrafo inc. d, 125 CP. VG. Art. 250 del CPP. Art. 392 CPP. Ley 26485.

Vox: Abuso sexual con acceso carnal. Dos SA. Pericia. Hecho diverso. Introducción digital (dedos). Alcohol.

Summa:

El **TPC** condenó a los nombrados a la pena de **ocho años y seis meses de prisión**, accesorias legales y costas, por considerarlos coautores penalmente responsables del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por ser cometido por dos personas (art. 119 tercer párrafo, en función del primer párrafo, último supuesto, y cuarto párrafo inc. d del CP). La víctima había perdido el conocimiento por ingesta de alcohol. La **defensa de V.** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 2 CPP). Estima que la resolución cuestionada posee vicios en su fundamentación que la descalifican como acto jurisdiccional válido. El recurrente critica el grado de credibilidad que se le reconoce al testimonio de la víctima.

La **defensa de A.C.** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP). Cuestiona que el MPF planteó un hecho diverso. (Art. 392 CPP) Muta la introducción de pene por dedo. Se aduce que también los masculinos habían tomado alcohol.

El **Procurador General** entiende que deben ser rechazados en lo sustancial los recursos casatorios promovidos.

La SCJM rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1623. TPC N° 2, 1° CJ.

Precedentes citados:

a-SCJM:

I- Valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género

- «Galdeano Reyes». 31-07-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=242>
- Ver «González Pringles», «Ruiz G.», «Alaniz Pineira» y más recientemente, «Vargas Riquelmes», «González Sosa» y «Scifo Ruffini», entre otros.
- Teves Lucero», «Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa», «Quiroga Morales», «Ojeda Pérez», «Vázquez Tumbarello», «Vega»; «Zurita», entre otros.

SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.

Fallo.

CUIJ: c/1((018602-32617)) FC. C/ARANCIBIA. CHURQUINA. ADRIAN Y VALLEJOS. SERGIO. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR SER COMETIDO POR DOS O MÁS PERSONAS P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN (32617) *105978700*

En Mendoza, a los doce días del mes de mayo del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 06718364-3/1 caratulada "FC/ARANCIVIA. C., A. A. Y V., S. D. P/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR SER COMETIDO POR DOS O MÁS PERSONAS S/RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO, y tercero el DR. MARIO D. ADARO.

La defensa de los acusados, cada uno por su parte, plantean recursos de casación contra la sentencia n° 1.623 (fs. 94 y vta. del legajo) pronunciada por el Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial, y sus fundamentos (fs. 95/102 vta.) por la cual se condena a A. A. A. C. y a S. D. V. a la pena de ocho años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas, por considerarlos coautores penalmente responsables del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por ser cometido por dos personas (art. 119 tercer párrafo, en función del primer párrafo, último supuesto, y cuarto párrafo inc. d del CP) en el marco de los autos n° P-32.617/19.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver: PRIMERA: ¿Son procedentes los recursos interpuestos? SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde? TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La sentencia cuestionada por las defensas de los acusados resolvió del modo precedentemente señalado al considerar que la totalidad de las pruebas incorporadas a la causa le permitían acreditar con certeza que los hechos ocurrieron del siguiente modo: «el día 22 de Julio de 2019, siendo aproximadamente las 05:00 hs., en el domicilio ubicado en la lateral oeste de la manzana, del departamento de Maipú, provincia de Mendoza vivienda en la cual reside S. D.V., éste junto con A. A. A. C., aprovechando que la víctima de autos, N.N.O.G., **había perdido el conocimiento** atento a que había ingerido alcohol durante esa jornada y la anterior, la llevaron al referido domicilio. Una vez allí la trasladaron hasta la habitación de S. D. V. y la acostaron sobre su cama.

Allí despertó la víctima, mientras S. D. V. la accedía con su pene por la vagina y A. A. A. C., luego de manifestar "por ahí no, que eso es mío", le introdujo su dedo en el ano, ocasionándole dolor» (ver fundamentos, fs. 101 vta./102).

Para considerar acreditada la plataforma descrita el sentenciante valoró, principalmente, el testimonio de la víctima, cuya credibilidad respaldó a través de la corroboración periférica obtenida mediante otros elementos probatorios.

En particular, en la sentencia cuestionada el juez ponderó en las declaraciones testimoniales rendidas durante el debate por D G, V C y L C, así como también, de los profesionales forenses que entrevistaron a la víctima durante la investigación penal preparatoria, quienes elaboraron los informes incorporados a la causa como prueba instrumental.

Asimismo, el informe del Cuerpo Médico Forense de fs. 25/26, del que surge el resultado del examen físico practicado a la víctima suscripto por la Dra. Marcela N. Godoy Amore y su declaración en juicio; el informe del Equipo de Abordaje de Abuso Sexual (EDeAAS) realizado por la Lic. Julieta Mama y la Lic. Daniela Galván, y sus testimonios en debate; y, finalmente, la restante prueba instrumental incorporada debidamente a la causa, particularmente las conversaciones que mantuvo la víctima con los acusados mediante la red social WhatsApp que tuvieron lugar en horas posteriores al hecho.

En función de ello, le restó peso convictivo a los informes y explicaciones efectuadas en debate por los peritos de control –Lic. Demalde y Lic. Messina– respecto del examen psicológico de la víctima, y juzgó que las declaraciones ofrecidas por los acusados, en ejercicio de su defensa material, en el debate pudieron ser consideradas como hipótesis explicativas plausibles de los hechos investigados.

2.- Recursos de casación

En lo sucesivo se reseñarán separadamente los recursos de casación interpuestos por cada una de las defensas de los acusados, de acuerdo con el orden cronológico en que dichas impugnaciones fueron presentadas y admitidas formalmente por el tribunal de origen.

a.- Recurso de casación planteado por la defensa de S. D. V.

La defensa particular del acusado V. promueve recurso de casación contra la sentencia arriba reseñada a tenor de lo previsto en el inc. 2 del art. 474 del rito penal, es decir, por considerar que existen vicios en su fundamentación que la descalifican como acto jurisdiccional válido.

Luego de repasar algunos segmentos del fallo, el recurrente critica el grado de credibilidad que se le reconoce al testimonio de la víctima.

Para ello, niega que sea posible asignarle esa cualidad con los mensajes de Whatsapp aportados a la causa, referidos a conversaciones mantenidas con el acusado. En su criterio, esos diálogos no acreditan que N.N.O.G. fue abusada sexualmente por el acusado, porque cuando la víctima le dijo a V. «**si hubo penetración cagaste**», haciendo depender del resultado de chequeos médicos esa situación, debe interpretarse que ni ella estaba segura si el hecho ocurrió o no.

En la misma perspectiva crítica, considera que el razonamiento del sentenciante resulta contradictorio, toda vez que mientras consideró creíble el relato de la denunciante, reconoció presentaba **una grave perturbación de su conciencia derivada de su excesivo consumo de alcohol**.

Por otro lado, el recurrente considera que las explicaciones aportadas por **los peritos de control** en relación al examen psicológico de la víctima no han sido debidamente valoradas.

Concretamente, en cuanto en ellas se refiere que ella denunció a los acusados **motivada por una finalidad ganancial de carácter económico**.

Extremo que resultaría conteste con la declaración de V. C. cuando dijo que la denunciante le había manifestado que les iba a pedir a cada uno de ellos una determinada suma de dinero (\$100.000).

Finalmente, el letrado alega que la sentencia resulta nula, de nulidad absoluta, porque a través de ella se ha violado el derecho de defensa en juicio de S. V.. Al respecto, indica que el abogado que asistió técnicamente al acusado durante la etapa previa al debate solicitó, en el marco de la audiencia preliminar, que se le realizara a V. una pericia a fin de acreditar que **padecía de disfunción sexual eréctil**.

Sin embargo, y pese a que dicha **prueba habría sido consentida por la representante del Ministerio Público Fiscal, nunca fue sustanciada**.

Considera que se trata de una prueba fundamental porque, de demostrarse que su representado efectivamente no podía mantener una erección, se trataría de una circunstancia que impediría atribuirle responsabilidad penal en el acceso carnal cuya comisión se le atribuye en autos.

En función de todo ello, solicita que se anule la sentencia impugnada y remita las actuaciones al subrogante legal para que se realice un nuevo juicio, conforme lo prevé el art. 486 de la ley procesal local. Formula reserva del caso federal.

b.- Recurso de casación planteado por la defensa de A. A. A. C.

A su tiempo, la defensa particular de A. C. impugna la sentencia con base en las previsiones del art. 474 incs. 1 y 2 del Código Procesal Penal. Al respecto, sostiene que el tribunal de juicio, contradiciendo las reglas de la sana crítica racional, ha realizado una incorrecta valoración de las pruebas colectadas en autos, desde que no existen elementos probatorios suficientes para considerar que el acusado ha sido el autor del delito endilgado. Vicio que se completa con una errónea aplicación de la ley sustantiva.

En el segmento dedicado a los vicios formales, el recurrente considera que el fallo impugnado resulta arbitrario y carente de una debida fundamentación, desde que el sentenciante no ha analizado en conjunto la prueba producida, ni tampoco ha valorado lo alegado por esa parte durante el juicio.

En forma preliminar, destaca que, durante el debate, la representante del Ministerio Público Fiscal **planteó la existencia de un “hecho diverso” (art. 392 del CPP), lo que provocó que se modificara el requerimiento de citación a juicio**, particularmente en lo que tiene que ver con la participación de su representado en el hecho objeto del proceso, a quien **se le atribuyó un comportamiento diferente** de aquel que, hasta esa oportunidad, se le había recriminado.

Seguidamente, reseña fragmentos de los fundamentos del fallo e introduce sobre ellos sus concretos motivos de censura. Razón por la cual, en lo que sigue, se hará mención a estos últimos en el orden en que aparecen relatados en el escrito recursivo.

En primer lugar, expresa que resulta falaz la afirmación que realiza el juez cuando dijo que la acusación se basaba en el material probatorio producido durante la investigación penal preparatoria.

Ello, porque mientras la hipótesis fáctica del requerimiento de citación a juicio le atribuyó a A. C. haber accedido carnalmente por vía anal a la víctima con su pene, la nueva plataforma fáctica planteada por el Ministerio Público Fiscal durante el juicio le enrostró a su asistido la introducción de su dedo en el ano de la denunciante. Considera que la agente fiscal se vio forzada ilógicamente a variar la pieza acusatoria, producto de modificación sorpresiva en este punto del relato de víctima durante el debate.

Por ello, es que **la prueba de la investigación no condice con el hecho diverso** planteado por la acusación en el juicio.

En segundo lugar, cuestiona la valoración que hace la sentencia sobre los dichos de la víctima. Entiende que su testimonio resulta poco creíble desde que adolece de contradicciones groseras que no han sido debidamente valoradas por el sentenciante.

En ese terreno, el recurrente destaca que en cada una de sus declaraciones durante la investigación penal preparatoria –fs. 1/3, 5 y fs. 215/218– la víctima siempre le atribuyó a A. C. haberle realizado actos de tocamiento sobre sus glúteos. Comportamiento muy diferente a una penetración de su parte cuando, además, aquél se encontraba vestido y acostado a su lado.

Señala que la víctima tampoco se encontraba en situación de saber, dada su posición en el escenario de los hechos, si S. V. la estaba penetrando vía anal o vaginal. Desde ahí considera que es incompatible que A. C. le haya dicho a V. «por ahí no, que eso es mío» siendo que, además, **el informe físico no detectó indicios de penetración vaginal**.

Con lo cual, infiere la defensa que la penetración que refiere la denunciante por parte de S. V. fue por vía anal. Sostiene que tampoco es coherente el relato de la denunciante cuando menciona que, **de no recordar nada de nada, de golpe se despertó con sus cinco sentidos**, pudiendo corroborar

sensorialmente que se encontraba en la habitación del domicilio de S. V., porque reconoció una mesa de luz, y notó un aroma particular.

Refiere que también resulta imposible que, en el mismo momento en que describe la víctima que V. le sujetaba la cadera y la penetraba por la vagina, A. C. le haya estado accediendo carnalmente por vía anal, sea con su pene –como lo dijo durante la investigación penal preparatoria– o digitalmente –según sus dichos en debate–. Individualiza inconsistencias de la víctima al describir su vestimenta al momento del hecho, pues durante el debate omitió mencionar que llevaba puesta una calza debajo del pantalón de jeans.

Considera relevante esta omisión porque ese dato niega la supuesta facilidad en la maniobra de los acusados para quitarle –y luego colocarle– la ropa. Remarca que la víctima también dijo que consumía alcohol desde los dieciséis años, lo que brinda una pauta de alta tolerancia alcohólica que, por ello, lejos está de alcanzar un grado de inconsciencia tal como el que se reconoce en la sentencia.

Es por ello que el recurrente interpreta que la denunciante tuvo plena conciencia de sus actos durante los hechos. Critica la conducta del juez consistente en atribuirle a la víctima ciertos dichos que ella nunca habría mencionado, como cuando se dice que ella le recriminó a A. C. el haberle introducido sus dedos en la cavidad anal.

En otro orden, cuestiona que el juez no valorara que la denunciante le pidió a su representado que la llevara a otro local bailable en Guaymallén, como lo dijo en una declaración anterior al debate (fs. 216) para, luego de ello, le solicitara que se dirigieran a la casa de S. V..

En tercer lugar, critica el análisis que hace la sentencia de los testimonios de D. G. y de L. C..

En relación con el primero, advierte que en ningún momento del debate mencionó que la víctima le dijo que A. C. la accedió carnalmente.

Sobre la declaración de la segunda, cuestiona que no se haya valorado que la testigo aseguro que, cuando la dejaron a ella en su domicilio, observó que N. N. O. se encontraba en buen estado.

Además, negó que la denunciante hubiera consumido alcohol en excesivas cantidades, como lo hacía en otras ocasiones.

En cuarto lugar, referido a los mensajes aportados por la víctima de conversaciones mantenidas con ambos acusados, sostiene la defensa que se trata de una prueba que carece de valor probatorio porque no fueron acompañados junto con la denuncia y no fueron controlados por la defensa.

En relación con el diálogo que mantuvo la denunciante con A. C., el recurrente advierte que el juez seleccionó y descontextualizó esos diálogos en los que, además, se observa una manipulación constante de la denunciante mediante el empleo de expresiones falsas y amenazantes.

Respecto de las supuestas recriminaciones que la víctima le habría hecho al acusado, niega que tales expresiones deban ser interpretadas en el sentido en que lo hace la sentencia, como expresiones que evidencian que la denunciante no estaba segura si A. C. la había accedido carnalmente o le había introducido sus dedos en el ano. Porque, señala, en otros pasajes de ese mismo diálogo, es O. quien le reprocha al acusado los actos de tocamiento quien, además, nunca admitió implícita ni explícitamente aquello que se le reclamaba, sino sólo admitió una burla sobre el cuerpo y olor de aquella.

En quinto lugar, respecto al **informe médico**, destaca la ausencia de espera en las prendas de vestir de la denunciante que fueron analizadas en laboratorio. Mientras que, respecto de la constatación de lesiones en la zona anal, refiere que las mismas fueron producidas por la acción ejecutada por V., lo que resultaría coherente con los dichos de O., en cuanto siempre dijo que éste la había penetrado.

Estima que el único dato relevante que surge del examen toxicológico es que descarta la presencia de alcohol en la sangre de la denunciante.

Si bien no niega que ella consumió bebidas alcohólicas, sostiene que no hay evidencia sobre la cantidad de ese consumo, aspecto que impediría saber con certeza si ese consumo fue la causa que desencadenó el estado de inconsciencia u obnubilación que refirió la Dra. Marcela Godoy, del Cuerpo Médico Forense. También manifiesta su discrepancia con los informes elaborados por las psicólogas oficiales que entrevistaron a la víctima y la valoración que de ellos realizó el juez en la sentencia.

Considera que si bien esas profesionales consideraron que el relato de O. era creíble, porque dijeron que no habían detectado en él indicadores de fabulación o mitomanía, ello resultaría una conclusión parcial e incorrecta de las médicas quienes no soslayaron las numerosas contradicciones detectadas.

En esta línea crítica, destaca lo informado por los peritos de control. Refiere que el Lic. Demalde dijo que el relato era coherente pero no creíble porque la denunciante manifestó reacciones de su cuerpo incompatibles con el estado de aguda intoxicación por ingesta de alcohol.

Mientras que **el Lic. Messina agregó que la víctima se mostró reticente a brindar cierta información, además de desinterés y poca colaboración.** Critica que esa información no haya sido debidamente valorada en la sentencia impugnada.

Cuestiona que el juez haya descartado que la víctima consintió la realización del acto sexual, dado que no existe prueba objetiva que acredite que la voluntad y el consentimiento de la denunciante se encontraban viciados el momento de la práctica sexual.

Aquí subraya que la falta de stress postraumático –no abordada debidamente en la sentencia– explica el significado que le asignó la denunciante al acto sexual, y que hubo consentimiento de su parte para realizarlo. Resalta que el examen psíquico realizado a los acusados expone la ausencia de cualquier trastorno de sexualidad en A. C..

En sexto y último lugar, cita pasajes de las declaraciones en juicio de su representado, y las confronta críticamente con el análisis que hace de ellas la sentencia en crisis. Destaca que A. C. aseguró que la denunciante le pidió que la llevara a su casa, luego que fueran a otro boliche y que, ante su negativa, le dijo que se dirigieran a la casa de S. V.. Luego que arribaron al lugar, y tras haber consumido –los tres– alcohol en el interior de su vehículo, primero descendió S. V., luego la víctima y finalmente él. Que, al ingresar al domicilio, los encontró a los dos en la cama besándose, ingiriendo alcohol y tanto él como S. V. fumaban un cigarrillo de marihuana. En ese momento él también besó a N.N.O.G. A partir de ese relato, la defensa considera que ha quedado demostrado que la denunciante ingresó por sus propios medios al domicilio de V., de forma consciente y voluntaria y, por ende, consintió voluntariamente participar de la práctica sexual.

Además de subrayar que «el acceso vaginal por parte V.» (sic) resulta probado por los dichos de la víctima, por los mensajes que se intercambiaron y por los exámenes psicológicos practicados.

Respecto de la calificación legal, la defensa indica que no ha quedado acreditado que su representado le introdujo sus dedos en el ano de la víctima. **Tampoco la falta de consentimiento de la víctima ni su estado de alcoholización al momento de los hechos.**

Estas razones impiden considerar que la conducta enrostrada a A. C. encuadrara en la hipótesis delictiva prevista en el último supuesto del art. 119, primer párrafo del Código Penal, por ausencia de elementos de prueba que demuestren el dolo típico.

En función de lo señalado, solicita que se anule la sentencia impugnada por falta de prueba que acredite la participación de A. C. en el hecho ni la conexión subjetiva con la calificante endilgada y, en consecuencia, que disponga su absolución. Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de contestar la vista que del recurso se le confirió, el representante del Ministerio Público Fiscal afirma que el recurso de casación promovido por la defensa del acusado A. C. debe ser sustancialmente rechazado (fs.7/9 vta.).

En ese sentido, expresa que la valoración del tribunal de juicio ha privilegiado el testimonio directo de la víctima, que ha relatado los hechos específicos por los que se condenó a los acusados, que es el abuso sexual, respecto de A., que consistiría en la introducción en el ano de la víctima de sus dedos o un elemento similar.

Relato que consideró creíble a la luz de la inmediación, basado en los exámenes psicológicos que sostienen que la víctima no fabula, no miente y es coherente, no ha inventado una historia, además de otros factores que constituyen indicadores de credibilidad.

Entre estos, el examen físico y la declaración de la Dra. Marcela Godoy. Considera que no existe la duda que pretende instalar el recurrente con endebles ataques a la solidez de la sentencia condenatoria, y que la ley penal sustantiva ha sido debidamente aplicada en la sentencia por parte del tribunal de juicio. Posteriormente, en relación con el recurso de casación promovido por la defensa del acusado V., el titular del Ministerio Público Fiscal considera que el mismo debe ser sustancialmente rechazado (fs. 13/ vta.).

Respecto de los particulares motivos de agravios invocados por el recurrente, señala que la afirmación de la víctima cuando señala que S. V. la accedió por vía vaginal, no puede ser desvirtuada por el hecho que no se haya encontrado restos de semen.

Agrega que el cuestionamiento referido a los mensajes y la dualidad de la afirmación de la víctima de que la habían abusado y la espera de la corroboración de ello por los exámenes físicos, se deben a su estado de obnubilación.

Niega que se haya producido una violación al derecho de defensa del acusado. Señala que esa parte no insistió en que se realice la prueba pretendida, además que la misma resultaría inconducente para determinar si S. V. podía o no mantener una erección, pues fue la víctima quien manifestó que aquel debía tomar una pastilla para mantener una relación sexual.

Con lo cual la imposibilidad de la que habla la defensa no es tal, porque sería vencible con solo tomar las pastillas indicadas.

Descarta el estado de duda que pretende instalar el recurrente, y refiere que la ley penal sustantiva ha sido debidamente aplicada en la sentencia por parte del tribunal de juicio.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, adelanto que —en base a los motivos que se expondrán a continuación— corresponde rechazar sustancialmente los recursos de casación interpuestos y, en consecuencia, confirmar la sentencia condenatoria pronunciada por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial en estos autos.

A modo introductorio debo señalar que, si bien los defensores de los acusados aluden —en conjunto— a la presencia tanto de vicios sustanciales como formales que, desde su perspectiva, descalifican la pieza atacada como acto jurisdiccional válido, lo cierto es que el contenido de ambos recursos permite advertir

que, en esencia, sus planteos se nutren esencialmente de argumentos dirigidos a demostrar que el tribunal de la instancia anterior ha inobservado normas que la legislación procesal establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad –vicios in procedendo–.

En ese terreno crítico, es posible identificar tres puntos de agravio que pueden ser tratados en forma independiente.

Por un lado, el planteo de nulidad de la sentencia por violación al derecho de defensa derivado de la no realización de actos probatorios ofrecidos durante la etapa procesal respectiva (i).

Por otro lado, la referencia a la aplicación del instituto del hecho diverso y su impacto sobre el material probatorio que sustenta la acusación fiscal (ii).

Finalmente, la disconformidad de ambos recurrentes con el modo en que el tribunal de juicio valoró los elementos de prueba incorporados a la causa para determinar la responsabilidad penal de los acusados en los hechos que conformaron el objeto procesal del presente proceso, desde donde se alega –coincidentalmente– violación a las reglas de la sana crítica racional (iii). De tal modo, a efectos de exponer de manera clara las consideraciones que me conducen a rechazar de ambas impugnaciones casatorias, razones de estricto orden lógico y metodológico sugieren efectuar su abordaje de acuerdo al orden señalado precedentemente.

i.- Acerca del planteo de nulidad de la defensa

El defensor técnico de S. V. denuncia en esta instancia extraordinaria que no se ha producido prueba de descargo oportunamente ofrecida por esa parte, que además de haber sido admitida por la representante del Ministerio Público Fiscal interviniente, habría sido aceptada por el tribunal de la instancia anterior en el marco de la audiencia preliminar respectiva.

En concreto, alude a que no se realizó una prueba pericial tendiente a demostrar científicamente que el acusado padecía disfunción eréctil lo que, de verificarse, determinaría –en los hechos– una imposibilidad física para consumar el acceso carnal por vía vaginal a la víctima que se le atribuyera. Vicio que, a su criterio, convierte el fallo recaído en autos en una resolución nula, de nulidad absoluta.

Sin embargo, el relevamiento de las constancias de la causa demuestra que no es posible acoger el planteo defensivo, en el sentido que descarta la alegada violación del derecho de defensa en juicio por omisión de producción de prueba. Así, del soporte audiovisual de la audiencia preliminar realizada surge que el entonces defensor del coimputado V. –Dr. Hinojosa– ofreció oralmente que se realizara la prueba pericial aludida, destinada a evaluar «la potencialidad sexual» de su defendido.

Frente a dicha pretensión, el juez interviniente le informó al defensor que debía designar un perito de control para realizar la pericia en los términos indicados y que contaba con un plazo de tres días para informar al tribunal su identificación, así como el lugar en el que se llevaría a cabo la labor pericial, a los fines de permitir al Ministerio Público Fiscal realizar el respectivo control (v. aud. del día 27/10/20, a partir del min. 00:32.37).

En el término indicado, el letrado informó al tribunal que su representado no podía afrontar económicamente la pericia aludida, y solicitó que la misma se realice con el perito del Ministerio Público Fiscal (ver actuaciones digitalizadas en el sistema LeD, orden “21”). Puesta en conocimiento de ello, la representante fiscal expuso los motivos por los que consideró inatendible la pretensión de la defensa técnica (ver actuaciones digitalizadas en el sistema LeD, orden “24”), siendo ello notificado al defensor (ver actuaciones digitalizadas en el sistema LeD, orden “25”).

Seguidamente, no se comprueba ninguna actuación en la causa en la cual se insista en esa pretensión defensiva, hasta esta instancia extraordinaria de revisión. Lo analizado en el párrafo precedente

demuestra la extemporaneidad del planteo nulificante desde que, lo que se cuestionan, son decisiones adoptadas respecto de actos producidos durante actos preliminares del juicio. Por lo tanto, la nulidad sólo pudo ser instada inmediatamente después de la lectura con la cual quedó abierto el debate (art. 201, inc. b del CPP), lo que en la especie no ocurrió.

Sin perjuicio de ello, y encontrándose en juego el invocado ejercicio del derecho de defensa en juicio, la solución que aquí propongo encuentra –también– respaldo en los argumentos invocados por el juez en la audiencia preliminar, en cuanto se ajustan a la norma procesal aplicable al caso.

Ello en cuanto el rito penal prescribe –respecto al ofrecimiento de prueba– que «sólo podrá requerirse la designación de peritos nuevos, en los casos que deban dictaminar sobre puntos que anteriormente no fueron objeto de examen pericial; o si las pericias ofrecidas resultaren dubitativas, contradictorias o insuficientes; o cuando la defensa no haya ejercido el control previsto por el artículo 250; siempre a costa del proponente y bajo su responsabilidad la iniciativa probatoria» (art. 367 segundo párrafo del Código Procesal Penal).

Con lo cual, es evidente que, por el tipo de labor pericial solicita, la iniciativa probatoria y los costos que pudiera llegar a insumir su realización, son a cargo de la parte que la pretende. En el caso, la imposibilidad de costear económicamente la realización de una pericia de parte, cuando no se trata de alguno de los procedimientos periciales previstos y enumerados en la norma procesal referida como excepción, no viola el derecho de defensa en juicio del imputado.

Pues ese derecho de raigambre constitucional se encuentra a salvo cuando, precisamente, se le permite, a su costa, la designación de un perito de parte. Téngase en cuenta aquí que no se trata de analizar el derecho que tiene toda persona sometida a un proceso judicial de designar un perito de control cuando se ha ordenado la realización de una prueba pericial (art. 250 del Código Procesal Penal).

Sino lisa y llanamente de ofrecer como prueba la realización de una pericia para comprobar algún aspecto relevante de la teoría del caso de la defensa. Aspecto que justifica recordar que, de acuerdo con el modelo de enjuiciamiento penal adoptado por el legislador provincial, de corte acusatorioadversarial, «el Ministerio Público Fiscal solo es responsable de la iniciativa probatoria tendiente a acreditar los extremos de la imputación delictiva» (art. 367 in fine del Código Procesal Penal).

Finalmente, resta mencionar que tampoco se observa que la letrada que asistió al acusado de mención durante la audiencia de debate –Dra. Basso– hubiera efectuado algún tipo de mención al respecto, solicitando en su caso, que se practique **actividad probatoria complementaria –nuevas pruebas– a los términos del art. 403 del CPP.**

Estrategia procesal que impide configurar un perjuicio concreto generado por la no realización de la actividad procesal aludida por el actual defensor del acusado quien, además, tampoco se hace cargo.

Es por ello que no existe irregularidad en la conformación del plexo probatorio que fuera ofrecido por las partes durante la audiencia preliminar, y aceptado por el tribunal de la instancia anterior como prueba del proceso.

Por tales motivos, este planteo defensivo no puede tener acogida favorable en esta instancia.

ii.- Acerca del procedimiento de hecho diverso

La defensa de A. C. señala que **durante el debate se modificó el hecho del requerimiento fiscal de citación a juicio, introduciéndose procesalmente una variación sobre la participación que se le endilgó a su representado** que, por ello, no cuenta con el respaldo del material probatorio producido durante la etapa de la investigación penal preparatoria.

Detalla que mientras en la acusación original se le atribuyó a su representado haber accedido carnalmente –con su pene– por vía anal a la víctima, la nueva plataforma fáctica planteada por la agente fiscal le endilga la **introducción digital –dedos–** en la misma zona corporal de la denunciante.

Estima que ello obedeció a la necesidad de la agente fiscal de acomodar la acusación al cambio de versión que se detectó en el debate por parte de la víctima, precisamente cuando describió el comportamiento asumido por el incuso.

Al respecto debo decir que no es posible observar cuál es el concreto motivo de agravio de la situación que describe el defensor, puesto que en ningún pasaje del escrito recursivo se ocupa de especificar y desarrollar cuál sería el defecto que aquella situación provoca en la decisión judicial.

La aislada expresión mediante la cual la defensa refiere que, dada esa modificación fáctica, «la prueba de la investigación no condice con el hecho diverso planteado por la Sra. Fiscal» no demuestra ningún tipo de perjuicio concreto que permita visibilizar alguna irregularidad en la sentencia pasible de sanción en esta instancia de revisión.

Por lo demás, considero que la aplicación al presente caso del instituto del hecho diverso ha sido conforme a derecho, por lo que no advierto vulneración de ningún derecho o garantía que implique la nulidad de la decisión cuestionada. En efecto, conforme a las constancias de la causa, entiendo –al igual que el juez de la instancia previa– que durante la sustanciación del debate oral realizado en autos –y de acuerdo a la prueba producida en él– surgieron circunstancias fácticas que, sin modificar el núcleo de la acusación, provocaron variaciones en ella que, a su vez, no requirieron una adecuación normativa distinta.

Esta situación, como bien se resolvió en el marco del juicio, se adecuó a las previsiones del art. 392 de la ley adjetiva, en cuanto establece el procedimiento a seguir frente a casos de hecho diverso (v. aud. del día 12/05/21, a partir de 01:07:42).

Con lo cual, la aplicación del instituto del hecho diverso en el presente caso se efectuó con total observancia de las disposiciones legales, lo que impide verificar una violación al derecho de defensa.

iii.- Consideraciones en torno a los cuestionamientos sobre la **valoración probatoria**

Resueltas las cuestiones anteriores, corresponde continuar con la revisión casatoria del presente caso. De acuerdo a la estructura planteada en los recursos, debe resaltarse ambas defensas plantean vicios exclusivamente formales con el fin de hacer decaer la validez del razonamiento del tribunal de juicio. Para ello, presentan agravios que se nutren, esencialmente, de una crítica al grado de credibilidad otorgado por el tribunal a la principal prueba de cargo producida en el proceso, esto es, la declaración de la víctima. Por ello, estimo conveniente comenzar este tramo de la solución con la indicación las particularidades que asume la valoración de la prueba en el marco de los procesos penales en los que –como en autos– se juzgan delitos sexuales cometidos contra una víctima mujer (a). Luego, examinaré la valoración probatoria efectuada por el tribunal de sentencia para tener por acreditados los hechos del proceso y la responsabilidad penal de los acusados como coautores del mismo (b). Finalmente, abordaré los cuestionamientos invocados por los recurrentes (c).

iii.a.- Preliminarmente, corresponde destacar que nos encontramos dentro de un ámbito de comportamientos delictivos con particularidades fácticas que necesariamente repercuten en el modo en que ellos deben ser probados en el marco de un proceso judicial penal.

En los casos vinculados con delitos sexuales, su característica principal en un número importante de casos es la clandestinidad, lo cual excluye generalmente la existencia de testigos presenciales o de otras pruebas directas del abuso denunciado.

Se trata de hechos que se producen en ámbitos de intimidad, al margen del conocimiento o intervención de terceras personas en los que, además, suele ocurrir con frecuencia que tampoco quedan evidencias físicas que sirvan para acreditar la existencia material de los mismos, tales como lesiones o rastros de material genético.

Por tal motivo, el testimonio de la víctima adquiere un valor fundamental como prueba en el proceso. Cuando en ese escenario fáctico se adiciona que la víctima es una mujer, tal como se verifica a través de las constancias de la causa que se tienen a la vista, ello determina que el caso se enmarque dentro de lo que supone la **«violencia en contexto de género»**, lo que refuerza –como dato incontrastable de la realidad– el valor sustancial que tiene el testimonio de la persona afectada de estos comportamientos delictivos.

Por lo cual, si bien se exige una especial cautela en su valoración, nada impide que tales testimonios resulten aptos y suficientes para formar criterio, máxime si los mismos aparecen como coherentes y se compadecen con pruebas que los corroboran.

Precisamente el **«contexto de violencia»**, comprendido como un fenómeno de múltiples ofensas de gravedad progresiva, debe ser ponderado en su capacidad de suministrar indicios.

Ello así, porque si bien los ilícitos penales están configurados como sucesos que aíslan ciertos comportamientos ofensivos contra determinado bien jurídico en general, esta segmentación no puede hacer perder valor probatorio al fenómeno pluriofensivo de la violencia en el particular contexto, en el que se entremezclan diferentes modalidades que incluyen, como en el caso de autos, atentados contra la libertad sexual.

De este modo, cuando se verifica algún supuesto fáctico-delictivo en el que se observa rasgos que permitan verificar este tipo de relación disfuncional entre el sujeto pasivo y el o los agentes activos, ello impone el deber legal de asumir que el proceso valorativo de la prueba no puede prescindir de la normativa que surge a partir de los diversos compromisos asumidos por el Estado Nacional, a partir de la suscripción y ratificación de diversos instrumentos internacionales.

En particular, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (**«CEDAW»**), la Convención Interamericana para Prevenir Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (conocida como «Convención de Belém do Pará») y la Convención Interamericana de los Derechos Humanos (y los órganos creados al efecto para su cumplimiento) establecen una serie de directivas que deben ser utilizadas especialmente por los operadores del sistema de administración de justicia, como guías interpretativas de estos fenómenos de criminalidad en el marco de los procesos judiciales, conforme al sistema de la sana crítica racional adoptado por nuestra legislación local (arts. 206 y 409 del CPP).

Instrumentos que se integran y complementan en su aplicación en derecho interno con la ley **N° 26.485 de «Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales»**. Para finalizar, debo mencionar que, sobre estos aspectos, he tenido ya la oportunidad de pronunciarme al respecto, abordando de manera más amplia a la presente ciertos aspectos vinculados a la perspectiva que debe asumir en la valoración probatoria de aquellos casos que presentan matices similares al sub iudice; a los que remito, en lo pertinente, en honor a la brevedad (ver al respecto **«Teves Lucero»**, **«Cruz Caporiccio»**, **«Merlo Lassa»**, **«Quiroga Morales»**, **«Ojeda Pérez»**, **«Vázquez Tumbarello»**, **«Vega»**; **«Zurita»**; entre muchos otros).

Estas consideraciones generales las entiendo plenamente aplicables al caso, desde que la valoración de la prueba obrante en el presente proceso no pude prescindir de la normativa local e internacional dirigida a la protección de la mujer, de acuerdo a las particulares dificultades probatorias que generan los delitos

sexuales. Ello, sin dejar de considerar el valor de la garantía de la defensa en juicio de toda persona sometida a proceso, de tal manera que la solución que se adopte no penetre por debajo del valladar constitucional que implica el principio de inocencia.

iii.b.- Veamos ahora, cómo se conforma el razonamiento valorativo que condujo al tribunal de sentencia a juzgar comprobados ambos extremos de la imputación delictiva. Así, en lo que respecta a los hechos que dieron lugar a la acusación fiscal reformada por aplicación del instituto procesal del hecho diverso, el tribunal de sentencia ha considerado que ésta se basa principalmente en el testimonio de N. N. O. –víctima y denunciante de autos–, al que le ha otorgado credibilidad luego de comprobar la presencia de indicadores de verdad en el mismo.

Esta decisión, a mi juicio, encuentra sustento por dos razones. Primero, y en general, por las particularidades valorativas que se derivan del género de comportamientos delictivos que plantea el caso bajo análisis –analizadas en el acápite precedente–.

Segundo, en lo particular, porque ese relato ha sido considerado creíble luego de ser examinado bajo una **dobles perspectiva de validación**: por un lado, en lo que hace a su consistencia y coherencia interna; y, por otro, por la relación de su contenido con la información proveniente de elementos de corroboración externa que, sometidos a un minucioso trabajo analítico de acuerdo con los principios que integran el sistema de la sana crítica racional –del que da cuenta la sentencia–, confirman en su conjunto la versión acusatoria brindada.

En este plano de **validación externa**, el juez de la instancia previa consideró fundamentalmente: las conversaciones que aquella mantuvo con ambos acusados horas posteriores al hecho mediante la red social WhatsApp; los testimonios de las personas a quienes la víctima les develó lo sucedido; el informe del examen físico realizado por el Cuerpo Médico Forense; y, por último, los resultados del examen psicológico practicado a la víctima –en los que intervinieron tanto peritos oficiales como de parte–, junto con las explicaciones que, de estos, efectuaron los profesionales que intervinieron en esa labor.

En ese orden, luego de transcribir en sus fundamentos los pasajes de la declaración efectuada por la víctima durante el debate que estimó relevantes, el sentenciante consideró que el primer soporte probatorio para validar la credibilidad de sus dichos resultaba de la transcripción de los mensajes mediante los cuales se comunicó telefónicamente con ambos acusados, horas posteriores al hecho. Diálogos que quedaron asentados en actuaciones (fs. 6 y 8 de los principales) que, posteriormente, y por decisión conjunta de las partes, fueron incorporadas al debate como prueba instrumental.

Dada la contundencia de este material probatorio, me permito en esta instancia reflejar parte del contenido de esas conversaciones, junto con la valoración que hizo el juez de las mismas.

En orden a la conversación con el coimputado A. C., la que tuvo lugar entre las 05:35 hs. y las 18:28 hs del día del hecho –22/07/19– la compulsa del instrumento donde constan las transcripciones aludidas corrobora que la víctima, entre otras expresiones, le manifestó al acusado –a quien tenía agendado con el sobrenombre «...»–: «Sabes que sé todo, me hice la chota por miedo», «Pero sé lo que hiciste con S.», «La verdad que me siento muy mal», «Mañana voy a poner la denuncia», «La verdad que no te veía capaz», «Ustedes fueron una mierda conmigo», «Porqué lo hicieron?». Luego le dijo: «Yo te escuchaba A.», «Escuchaba como le decías al S.. Por ahí no, eso es mío», «No quiero creer que vos también lo hiciste», «Me duele todo», «Estoy hecha mierda», «¿Pero porqué los dos, porque esa burla?», «¿Por qué no me metiste en un telo?», «¿Porque me tuviste que hacer eso con él?», «Te conté lo que pasé, y que con S. jamás. Pero vos, No. Y menos entre los dos».

Cuestionamientos frente a los que, su destinatario, intercaladamente respondió «Si sabes que habías tomado», «No me perdonás ni una», «Podríamos haber hablado», «Nos vas a arruinar», «Sé que estuve mal, pero entendé que había tomado y encima fumé», «Ya sé que te traicioné N.N.O.G.», «No sé, soy boludo», «No hago esas cosas, pero entendé que no estaba en mis cabales», «Me sentí celoso», «... lleguemos a un acuerdo N.N.O.G., sabes que ninguno de los dos somos malos tipos, se q estas molesta, te lo pido x favor» (fs. 6 y vta. de los principales).

La compulsión de esa conversación le asigna razón al sentenciante cuando interpreta que los mensajes aludidos revelan dos cuestiones. Por un lado, «que la víctima no estaba lo suficientemente consciente para percibir lo que le estaban haciendo (no sabía claramente si A. la había accedido carnalmente o le había metido los dedos en el ano), demostrándose así el estado de alcoholización que padecía alcanzando un estado de obnubilación o estupor ...». Por otro lado, que frente a los cuestionamientos que la víctima le hizo a A. A. C. sobre el abuso sexual sufrido, el acusado «implícitamente admitió que los hechos fueron tal como se los recriminaba la víctima», desde que no formuló «ningún descargo o réplica», ni tampoco ofreció «una versión distinta como la expuesta en su declaración en debate» (v. fundamentos, pág. 4 y 5 respectivamente).

En cuanto a la conversación con V., la que tuvo lugar entre las 09:30 hs. y las 14:35 hs., del mismo día del hecho –22 de julio de 2019–, surge que N.N.O.G. le dijo: «Sos una cagada S.», «Sabés que tengo recuerdos de anoche ... y sé que vos y A. abusaron de mí», «No puedo creer que seas tan mal parido, llegar tan bajo por sexo! A mí culiado que te consideraba mi amigo! Ahora no me quedan dudas que aquella vez también te hiciste el vivo! Cuando amanecí en tu casa con el Dani!», «Pero vas a pagar por lo que me hiciste», «Ahora estoy yendo a la comisaría», «Y seguramente me van a hacer chequeos», «Para ver si me hicieron algo» (fs. 8 de los principales). Frente a lo cual, primero mediante mensaje de audio, V. le contestó: «Donde estas N.N.O.G. por favor, decime, porque este, no quiero terminar mal, por favor, de verdad te digo ...» (v. acta de fs. 24), y luego, cuando la víctima le refiere: «Si hubo penetración cagaste», «Al igual que A.», por mensaje de texto, el acusado le respondió «Bueno».

Resulta lógico considerar, como lo hace el sentenciante, que los dichos de la víctima registrados en esa conversación evidencian «una grave perturbación de la consciencia a consecuencia como ella misma dijo– del excesivo consumo de alcohol, ya que ni siquiera ella sabía bien lo que había pasado, sino que la materialidad de la conducta fue construyéndose también con los exámenes que se fueron realizando» (v. fundamentos, fs. 5).

Recordemos en este punto que N.N.O.G., en varios pasajes de su relato durante el debate, refirió que luego del ataque sexual sufrido a manos de ambos acusados, continuó consumiendo alcohol en las horas posteriores. Y, precisamente, fue en ese tramo temporal donde se produjeron aquellos diálogos con los acusados, lo que evidentemente revela el contexto de las conversaciones (v. aud. 12/05/21, a partir de 00:24:40). Ahora bien, es importante también tener en cuenta la referencia que el juez de la instancia previa realizó de la información proveída a la causa por personal de la Unidad de Apoyo para la investigación Fiscal (UDAPIF), sobre la extracción de datos realizada respecto de los teléfonos celulares que les fueron secuestrados a los acusados al momento de producirse su aprehensión.

En ese instrumento, que también integró el plexo probatorio incorporado debidamente al debate como prueba instrumental, se observan las conversaciones que ambos acusados mantuvieron entre sí desde el 13/07/19 al 05/09/19.

Precisamente, y por su relevancia con los hechos ventilados en autos, conviene destacar aquella conversación en la cual, refiriéndose al hecho por el que se los acusa, aseguran que debían pedirle disculpas a la víctima para convencerla que no haga la denuncia.

Ello se verifica cuando en uno de los pasajes esa charla, S. V. le dice a A. A. C. «Soy un pelotudo por hacerle daño, porque ella fue buena amiga», «Y como siempre la cago». Luego le vuelve a escribir, diciéndole «Llamala a N.N.O.G. y decile que yo también estoy mal», «A ver que dice mi amiga», «Que no lo hicimos de mala leche», «Fue calentura», «Mira yo le ofrecí \$30 mil para que agarre viaje», «No estábamos cuerdos» (ver fs. 262/268 de los principales).

De este modo, las conversaciones aludidas precedentemente, valoradas en conjunto con el testimonio de la víctima, no hacen más que ratificar el acierto del tribunal de la instancia anterior al asignarle credibilidad a este último a partir de la contundencia cargosa que emerge de aquellas. Por otra parte, el tribunal valoró con especial atención que lo sostenido por la víctima en sede judicial –denuncia y declaraciones posteriores– coincide con las declaraciones realizadas por dos personas.

Me refiero a los testimonios de D. G. y de L. C., quienes siendo las primeras personas que conocieron la existencia de los hechos a través de la propia víctima, declararon al igual que lo hizo ella respecto de dos cuestiones. Primero, sobre la negativa manifiesta de N.N.O.G. de asistir a otro local bailable «El Punto», luego que se fueron de aquel al que concurren en primera instancia junto con A. C.. Segundo, sobre la existencia y el tenor de las comunicaciones que mantuvo luego del hecho con los acusados, a las que hice referencia anteriormente.

Valorado ello en conjunto con la prueba ya expuesta, el tribunal de la instancia previa evaluó el testimonio de N.N.O.G. contrastando sus dichos con la información obtenida a través del examen médico practicado por el Cuerpo Médico Forense.

Este elemento probatorio fue apreciado por el sentenciante como una corroboración objetiva de la credibilidad de la víctima, ya que en él se describe el hallazgo en el cuerpo de la víctima de evidencias – lesiones– compatibles con el delito atribuido: «ano con dos lesiones de continuidad, en hora 10 y 11; posición genupectoral, recientes, con escaso sangrado, y enrojecimiento peritesional» (v. informe de fs. 25/26, incorporado como prueba instrumental al debate, conf. constancia de audiencia del día 11/06/21). Lo apuntado le confiere razón al sentenciante cuando, a partir de ese informe, junto con la explicación que hizo la profesional que realizó el mencionado examen durante el debate, consideró que «el examen físico evidencia que hubo penetración anal que, aunque la perito (Dra. Marcela Godoy) no pudo precisar si fue con pene, dedo u otro objeto, lo cierto es que N.N.O.G. refirió que A., estando a un costado de ella, le introdujo el dedo en el ano, todo lo cual resulta acreditado por las lesiones constatadas y cuya antigüedad se compece con las circunstancias temporales en que se produjo el hecho» (v. fundamentos, fs. 6).

Finalmente, la veracidad del relato de la víctima encuentra en los exámenes psicológicos a los que fue sometida, un elemento probatorio más para avalar cada uno de sus dichos. Prueba que ha sido debidamente ponderada por el tribunal de juicio, sin que se advierta arbitrariedad alguna en la interpretación de los informes elaborados al respecto, ni en las explicaciones formuladas en el debate por las profesionales que los suscribieron.

En este sentido, conviene subrayar que la sentencia da cuenta que en el informe elaborado por las profesionales del Equipo de Abordaje de Abuso Sexual (EDeAAS), no sólo se descarta la presencia de indicadores de fabulación y/o mitomanía en el relato de los hechos de N.N.O.G., así como de signos de manipulación ganancial de la información.

Asimismo, se exponen las razones por las cuales se considera que su discurso es coherente, verosímil y confiable, con presencia de un correlato emocional acorde al contenido de sus dichos (v. inf., fs. 391/392). Al respecto, tanto la Lic. Julieta Mama, como la Lic. Daniela Galván, profesionales del E.De.A.A.S., prestaron declaración durante el debate. En esa oportunidad, ambas ratificaron el contenido del referido informe y efectuaron explicaciones complementarias sobre las conclusiones alcanzadas.

En cuanto aquí interesa destacar, se advierte que la primera de las profesionales individualizadas precedentemente –Lic. Julieta Mama– dijo que no se detectaron «contradicciones fundamentales a lo largo de todas las entrevistas», que «el discurso fue siempre el mismo.

La presunta víctima pudo detallar diferentes situaciones, tanto centrales para la investigación, como también detalles más superfluos» (v. aud. del día 04/06/21, parte “a”, a partir del min. 00:07:24/00:08:08).

Agregó que el relato siempre fue «coherente y espontáneo» (00:11:52), y que la «irrupción de lo emocional en el proceso, confirmó lo que ella nos estaba relatando» (00:13:12). Explicó que ese correlato emocional se manifestó a través de un estado de «malestar interno, llanto, angustia, sobre todo en la última entrevista» (00:16:50).

Y destacó que la entrevistada prestó colaboración a lo largo del proceso pericial, «que nunca tuvo problemas en contestar todo lo que se le preguntó» (00:17:50). Asimismo, sostuvo que «el estado de alcohol que ella refiere es una ingesta elevada, que se produjo en un lapso de tiempo extenso y continuo, donde se puede hablar del estupor, que es una alteración de la conciencia donde la persona permanece dormida, pero puede reaccionar ante algunos estímulos.

Puede despertarse, puede hacer una descripción de algunas cosas de lo que este viendo o viviendo, pero no del todo, porque su conciencia está alterada en ese momento» (00:22:10/00:24:06).

Por lo cual, y ante la pregunta de la representante fiscal, concluyó en que ese estado de alcoholización, la misma no podría haber consentido libremente un acto sexual, sobre todo si ha estado dormida (00:24:40).

Finalmente, luego de explicar en qué consistía clínicamente el estrés postraumático, concluyó que el suceso le representó una vivencia traumática, que ha dejado huellas en la psiquis de la víctima tales como recuerdos recurrentes, dificultades para mantener relaciones sexuales, malestar interno.

Además de haberse comprobado la presencia de indicadores inespecíficos de abuso sexual, tales como carencias afectivas, aislamiento, inhibiciones (00:32.35). A su turno, la Lic. Daniela Galván fue conteste y coincidente con los dichos de su colega, avalando con sus explicaciones el contenido del informe referenciado (v. aud. del día 04/06/21, parte “b”, a partir del min. 00:06:49).

En razón de todo lo hasta aquí analizado, entiendo que la decisión del tribunal de juicio de ponderar creíble el testimonio de la víctima no resulta arbitraria, ni mucho menos infundada.

iii.c.- Según la estructura de análisis previamente reseñada, corresponde en lo sucesivo abordar los particulares cuestionamientos defensivos sobre la tarea de valoración probatoria efectuada por el tribunal de mérito.

Para ello, estimo pertinente señalar que los posicionamientos críticos desarrollados por ambos recurrentes sugieren abordar su tratamiento de acuerdo con el orden en que han sido expuestos y desarrollados en su escrito casatorio por la defensa de A. C., dado que sus agravios contienen aquellos invocados por el defensor del coimputado V..

Esta metodología que se justifica, además, para evitar reiteraciones innecesarias a lo largo del presente voto. En este sentido, estimo que la reseña efectuada en el punto precedente sobre el tramo analítico de

los fundamentos del fallo sella –como se adelantó desde un comienzo– la suerte adversa de los recursos en tratamiento.

Ello por cuanto no se observa de qué manera los argumentos señalados por los recurrentes permiten insertar un margen de duda razonable dentro del razonamiento probatorio que condujo al tribunal de sentencia –acertadamente a mi juicio– a tener por acreditada que los imputados accedieron carnalmente por vía vaginal y anal a la víctima, aprovechándose de su estado de inconsciencia provocado por la ingesta de alcohol.

De tal modo, las impugnaciones no constituyen una crítica razonada de la resolución, sino que encubren una mera discrepancia de los defensores con el criterio valorativo que utilizó el a quo en el análisis probatorio, sin aportar razones que descalifiquen la sentencia como acto jurisdiccional válido. Sobre los particulares cuestionamientos a la credibilidad del testimonio de la víctima corresponde realizar algunas consideraciones.

En primer lugar, aquella discrepancia se evidencia cuando el defensor de A. C. considera que el testimonio de la denunciante no resulta creíble para tener por cierto que su representado introdujo su dedo en el ano de la víctima.

Argumento que sustenta al considerar que ese detalle referido a la concreta modalidad delictiva que asumió el comportamiento de su defendido, según el relato de N.N.O.G., estuvo ausente en sus declaraciones anteriores previas al debate, cuando sólo le atribuyó actos de tocamiento en zonas pudendas de su cuerpo –glúteos–.

Sin embargo, considero que el cuestionamiento defensivo no demuestra la presencia de omisiones o contradicciones relevantes sobre el aspecto destacado, capaces de hesitar de algún modo el grado de credibilidad que le asigna la sentencia a la versión de los hechos aportada a lo largo del proceso por N.N.O.G.

Es cierto lo que dice la defensa en cuanto a que la víctima, tanto en la denuncia como en su declaración posterior, dijo que «A. estaba acostado al lado mío, tocándome la cola» (v. denuncia, fs. 5 vta.), y que «a mis hermanos les conté todo ..., con ellos me abrí, les conté lo denunciado, lo que hizo A., que me tocó la cola que me desperté boca abajo, no sabía dónde estaba, sentía que me estaban penetrando y escuché a A. que me tocaba la cola» (v. declaración testimonial, fs. 215/218).

Mientras que, durante el debate, espontáneamente describió que «me dolió cuando A. por el acusado A. C. me tocó con su dedo el ano. Me empecé a mover para que se den cuenta que me estaba despertando». Aspecto sobre el que profundiza en otro pasaje de su relato cuando, a instancias de preguntas formuladas por las partes, sostuvo «me metió los dedos en el ano ... y me dolió» (v. aud. del día 12/05/21, mins. 00:32:10, 00:32:30 y 00:49:14).

Sin perjuicio de ello, considero que el análisis integral, armónico y contextual de sus declaraciones avala en este punto las conclusiones a las que arriba la sentencia, en cuanto le atribuye a A. C. la introducción digital en el ano de la víctima.

Pues de ningún otro modo puede comprenderse que simples actos de tocamiento sobre los glúteos sean capaces de provocarle «dolor», como lo refirió la víctima.

Efecto que sobre el que se también se pronunció en forma previa al juicio, cuando en oportunidad de prestar declaración en sede de la Unidad Fiscal interviniente, ante la pregunta formulada sobre cambios en su cuerpo posteriores al hecho, respondió «sí, cuando fue al baño me bajó sangre, y cuando fui a hacer lo otro, defecar, me dolía la cola, me sentía lastimado ... fue cuando A. me tocó, porque me dolió en ese momento» (fs. 217).

De esta manera, las referencias a las consecuencias físicas de la conducta que le atribuyó de manera diferencial a A. C., sumado a su objetiva verificación por profesionales del Cuerpo Médico Forense (v. informe de fs. 25/26) y la referencia constante de la denunciante a que V. era quien la sujetaba desde atrás y la accedía carnalmente con su pene por la vagina, acredita la credibilidad de su relato cuando se refiere diferencialmente al comportamiento ejecutado por cada uno de los coautores. Con lo cual, las diferencias terminológicas apuntadas por la defensa en las sucesivas declaraciones de la víctima, no presentan la trascendencia desincriminante que se les atribuye.

En segundo lugar, vinculado con la modalidad en que se consumó el acometimiento sexual, la defensa de A. C. estima que, por la ubicación de la víctima, ella no podía reconocer si V. la estaba accediendo a través de su vagina o de su ano.

Por ello, no tendría sentido que A. C. le manifestara a V. «por acá no, porque esto es mío», porque este último era quien la estaría penetrando por vía anal. Extremo que extrae a partir del informe sobre el examen físico realizado a N.N.O.G., en el que se descarta la presencia de semen en la zona vaginal.

Considero que no le asiste razón al recurrente en el argumento que propone. Por un lado, porque la posición en la que se encontraba la víctima al momento del ataque sexual –tendida sobre una cama, boca abajo– no le impidió determinar la ubicación de los atacantes, ni tampoco la conducta desplegada por cada uno de ellos en los hechos.

En efecto, como bien lo destaca el juez en la sentencia, la denunciante describió en el debate la dinámica de los sucesos. Al hacerlo, en lo que aquí importa, aseguró que, al momento de despertarse, A. C. A. se encontraba a su costado izquierdo, vestido, introduciéndole su dedo en el ano. Mientras que S. V., se hallaba por detrás suyo, sujetándola, levantándole la cadera, y penetrándola por la vagina. Descripción que completó agregando que este último –V.– luego que la víctima se moviera ante el dolor que le provocó la introducción digital en la zona anal, le subió sus prendas y luego se dirigió a una habitación contigua (v. aud. del día 12/05/21, a partir de min. 00:30:40, en particular, mins. 00:48:03, 00:49:14 y 01:05:30). Esta explicación de N.N.O.G. que se observa conteste y coincidente con sus declaraciones previas al juicio. Lo que, sin dudas, representa un serio indicio de credibilidad de sobre su relato.

Por otro lado, porque si bien el examen físico y de laboratorio realizado a la víctima no detectó la presencia de líquido seminal en la zona vaginal, esa circunstancia no niega necesariamente –como lo hace la defensa– el contacto sexual vaginal perpetrado por uno de los acusados –V.–, sobre el que se refirió de manera persistente a lo largo de todo el proceso.

Pues puede válidamente suceder que haya existido penetración vaginal y, sin embargo, la pesquisa de componentes de semen mediante el análisis de las muestras de hisopado revele resultados negativos, porque el agresor utilizó un preservativo o porque, directamente, no dejó líquido seminal.

De tal manera, el tenor de la expresión proferida por A. C. hacia V. cuando aquel introducía su dedo en la zona anal de la víctima, provocándole lesiones constatadas que, además, se compadecen con las circunstancias temporales en que se produjo el hecho, es compatible con el accionar desplegado en forma conjunta por ambos acusados.

En tercer lugar, no comparto ninguno de los argumentos invocados por ambos recurrentes cuando, para descreer de la víctima, se expresan sobre los efectos que produce el consumo de alcohol en la capacidad de conciencia de las personas.

Planteos a partir de los cuales consideran falaz el relato de la víctima cuando dice que pasó de un estado de absoluta falta de memoria a un despertar plenamente consciente, en el que no sólo reconoce el lugar en el que estaba, sino a los sujetos que la atacaron sexualmente, y qué hizo cada uno de ellos.

Sin embargo, advierto que este extremo ha sido debidamente abordado en la sentencia, pieza en la que se ratifica –adecuadamente– que el consumo de alcohol de N.N.O.G. –conducta que la propia víctima reconoce y se recrimina, como lo refirió en su informe las profesionales del E.D.A.A.S.–, generó en ella un estado cognitivo y físico de vulnerabilidad que le impidió consentir libre y voluntariamente la práctica sexual perpetrada por ambos acusados, quienes precisamente se aprovecharon de ello para el acometimiento.

En este sentido, la lectura de los fundamentos del fallo demuestra un análisis pormenorizado de las manifestaciones de la víctima en el aspecto destacado por ambos letrados, cuyos términos son puestos en valor de acuerdo a los resultados obtenidos a través de los informes médicos y psicológicos obrantes en autos.

Razonamiento en el que, también, se exponen las razones por las cuales se privilegia valorativamente en este punto las conclusiones alcanzadas por los profesionales del Cuerpo Médico Forense por sobre las informadas por el perito de control –Lic. Demalde–. Como bien lo apunta el sentenciante, la Dra. Marcela Godoy –profesional del C.M.F. que practicó el examen físico anteriormente mencionado–, se refirió en su declaración durante el debate, a los grados de alteración de la conciencia que produce el consumo de bebidas alcohólicas.

Así, según las cantidades y la tolerancia de la persona, identificó la letargia, la obnubilación, el estupor y el coma (v. aud. del día 14/05/21, a partir de 02:00:42), explicando que, en el estado de la «obnubilación», la persona está vigil, pero no controla lo que pasa con su cuerpo, mientras que en el «estupor», la persona está dormida pero puede reaccionar ante ciertos estímulos (a partir de 02:01:17). Esto se compadece, también, con las explicaciones dadas al respecto por la Lic. Mama (v. aud. del día 04/06/21, a partir de 00:22:58).

A partir de esa explicación, el sentenciante consideró que la víctima «tuvo, a consecuencia de la alcoholización, un estado de obnubilación o estupor que le causaron una alteración en la conciencia por la que no pudo prestar un consentimiento válido para el acto» (v. fundamentos, pág. 8), lo que es razonable y coherente si tenemos en cuenta que la víctima dijo que estaba dormida, que se despertó ante el dolor que le causó la introducción digital en el interior de su ano por el acusado A. C. –lo que actuó como estímulo externo–, y que cuando despertó, pudo observar objetos y personas, percibir olores y escuchar ciertas voces –o risas– (v. declaración de la víctima, aud. 12/05/21, a partir de 00:30:40). Estas circunstancias contestes con las explicaciones de ambas profesionales. De este modo, lo apuntado precedentemente descarta –como lo hace el sentenciante– otro de los argumentos utilizados por los defensores para atacar la credibilidad del relato de la víctima, relativo a transcurrir desde un estado de «amnesia repentina y fulminante, y que, también repentinamente recuperara la memoria y recordara todo lo acontecido» (v. fundamentos, pág. 12).

En cuarto y último lugar, considero que tampoco pueden prosperar los agravios dirigidos por la defensa de A. C. a señalar supuestas inconsistencias en el testimonio de la víctima, referidas a la vestimenta que utilizó en el momento del hecho, o a su comportamiento previo a ellos.

Al respecto, estimo que el recurrente no explica cuál es el vicio, cómo se produjo y cuál es la decisividad del mismo en relación al resultado del fallo que ataca, como así tampoco explican por qué razón su valoración haría variar la solución adoptada. En efecto, en cuanto a la descripción que la víctima realizó durante el debate en cuanto a la ropa utilizada al momento del hecho (v. aud. del día 12/05/21, min. 01:04:22), la omisión de declarar que, además del pantalón de jean y su ropa interior –lencería de color negro– llevaba puesta una calza de color gris, fue advertida por uno de los defensores, y aclarada (a partir

de 01:38:48). Oportunidad en la dicente, si bien dijo que no se acordaba haber utilizado esa prenda, admitió que podía ser así como lo dijo en la denuncia, porque hacía frío (01:40:05).

No obstante ello, no puede soslayarse que una de las prendas examinadas por el Cuerpo Médico Forense fue, precisamente, «una calza de lycra de algodón, color gris oscuro, sin marca ni talla visible» (v. fs. 27), lo que permite sortear alguna omisión irrelevante de la denunciante sobre este extremo. Por otra parte, también ha quedado demostrado que la voluntad de la víctima al salir del local bailable «El Punto» a bordo del automóvil de A. A. C., consistía en retornar a su domicilio, donde se encontraba su hijo al cuidado de su hermana (a partir del min. 00:24:40).

Aspecto sobre el cual, ha sido constante, coherente y persistente desde los albores de la investigación. Corrobora este tramo de sus dichos, además, el testimonio de L. C., quien no sólo ingresó con la dicente al mencionado lugar sino que, además, la acompañó en su regreso a bordo de aquel rodado, quien incluso manifestó su descontento personal con la negativa de la víctima de continuar la salida nocturna (v. fs. 18 vta.)

En otro orden, sobre la valoración de los mensajes de Whatsapp ambos defensores cuestionan que el contenido de las conversaciones mantenidas por la víctima con los acusados a través de esa red social aportadas por aquella luego de realizar la denuncia correspondiente, goce de valor probatorio para respaldar la credibilidad de sus dichos.

No comparto ninguna sus críticas desde que no se observan en esta instancia vicios de arbitrariedad en la valoración de ese instrumento de prueba por parte del tribunal de juicio.

Por el contrario, coincido con el sentenciante cuando pondera que esas conversaciones respaldan objetivamente el relato de los hechos realizado por N.N.O.G. (v. fundamentos, pág. 4).

No ha existido de su parte una parcialización o selección de mensajes en el sentido indicado por la defensa de A. C., pues si bien no se inserta expresamente en el análisis de tales conversaciones la fecha y el horario preciso en que se produjeron, lo cierto es que ello resulta de la mención que hace el juez cuando precede su examen y aclara que se trata de diálogos ocurridos durante la «mañana» de día lunes 22 de junio de 2019 –día del hecho–.

Sin perjuicio de ello, la precisión temporal de cada una de las expresiones vertidas por los interlocutores se comprueba mediante la simple compulsión de las actuaciones obrantes en autos, que dan cuenta las transcripciones de tales mensajes (v. fs. 6/8, incorporadas al debate como prueba instrumental).

Por otra parte, la compulsión de su contenido niega manipulación verbal de la denunciante contra los acusados. No hay ninguna expresión de su parte que pueda ser interpretada de ese modo. Incluso, la falta de cierto tipo de precisión sobre el comportamiento de cada uno de ellos se comprende dentro del contexto en que se produjeron esas conversaciones –cierto grado de alcoholización–.

Repárese que las mismas ocurrieron pocas horas después del hecho, promovidas por una persona que se encontraba –según sus propios dichos y de las personas que la acompañan– consumiendo bebidas alcohólicas, y sumida en un agudo estado de angustia, desolación y llanto, enfrentándose a sujetos a quienes los unía un vínculo de amistad. Respecto de la valoración de los informes que dan cuenta del abordaje psicológico de la víctima los defensores de los acusados critican que el juez de la causa haya validado la credibilidad del relato de la víctima a partir del informe elaborado por los profesionales del EDeAAS.

Consideran que sus conclusiones han sido controvertidas por las que, sobre el examen psicológico de la denunciante, realizaron los peritos de control –Lic. Demalde y Lic. Messina–. Inversamente a lo que

proponen los recurrentes, considero que la totalidad de los informes periciales han sido debidamente ponderados en la sentencia.

El juez de la causa ha resaltado el valor probatorio de lo informado por los profesionales del EDeASS en desmérito de las conclusiones de los peritos de control a través de argumentos sólidos, los que son aquí compartidos desde que no han podido ser revertidos por las defensas en esta instancia.

En particular, basta aquí con mencionar que el juez, al igual que las Lic. Mama y Galván, descartó fundamentadamente la existencia de contradicciones sobre aspectos nucleares de los hechos en el relato de la víctima, así como también, de indicadores de manipulación ganancial de su parte. Además de demostrar –como ha sido debidamente analizado en forma precedente– que la víctima no tuvo plena conciencia durante el desarrollo del acometimiento sexual, que le permitiera consentir libremente esos actos.

En razón de ello, las críticas que hacen ambos recurrentes no pueden ser de recibo en esta instancia. No ha existido omisión deliberada ni arbitrariedad en la valoración de estos elementos de prueba, lo que conduce necesariamente al rechazo de este pasaje de las impugnaciones defensivas.

Finalmente, si bien las defensas no hacen especial referencia a ello, no puede soslayarse que el tribunal de la instancia anterior dio fundadas razones de por qué no consideró creíbles las versiones de descargo ofrecidas por ambos acusados durante el debate en ejercicio de su derecho de defensa material.

En particular, porque para arribar a esa solución, descartó cada una de sus alegaciones confrontándolas con la totalidad del plexo probatorio valorado, en un razonamiento que se muestra sólido y contundente (v. fundamentos, fs. 10/12). Sólo resta aquí destacar que, en contra de lo que propone la defensa de A. C., quedó demostrado que la víctima no consintió libremente participar de la práctica sexual, aspecto sobre el cual me he referido con anterioridad.

En definitiva, se lo expuesto advierto que el tribunal de juicio llegó a la certeza necesaria –descartando la existencia de un estado de duda– para adoptar la decisión que aquí se cuestiona, plasmando su análisis en una resolución sin arbitrariedades y motivada de una manera lógica y convincente en cuanto a la acreditación del hecho y la intervención de los acusados en el mismo.

Lo afirmado en el párrafo precedente también sella la suerte adversa del agravio sustancial invocado –genéricamente– por la defensa de A. C., en cuanto reclama la falta de adecuación típica de la conducta de su asistido en la figura penal seleccionada en la pieza impugnada.

Es que, como se adelantó al comienzo de la solución, el ataque en punto a la calificación legal del hecho realizada por el tribunal de juicio dentro de los márgenes del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por ser cometido por dos o más personas (art. 119 tercer párrafo, en función del primer párrafo, último supuesto, y cuarto párrafo inc. 2 del CP) lo es desde la perspectiva personal del recurrente sobre la base probatoria que acompaña la causa.

De tal modo, al confirmarse la validez de la valoración probatoria realizada por el juez de la instancia previa, aparece debidamente encuadrados legalmente los hechos tenidos por acreditados.

Al respecto, corresponde recordar que el recurrente debe ceñir su pretensión impugnativa a los hechos acreditados, toda vez que quién invoca un vicio sustantivo no puede desconocerlos ni modificarlos.

Esta exigencia formal deriva de la esencia misma del control que permite este motivo casatorio, ya que con él se procura analizar el vicio «iuris» atribuido a la resolución objetada, el que siempre versa sobre una interpretación propiamente jurídica, sin que se pueda evaluar ni alterar el material fáctico alcanzado por esa interpretación, el que queda fijado por el Tribunal inferior (ver, entre otros, L. S. 387-005). Por lo tanto, es mi opinión que la pretensión del letrado recurrente acerca del encuadre jurídico de la conducta endilgada a su defendido debe, en consecuencia, ser desestimada.

iv.- En virtud de las consideraciones expuestas precedentemente, entiendo que corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión propuesta. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto Dr. Adaro.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Comparto los fundamentos por los cuales mi colega preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa del acusado.

En cuanto a las consideraciones realizadas en torno a la **valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género** me remito, en lo pertinente, a lo que ya he referido en numerosos pronunciamientos (ver «Galdeano Reyes», «González Pringles», «Ruiz G.», «Alaniz Pineira» y más recientemente, «Vargas Riquelmes», «González Sosa» y «Scifo Ruffini», entre otros). ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar los recursos de casación interpuestos por las defensas de S. D. V. y de A. A. A. C. y, en consecuencia, confirmar la sentencia n° 1.623 pronunciada por Tribunal Penal Colegiado N° 2 de esta Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

12- GRAIN y ot. 23-05-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
	Más													474
VG	de dos	M	-	PCE	-	-	P1°	-	-	-	-	-	-	475

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=836>

Lex: Art. 119 inc. 3 y 4 inc d, 45 y 47 CP. Art. 475 y concordantes del CPP. Ley 26485.

Vox: VG. Abuso sexual con acceso carnal. Dos o más SA. Violación en grupo. Participación primaria. Impugnación de sentencia condenatoria. El querellante particular. Legitimidad subjetiva. **Dolo eventual.**

Teoría cognitivo-volitiva. Teoría cognitiva. Determinación de la pena.

Summa:

El TPC condenó al sindicado, M.F.G.O., a la pena de **once años de prisión** como partícipe necesario del delito abuso sexual con acceso carnal agravado por la comisión de dos o más personas (arts. 119 párrafo 3ro. y 4to., letra d., 45 y 47 del CP). La víctima es violada y asesinada.

Interpusieron recurso de casación:

- a- El **MPF**. El pronunciamiento cuestionado adolece de inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, en orden a los arts. 40 y 41 del CP y la ley 26.485. Refiere al respecto el precedente **«Olguín Rivero»** de esta Sala en el que se invoca la doctrina **«Casal»** de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Entiende debe aplicarse la pena máxima de 20 años de prisión.
- b- La parte **querellante particular**. Desarrolla la admisibilidad y legitimidad del querellante para interponer recurso de casación conforme el art. 477 del CPP y con posterioridad, cuestiona los fundamentos del fallo impugnado.
- c- **La defensa**, en breve síntesis, cuestionó la valoración probatoria y el monto de la pena impuesta.

El Procurador General:

- a- Mantiene el recurso interpuesto por la Fiscalía
- b- Se pronuncia por **inadmisibilidad formal del recurso** de la parte querellante, con cita de precedentes de esta Sala, **«Sánchez, Fernando»**, **«Yaciófano»**, **«Cruz Juárez»**.
- c- Estima que no corresponde hacer lugar desde lo sustancia al recurso de la defensa.

La SCJM rechazó la totalidad de los recursos de casación interpuestos confirmando la sentencia de la instancia anterior. En referencia a la querrela por inadmisibilidad formal.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1305 (12-02-21) TPC N° 1, 2° CJ.

Precedentes citados:

a-SCJM

- Precedente **«Olguín Rivero»** de esta Sala en el que se invoca la doctrina **«Casal»** de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

I- Tutela efectiva de la víctima-

- Giménez Guzmán. 18-03-14. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
Parágrafos destacados:

En el proceso penal las garantías también se relacionan con la **víctima** de la comisión de un delito, a quien se la considera con **derecho a tutela judicial**; y por lo tanto con **derecho a reclamarla** ante los tribunales penales actuando como acusador - **art. 8.1. Convención Americana sobre Derechos Humanos** - . Por ello la víctima en tal rol ostenta la **atribución de intervenir activamente** en el juicio previo, **en las condiciones legalmente establecidas**, lo que incluye sin duda el derecho a lograr si corresponde la condena de los responsables por la comisión del delito cometido.

Expte.: 109405 - FISCAL C/GIMENEZ GUZMAN, MARCELO GUSTAVO; GIMENEZ MARZOLA, PEDRO FABIAN P/HOMICIDIO SIMPLE EN GRADO DE TENTATIVA EN CONCURSO REAL CON LESIONES LEVES. S/CASACION Magistrado/s: BÖHM - ADARO – SALVINI. Ubicación: LS464-064

II-Improcedencia formal de recurso contra sentencia condentoria por el Querellante Particular.

Legitimación subjetiva.

- «Sánchez, Fernando», «Yaciófano», «Cruz Juárez»
- Ver precedentes «Cruz Juárez», «Silva Macagno» y «Arzuza».

III- Perspectiva de género

- «Di Césare Melli. 08-01-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=448>

IV- Dolo eventual:

- Sanhueza. 09-11-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=820>
- Quiroga Morales. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=192>

Parágrafos destacados:

El elemento volitivo en el dolo eventual implica aceptación, aprobación o conformidad con el resultado de lesión para el bien jurídico. Es el asentimiento del autor con la realización del hecho que prevé como probable, con menosprecio de la consecuencia probable (ver precedentes de esta Sala).

b-CIDH

Doctrina citada:

- **DI CORLETO** Julieta, «Igualdad y diferencia en la valoración de la prueba: estándares probatorios en casos de violencia de género», en DI CORLETO, Julieta, Género y justicia penal, 1ª ed., Ediciones Didot, Buenos Aires, 2017

A partir de allí, un sector importante de la doctrina destaca que «la valoración probatoria jurisdiccional debe ser con perspectiva de género, es decir no es un estándar de prueba diferenciado, sino el mismo estándar directo e indirecto que supere cualquier sesgo discriminatorio y respetuoso de los derechos humanos de las mujeres»

- **FIERRO.**

Así, refiere que el tribunal consideró si bien **sólo es punible la participación dolosa, la mayor parte de la doctrina admite la complicidad con dolo eventual**, pues es suficiente con tener conciencia de que se puede estar ayudando a cometer un delito y sin embargo seguir adelante.

- **PUPPE.**

A ello, agregó **que existe dolo cuando el peligro de la acción**, considerado en sí mismo, constituye un método idóneo para producir el resultado y que sólo se puede hablar de un método para producir el resultado si, según los conocimientos que él aplica, la chance de alcanzar la meta es relativamente alta

Además, **el sujeto debe ser consciente de que existe un peligro de que se realice el tipo**. Es decir, de que, además de que **utilice un método idóneo para producir el resultado, tiene que tener conciencia del mismo, conocimiento**, dado que de lo contrario no conoce una circunstancia que integra el tipo legal (Puppe).

Asimismo, **el conocimiento en el dolo debe ser actual**, en el momento del hecho, en el momento del aporte.

- **SEGATO, Rita.**

En palabras de la antropóloga Rita Segato: «La violación se dirige al aniquilamiento de la voluntad de la víctima cuya reducción es significada justamente por la pérdida de control sobre el comportamiento de su cuerpo y el agenciamiento del mismo por la voluntad del agresor» (SEGATO, Rita, La Guerra contra las mujeres. Editorial Prometeo Libros, 2018). Otro dato que puede alarmarnos, pero no sorprendernos -debido a los recientes sucesos ocurridos en Argentina y el mundo en relación con las **violaciones en grupo-**, es que diversos estudios y uno en especial de la autora citada, demuestran que **las violaciones en el espacio público –no así las intrafamiliares- son generalmente llevadas a cabo en grupo (SEGATO, Rita, op. cit.)**.

- **ZIFFER, Patricia**, Lineamientos de la determinación de la pena, 2ª reimpresión, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2013, p. 116.

SCJM. Dras.: Day. Furlotti. Caravajal.

Fallo.

CUIJ: 13-05676904-2/1((028601-5294)) FC/ GRAIN MARCOS, ECHEGARAY VICTOR, ECHEGARAY ALEJANDRO E GAUNA IVAN P/ ABUSO SEXUAL C/ ACCESO CARNAL AGRAVADO (5294) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105860660*

En Mendoza, a veintitrés días del mes de mayo del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 05676904-2/1 caratulada "F. C/G.O.M.F., T.R.C.E., M.G.A.R., G.M.I.A., E.V.V.D, E.V.A.M. P/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL S/CASACIÓN". De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación en la causa: primero, DRA. MARÍA TERESA DAY, segundo DRA. SILVINA FURLOTTI y tercero la DRA. MARÍA TERESA CARABAJAL.

En las presentes actuaciones el Ministerio Público Fiscal interpuso recurso extraordinario de casación a fs. 3615/3626 vta., así como el representante del querellante particular a fs. 3628/3712 vta. y los defensores del condenado a fs. 3716/3731. Todos, contra la sentencia n° 1.305 de fecha 12 de febrero de 2021 del Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial por la que se condenó a M.F.G.O., en los autos n° 5294, a la pena de once años de prisión como partícipe necesario del delito abuso sexual con acceso carnal agravado por la comisión de dos o más personas como partícipe necesario (arts. 119 párrafo 3ro. y 4to., letra d., 45 y 47 del CP).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver: PRIMERA: ¿Son procedentes los recursos interpuestos? SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde? TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, la DRA. MARÍA TERESA DAY, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El tribunal impugnado, en sala colegiada, resolvió del modo precedentemente señalado al tener por acreditado en los autos N° 5.294 que «[...] el **día 30 de octubre de 2003**, [M.G.] a bordo de una bicicleta de color rojo, se dirigió hasta la casa de P.T. [...], se reunió con ella en la vereda, [...] hasta las 22:40 hs. [...]. [G.] regresó a su casa [...] en tanto P. ingresó a su domicilio donde permaneció hasta pasadas las 00:15 hs. del día treinta y uno. Una vez arribado G. a su casa, aproximadamente a las 23:00 hs. [del día treinta] recibió la visita de C.T. y D.B., [...] entre la vereda y el interior de la vivienda y terminó cuando [...] se retiraron [...] aproximadamente a las 00:30, quedando [M.G.] en las inmediaciones [...]. [P.B.] se encontró también con [M.G.] [y] le comentó que se dirigía a la casa abandonada [...] donde estaban todos reunidos. Concomitantemente P.T. salió de su casa dejando la puerta entreabierta y la luz del comedor encendida y se dirigió hasta el Barrio [...] para reencontrarse con M.G. recorriendo para ello los lugares en que habitualmente se reunían [...] dos veces [y] se cruzó con H.B. y fue vista por R. y N.V. [...] entre las 00:30 y la 01:00 hs. del día treinta y uno. [...] el encuentro finalmente se produjo en las inmediaciones del Barrio [...]. Ante la imposibilidad de tener intimidad en la casa de G. por la presencia de los familiares, se dirigieron hasta la casa abandonada de calle [...], lugar al que anteriormente habían concurrido para mantener relaciones sexuales. Una vez allí se encontraron con un grupo de jóvenes del B° [...] que estaban de caravana jodiendo y tomando vino y en un momento P. y G., acompañados por A.E. (a) P. salieron y se dirigieron caminando [...] y se detuvieron en el negocio de P.C. que estaba cerrado [...] regresaron a la casa abandonada, dónde además, se encontraban V.E. (a) Y., y otros jóvenes, entre ellos posiblemente I.G. (a) C. y R.B. (a) P. [...]. En un momento dado G. se retiró del lugar dejando a P. a solas con el grupo de varones [...], al advertir [ello] abandonó la casa para regresar a su domicilio y para ello tomó la vía más rápida [...]. [A] poco de caminar y cuando había recorrido aproximadamente setenta metros [P.T.] fue

alcanzada por al menos dos jóvenes de los que habían permanecido en la reunión, sin haberse podido determinar cuántos y quiénes eran dichos varones. [Éstos] la golpearon [...] lograron inmovilizarla y que cayera de rodillas e inmediatamente la golpearon en forma reiterada en el cráneo y rostro con una botella de cerveza, [...] la enmudecieron presionando con una mano su boca, [...] sujetaron sus manos y le produjeron quemaduras [...]. [Luego] la despojaron de su pantalón, bombacha y zapatillas, y la pusieron en posición de plegaria mahometana, sujetando su cuello y presionando su rostro contra la superficie terrosa, lo que dificultó su respiración. En esas circunstancias la penetraron sexualmente por vía vaginal y luego anal, acción esta última en cuyo violento transcurso **se produjo la muerte de P.** como consecuencia de un reflejo inhibitorio por distensión brusca del esfínter anal coadyuvado por las maniobras asfícticas de los agresores [...]. [Posteriormente] y valiéndose primero de una bicicleta [...] trasladaron el cadáver [...] atravesando el descampado [luego] prescindieron del uso de la bicicleta y continuaron [...] solivando el cuerpo y también arrastrándolo [...] cruzaron la referida arteria y lo desecharon en un desnivel ubicado sobre el costado sur [de calle ...].»

Para así decidir el Tribunal de sentencia valoró, entre los principales elementos de prueba, las declaraciones prestadas en audiencia de debate por: N.R.; G.A.; W.T.; E.M.; A.A.; D.E.; J.S.; D.B.; E.A.G.; S.Ch.; V.U.; P.C.; O.M.; R.V.; A.F.; A.J.; G.B.; G.M.; D.B.; R.B.; R.B.; N.V.; Dra. A.G.; E.F.; M.C.; M.Q.; I.L.; R.G.; S.M.; H.B.; I.S.; C.B.; F.B.; D.C.; A.T.; J.P.; A.R.; D.C.; S.Y.; A.A.; J.L.; A.N.; C.L.; S.S.; V.Y.; G.S.; L.M.; P.T.; M.F.; C.M.; J.G.; S.B.; C.T.; G.M.; A.D.; Z.G.; J.T.; E.A.; J.Ch.; J.P.; D.T.; C.O.; R.G.; R.L.D.; D.S.; así como la declaración de C.T. de fs. 134 y vta. incorporada de conformidad con las previsiones de los arts. 400 inc. 2 y 401 inc. 3 del CPP y la declaración del propio acusado rendida al comienzo del debate y el resto de los elementos de prueba válidamente incorporados.

2.- Los recursos de casación interpuestos por el Ministerio Público Fiscal, el querellante particular y la defensa

2.a.- Recurso de casación del Ministerio Público Fiscal

El fiscal jefe de la Unidad Fiscal de San Rafael de la Segunda Circunscripción Judicial formula recurso de casación contra la sentencia arriba individualizada con fundamento en el art. 474 inc. 1 del CPP. Ello, por adolecer el pronunciamiento cuestionado de **inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, en orden a los arts. 40 y 41 del CP y la ley 26.485.**

Refiere al respecto el precedente «Olguín Rivero» de esta Sala en el que se invoca la doctrina «Casal» de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Luego de justificar la procedencia formal del recurso, translitera los arts. 40 y 41 del CP y puntualiza la calificación legal por la que G. resultara condenado. A partir de allí, señala que la pena para la misma oscila entre los ocho y veinte años de prisión, de modo que entiende que la pena impuesta de once años de prisión resulta violatoria de los principios contenidos en los arts. 40 y 41 del CP.

Seguidamente transcribe el hecho que el tribunal tuvo por probado y los fundamentos en orden a la imposición de la pena (v. fs. 3619 vta./3620).

En función de ello, solicita se case, en lo pertinente, la sentencia objetada **aplicando la pena máxima prevista para el delito por el que el acusado fue condenado -veinte años de prisión.**

2.b.- Recurso de casación del querellante particular

El representante de la querellante particular formula recurso de casación contra la sentencia arriba individualizada con fundamento en el art. 474, inc. 2 del CPP. A partir de ello, estructura el recurso en dos acápite. El primero en el que desarrolla la admisibilidad y legitimidad para interponer recurso de casación

conforme el art. 477 del CPP. El segundo, acerca del cuestionamiento a los fundamentos del fallo impugnado.

2.b.1 Admisibilidad formal del recurso de casación articulado

A tales efectos afirma que el sistema procesal mendocino **-art. 477 del CPP-** **presenta problemas de constitucionalidad y convencionalidad** respecto de la acusación independiente y adopta un **sentido restringido de los principios procesales de acceso a la justicia**, igualdad de partes, derecho a la doble instancia, derecho a que la pretensión de la querrela sea acogida en la sentencia y a peticionar que ésa sea revisada.

Cita doctrina y antecedentes históricos. Señala que el querellante ha sido concebido en forma independiente de la fiscalía y que los recursos tendientes a mantener su acusación y la adecuación de la causa a la misma deben permanecer incólumes, en tanto derecho del querellante de acceder a la justicia y a la igualdad de trato entre partes. Su actuación no es alternativa sino independiente.

Cita el **precedente «Giménez Guzmán»** de esta Sala.

Refiere además la inaplicabilidad del precedente «D.C. M.A.S.», por cuanto no se ha receptado ninguno de los puntos de acusación de la querrela pese a la existencia de condena en el recurso de la fiscalía.

Trae a colación también el precedente de la Corte Federal «P., S.M. y otro s/homicidio simple» sobre casación horizontal y se explaya. Entiende que los recursos establecidos en favor del imputado, por paridad de armas, deben estar disponibles para la querrela. Cita normas constitucionales –arts. 117 de la Constitución Nacional y 142 y 144 inc. 3 de la Constitución de Mendoza- que habilitan las instancias extraordinarias y los arts. 474 y 475 del CPP -recurso de casación- y entiende admisible la solución de la Corte Suprema de justicia de la Nación.

Afirma que la irrupción del sistema de los derechos humanos impone reinterpretar toda la normativa – constitucional y procesal- para dar soluciones a nuevos desafíos y desaciertos legislativos. Así respecto de la previsión del art. 476 del CPP que entiende inconstitucional e inconveniente. Cita doctrina en contrario y jurisprudencia en su abono así como aquella que veda el acceso al recurso del Ministerio Público.

Sostiene también que el fallo de la Corte Federal sobre casación horizontal plantea la necesidad de dar operatividad a las mandas constitucionales y convencionales sin necesidad de norma expresa que habilite el recurso. Afirma finalmente que el recurso ha sido articulado para mantener la exacta observancia de la ley, garantizar una revisión completa, evitar las arbitrariedades parciales de que adolece el fallo y que se arribe a un pronunciamiento completo, entendiendo que G. es coautor del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado y homicidio agravado.

2.b.2 Cuestionamientos de la sentencia de condena

Peticona se dicte un fallo complementario y se disponga la arbitrariedad parcial de los hechos alegados, previo discurrir acerca de las nulidades y su interpretación restrictiva, los vicios del fallo, la falta de equivalencia entre doble instancia y doble conforme y la facultad de este tribunal para alterar el resultado de la litis.

Recién luego, pasa a expresar sus agravios. Sostiene que P.T. fue víctima de femicidio, producto de una muerte violenta, en la que distintos factores lesivos de su salud, la compresión por asfixia y el acceso carnal la empujaron a la muerte.

En este sentido, que G. llevó a su pareja, la víctima, para ser abusada por un grupo de hombres violentos, engañada como un objeto y entregada, y en tanto lo considera autor de las torturas en base a la pericia de violencia simbólica expresiva, el resultado muerte fue inexcusablemente una perspectiva que tuvo en cuenta, desdeñó y siguió adelante.

Coincidiendo en la condición de garante y la participación necesaria que el tribunal le atribuye al acusado en el abuso sexual, su permanencia en el lugar y la violencia desplegada, -afirma- impiden considerar falta de representación del resultado muerte.

Por ello sostiene que la pena que corresponde al acusado es la de **prisión perpetua** por los delitos de abuso sexual agravado en concurso ideal con homicidio **agravado, arts. 119 inc. d. y 80 incs. 2, 6 y 7 del CP en calidad de autor**. Entiende, por ello, que la hipótesis de la sentencia está comprendida en la de la querrela.

Para fundamentar su posición cuestiona la causa de muerte adoptada por el tribunal- por inhibición y asfixia- para sostener, en mérito a los testimonios de los Dres. Gómez, Cuarenta y Luque, muerte provocada por asfixia.

Del mismo modo que las torturas, las lesiones de sometimiento, la violación y la asfixia, fueron coadyuvantes, y el debilitamiento de la salud de la víctima fue trascendente y extremo.

Colige que **hubo determinación de causar la muerte y no provocación de un acto reflejo involuntario**, permitiendo la gravedad de las heridas suponer la voluntad femicida ad initio.

Así, debe responderse por las **maniobras de asfixia como coautores de un hecho lesivo más, orientado a matar. P.T. es víctima de femicidio y no de un simple colapso por un acto sexual dado las heridas que presentaba**. Plantea desacuerdo respecto acerca del desarrollo de los hechos que formula el tribunal así como respecto del lugar en que los mismos se cometen.

Entiende que de la prueba no surge que los mismos se hayan centrado únicamente allí y que surge de la declaración del propio G. -efectuado a través de T.- que aquel estuvo en el lugar, refiriéndose a la casa abandonada- y se retiró.

Sin embargo los elementos hallados en el trayecto de esa casa al descampado no fueron validados científicamente en relación a las torturas para poder establecer al acusado como torturador y tampoco resultan determinantes de la localización de los sucesos.

En este sentido afirma que la inexistencia de tierra en las rodillas de la víctima indica que el abuso sexual se produjo en calle [...], donde además se encontró la bolsa blanca, que sirvió a G. y sus amigos.

La existencia de los encendedores y cigarrillos detrás de la casa de Ú. acredita la espera nerviosa, para resolver el problema del cuerpo y el traslado en la bicicleta. Da razones acerca de lo señalado en este sentido por el tribunal.

Entiende más lógico que un pretense retiro pacífico del lugar, que las torturas comenzaran en la casa abandonada; que las huellas de acallamiento demuestran la necesidad de silenciarla y que ello debió acontecer en la casa abandonada y no detrás de la casa de Ú.; que la falta de iluminación de este último lugar conspira contra la precisión y características de las lesiones inferidas, y que, en cambio, a la casa abandonada ingresaba el resplandor de la iluminación pública.

Sostiene que **hubo sometimiento físico** para provocar estas heridas y que los hechos acontecieron en varios lugares: la casa abandonada (heridas de intimidación, tortura y violación), tránsito a los fondos de la casa de Ú. (lesiones en los pies y piernas por azote de la vegetación), fondos de dicha casa (heridas de sometimiento –fosa ilíaca, parte superior de las rodillas y rostro) en los que acuerda con el tribunal, tránsito hasta el lugar donde el cuerpo fue abandonado (huella de arrastre de un pie de P.T.) y a la vera de calle [...] (violación y asfixia). Detalla la prueba de la que ata dichas afirmaciones.

Plantea un desfase entre las heridas de intimidación y tortura, que el tribunal resolvió comprimiendo espacial y temporalmente el suceso.

Afirma que la víctima nunca tuvo huellas defensivas, que fue quemada viva con cigarrillos y en el pezón izquierdo y marcada con una cruz; heridas que no pudieron hacerse en un lugar absolutamente oscuro y denotan precisión en la injuria. Refiere que T. fue torturada y antes inmovilizada, y que la huida hacia su casa explica las heridas en los pies y piernas.

No haberse dirigido a la casa de G., más cercana, opera como indicio de huida y de presencia de éste en la casa abandonada al comienzo de los hechos y al momento de ser abusada. Concluye que P.T. fue violada primero en la casa abandonada y, por eso huyó desnuda.

Ello conforme la declaración del Dr. Talío que habló de unas primeras relaciones consentidas, las que entiende fueron producto de la tortura que le permitió, sin mayor vulneración, accederla a G. y los demás sujetos. Arroga inconsistencia del tribunal al acumular los hechos detrás de la casa de Ú. y enmarcarlos en un lapso temporal reducido y comprimido.

Para acreditar la inconsistencia de esas conclusiones se vale de las características de las manchas de sangre en la ropa de la víctima, las lesiones de ésta y el lago hemático, todo lo que entiende descalifica que P.T. haya muerto en el mismo lugar.

Aduce **pensamiento patriarcal del tribunal** al desplazar parte de la responsabilidad a la víctima al señalar la causa de muerte y, no obstante lo señalado más adelante, coincide con la calificación originaria del Ministerio Público Fiscal de abuso sexual agravado seguido de muerte, hoy con pena de prisión perpetua (art. 124 del CP).

Cataloga las declaraciones de T., ampliamente consideradas por el tribunal, como un evidente intento de desincriminar al acusado, añadiendo que G. ha mentido y su coartada ha sido desvirtuada, siendo su silencio una prueba cargosa que se suma a los muchos indicios existentes.

Por otra parte, sostiene que el tribunal atempera indebidamente la pena. Menciona su resocialización pero nunca estuvo sometido a proceso; no ha formado una familia, a cuyo efecto menciona la cantidad de hijos que tiene y cita los dichos de su propia madre; entiende que las referencias laborales son antiguas; que tiene cuarenta y un años y ha terminado sólo la escuela primaria; no ha colaborado con la justicia sino que la ha obstaculizado; no tiene antecedentes pero ha cometido delitos gravísimos como el abuso sexual de la madre de su primera hija que no fue nunca denunciado.

Señala también que no comparte que el dolo eventual sea atenuante.

Entiende que el monto de la pena, conforme la calificación del tribunal, debió ser de veinte años y de veinticinco años para el delito previsto por el art. 124 del CP.

Por último, afirma que la sentencia ha incurrido en arbitrariedad en el análisis de los hechos y de la prueba rendida, y debe complementársela incorporando la responsabilidad penal del acusado en los episodios de tortura, sometimiento, violación y asesinato de P.T. como coautor ampliando su condena a la de prisión perpetua por los delitos descriptos en el art. 119 inc. d. y 80 incs. 2, 6 y 7 del CP. Cita normativa, plantea incidencia de inconventionalidad e inconstitucionalidad, peticona se acoja el recurso en todas sus partes y se amplíe la condena al acusado.

2.c.- El recurso de casación de la defensa

La defensa de M.G. formula recurso de casación contra la sentencia arriba individualizada con fundamento en el art. 474, incs. 1 y 2 del CPP.

Luego de justificar su procedencia formal, la defensa transcribe cuáles son los hechos que el tribunal, en la sentencia cuestionada, considera probados para luego comenzar la crítica a los fundamentos con análisis del material probatorio siguiendo el íter lógico del propio tribunal.

1-

En primer lugar, la defensa se detiene en el testimonio de A.F., - acápite 35 del fallo-, vecino de T., quien dice haberla visto con G. Sin embargo, la defensa sostiene que describe una persona diferente dadas las características físicas de éste.

Ello además de haber declarado conocerlo. Afirma que dicho testigo miente, que se le extrajo compulsas en el juicio anterior, que declaró en tres oportunidades y refirió tres horarios diferentes de cuándo dice haber visto a G., horarios todos en los que el acusado no pudo haber estado allí. Por ello entiende que, en desconocimiento de sus anteriores declaraciones, prueba instrumental y testimonial, el tribunal realiza una valoración antojadiza y arbitraria de dicha prueba.

2-

En segundo lugar, analiza el encuentro de G. en su casa con C.T. y D.B. que no aconteciera, como sostiene el tribunal entre las 23:00 y hasta las 00:30, quedando el primero en las inmediaciones. Ello por cuanto surge de las declaraciones del padre de G., el acusado, B. y T. que llegaron a las 21:00 horario del partido [...].

3-

En tercer lugar, refiere que el tribunal tuvo por cierto que la víctima buscaba al acusado por el barrio. Para ello se afirma en la circunstancia de haber dejado la puerta abierta y la luz prendida y haber sido vista por las hermanas V. caminando apurada y mirando hacia atrás en dos oportunidades. Sin embargo, la defensa entiende ilógica la primera de las circunstancias, sobre todo porque la puerta no tenía picaporte, el tiempo que le demandaría tener un encuentro íntimo con G. y, además, porque uno de sus hermanos encontró una pulsera suya rota en la puerta y manchas de sangre, sosteniendo que la misma había sido sacada de la casa. Afirma, por el contrario, que nadie vio al acusado y que es una interpretación forzada pues la víctima pudo ir en busca de T., B. o B., también amigos del barrio. Asimismo había quedado en juntarse con M.

4-

En cuarto lugar, destaca que luego de ello el tribunal sostiene que, sin poder determinarse el lugar de encuentro, la víctima y el acusado fueron a la casa abandonada a mantener un encuentro íntimo, encontrando allí al grupo de jóvenes del barrio [...] –E., G. y B.- de caravana, jodiendo y tomando vino. Sin embargo ello no surge del debate, ni que G. estuviera allí así como tampoco que allí hubiera habido actividad criminal. Así de los testimonios de R.D., A.T., M.C. y Z.G., A.U., J.I.G. y S.S., vecinos de la casa abandonada y circunstanciales transeúntes que no vieron ni escucharon nada.

Del mismo modo el Oficial A. y F. que no recibieron orden alguna de inspección de dicha casa.

5-

En quinto lugar, la valoración del testimonio de M.Q. es motivo de crítica en cuanto dijo haber visto, entre la 01:00 y las 02:00 del día del hecho, a G., B. y P.T. frente a la casa de P.C. que tiene un quiosco que estaba cerrado. Justificó su declaración diciendo que en ese momento tenía trece años y tenía miedo.

Sin embargo, éste, actualmente policía, miente según la defensa, pues tenía quince años a la fecha del hecho, era mayor en el debate anterior, diciendo en ambos que no sabía nada así como negó haber sido amenazado señalando las contradicciones en las que incurre.

Además su tía, P.C. sostuvo que no sabía nada, que era chico y tampoco le comentó a su mejor amigo – L.- que era más grande y que lo acompañada ni a la madre de éste.

6-

En sexto lugar, afirma que el tribunal estableció que luego de ir hacia el quiosco los tres –P.T., el acusado y B.- regresaron a la casa abandonada donde estaban V.E., posiblemente I.G. y R.B., y en un momento dado, el acusado se retiró dejando a la víctima a solas con el grupo de varones.

Sostiene la defensa que esta afirmación no es sostenida por ninguna de las partes. Ni siquiera el Ministerio Público Fiscal pudo demostrar cuándo G. se retiró, porque no surgió del debate ni de la instrucción.

Entiende que **da por cierto quiénes estaban en la reunión y los coloca en el grado gravísimo de autores de abuso sexual seguido de muerte cundo han sido sobreseídos, existiendo violación al debido proceso.**

7-

En séptimo lugar, la defensa se detiene en el testimonio de T. de fs. 134 de la instrucción, de la que surgiría las razones de concurrencia de G. y T. a la casa abandonada y quiénes estaban allí. El tribunal afirmó respecto de ésta que no existía otra prueba que arrojara la certeza necesaria para sostener a G. como coautor del ataque físico y sexual que causara la muerte de P.T. De ello se agravia por cuanto T. declaró en el debate casi dos horas y nunca dijo que esa conversación existiera, que se incorporó esa declaración como imputado, rendida en la instrucción y sin asistencia de abogado defensor por lo que deviene nula de nulidad absoluta y manifestó que recibió golpes y torturas de la policía a fin de ser coaccionado para señalar un culpable, obteniendo un mes después la falta de mérito y el sobreseimiento.

8-

En octavo lugar, Afirma la existencia de arbitrariedad en el tribunal para determinar el dolo –eventual- de G. como partícipe necesario en el abuso sexual con acceso carnal agravado por el número de intervinientes.

Destaca que el tribunal marcó su línea de pensamiento, respecto del dolo, conforme la posición de Guillermo Julio Fierro e Ingeborg Puppe.

Así, refiere que el tribunal consideró si bien **sólo es punible la participación dolosa, la mayor parte de la doctrina admite la complicidad con dolo eventual**, pues es suficiente con tener conciencia de que se puede estar ayudando a cometer un delito y sin embargo seguir adelante (Fierro).

A ello, agregó **que existe dolo cuando el peligro de la acción**, considerado en sí mismo, constituye un método idóneo para producir el resultado y que sólo se puede hablar de un método para producir el resultado si, según los conocimientos que él aplica, la chance de alcanzar la meta es relativamente alta (Puppe).

Además, **el sujeto debe ser consciente de que existe un peligro de que se realice el tipo**. Es decir, de que, además de que utilice un método idóneo para producir el resultado, tiene que tener conciencia del mismo, conocimiento, dado que de lo contrario no conoce una circunstancia que integra el tipo legal (Puppe).

Asimismo, el conocimiento en el dolo debe ser actual, en el momento del hecho, en el momento del aporte (Puppe).

Refiere que, al efecto, el tribunal sostuvo que el acusado, al dejar una mujer joven con un grupo de varones que sabían que habían ido allí a tener relaciones sexuales, que estaban de «caravana», «jodiendo», bebiendo vino -lo que exarcerbaba sus impulsos violentos-, a altas horas de la noche, en una vivienda deshabitada, **constituyó un método idóneo para contribuir al resultado que luego se concretó**. Y entendió que el primero se verifica enteramente (mujer sola en casa deshabitada, en horas de la noche, con un grupo de jóvenes que sabían que iban a mantener relaciones, que respondían desajustadamente y demás), y dejarla sola importaba un peligro para su integridad sexual.

Así, que ese conocimiento se le podía atribuir al acusado a partir de los conocimientos mínimos (conocimientos de cualquier persona y conocimientos previos sobre conductas desajustadas de los que participaban de la reunión – ataque a T. y al chileno N.-). Dicho ello, la defensa entiende desacertada tal conclusión.

Considera que el obrar doloso no es más que conocimiento y voluntad de realización de los extremos del tipo objetivo y por ello es arbitrario considerar, con el grado de certeza requerido en esta etapa procesal que el acusado conociera de las conductas desajustadas y violentas del grupo de jóvenes que participaban de la reunión –primera condición-.

Si bien conocía de la golpiza de los hermanos E. y G. a T., no surgió del debate ataque sexual en perjuicio de ninguna mujer en el barrio [...] o sus alrededores. Así de las declaraciones de R.G. e I.S.

Contrariamente, surge de los **informes psicosociales** de los hermanos E. y G. la vulnerabilidad de éstos en la investigación de la muerte de P.T., lo que resultan violentos y desajustados solo para el Tribunal.

Respecto del segundo, en cuanto sostiene que estuvo presente y participó de la reunión, no existe prueba directa ni indirecta de que los hechos hayan sucedido en la casa abandonada ni la certeza requerida para afirmar que G. participó y con quiénes. La defensa se pregunta cómo llega a la conclusión de que G. percibió que ese grupo estaba de «caravana» y abusaría sexualmente a P.T., sosteniendo que este extremo lo supone y lo da por sentado cuando de la prueba con la que cuenta, a través de un juicio lógico e hipotético -de haber sucedido los hechos allí-, G. no pudo saber ni siquiera a título de percepción lo que allí sucedió (elemento subjetivo).

Cuestiona nuevamente el valor probatorio de la declaración de T. y afirma que de ella **no surge que el acusado supiera o tuviera la posibilidad potencial de conocer** los hechos que tuvieron como resultado la muerte de P.T.

Por el contrario, y luego de transcribirla, la pregunta de éste a E. denota su desconocimiento no solo de lo acontecido sino del lugar del hecho.

Asimismo, y en cuanto a que ese conocimiento surge del propio reconocimiento del acusado a T. –en cuanto afirmó «dejé a P. en la casa»- lo que lleva implícito que ella no eligió quedarse, así como que ello implica conocimiento concreto de la situación concreta en que quedó la víctima cuando se retiró y que excluye cualquier decisión de permanecer allí, afirma que no solo esta afirmación es la más gravosa sino que se hallan desprovistas de prueba directa o indirecta.

Entiende que el tribunal no ha tenido por probado, porque no se puede acreditar, cómo concluyó que P.T. no eligió quedarse, que ello implica conocimiento de G. de la situación concreta en la que dejó a P. excluyendo la decisión de ella de permanecer allí.

Ello denota arbitrariedad, falta de fundamentación y omisión de valoración de prueba de descargo. Sostiene que el tribunal afirma la concreta aptitud del aporte para lesionar la integridad sexual de la víctima en el entendimiento que la acción de G. es especialmente apta para contribuir al resultado lesivo y puntualiza la conclusión.

Reitera que el Ministerio Público Fiscal indicó que no podía probar el momento en que G. se había ido de la casa abandonada y, sin embargo, el tribunal, supliendo a éste le ha dado significación probatoria y jurídica, lo que juzga carente de fundamentación y adolece de arbitrariedad.

En relación con la afirmación de que al acusado no pudo pasarle desapercibido de que con su comportamiento podía contribuir a un ataque sexual cuando su retiro no obedeció a ninguna necesidad, hace referencias históricas de la causa.

Así, que en anteriores debates el Ministerio Público Fiscal no mantuvo la acusación y que los tribunales anteriores, ante la imposibilidad de encontrar acreditado este extremo, absolvieron. Asimismo, indican que la declaración de T. evidencia la falta de representación del resultado.

Añaden que, conforme la doctrina seguida por el tribunal, **el aporte de G. es en sí mismo potencialmente inapropiado para causar el resultado lesivo** y que haber sucedido no tuvo posibilidad de conocerlo; que **el aporte, para serle reprochable, debe ser doloso y directamente enfocado a menoscabar el mismo bien jurídico** que pretenden menoscabar los autores, lo que da por sentado el tribunal, cuando expresamente la fiscalía no pudo probar este punto del íter críminis así como respecto de la falta de necesidad de retirarse de G..

El último cuestionamiento se centra en la pena impuesta y, no obstante solicitar la absolución de G., consideran que la pena deviene arbitraria.

Ello por cuanto debió examinarse el tiempo transcurrido -diecisiete años desde que ocurrió el hecho hasta la sentencia-; que siendo el fin de la pena la prevención especial positiva y dado que G. no ha cometido ningún delito, la pena sería innecesaria porque su finalidad se ha cumplido.

Asimismo deviene arbitraria e inmotivada a través de referencias genéricas en orden a los arts. 40 y 41 del CP, otorgando peso desproporcionado a los agravantes dejando de valorar el sometimiento absoluto de G. a la ley desde la fecha del hecho hasta el juicio.

En función de lo expuesto solicita se haga lugar a la queja impetrada, case la sentencia, declare la nulidad absoluta de la sentencia y del juicio y se ordene la realización de nuevo debate. Finalmente hace reserva de caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, a fs. 6/8 de este legajo señala que el recurso del Fiscal Jefe de la Unidad Fiscal de San Rafael, recurso que mantiene, le endilga a la sentencia haber vulnerado, al establecer el monto de la pena de once años, lo establecido por los arts. 40 y 41 del CP, los que desarrolla.

En razón de la calificación legal atribuida en la sentencia –abuso sexual con acceso carnal agravado por la participación de una pluralidad de personas- peticona se case la misma y se imponga la pena de máxima de veinte años de prisión.

Respecto del recurso del querellante particular, resume que en el mismo plantea, además, recusación de la Dra. Day, supuesta anticonvencionalidad e inconstitucionalidad, éste solicita ampliación de la sentencia como autor del delito de abuso sexual agravado por la participación de dos o más personas y homicidio agravado (arts. 119 inc. d. y 80 incs. 2, 6 y 7 del CP) incrementándose la pena a la de prisión perpetua. Del recurso articulado por la defensa, reseña que sus agravios apuntan a demostrar la existencia de arbitraria valoración de la prueba en cuanto a la participación del acusado, valorando nuevamente las declaraciones testimoniales rendidas.

Endilga también arbitrariedad para la determinación del dolo de G. y finalmente se agravia de la pena impuesta.

Se pronuncia en primer término por la inadmisibilidad formal del recurso de la parte querellante con cita de precedentes de esta Sala, «Sánchez, Fernando», «Yaciófano», «Cruz Juárez».

Dicha postura resulta confirmada a fs. 3.790 en ocasión de la nueva vista conferida a fs. 3.787. En segundo lugar, por la procedencia formal de los recursos articulados por el Ministerio Público Fiscal y la defensa pero, entiende que, sustancialmente, ambos deben seguir distinta suerte. Así, considera que en razón del recurso interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal debe casarse la sentencia, únicamente, respecto de la pena impuesta y se haga lugar a lo peticionado.

Finalmente, y en cuanto al libelo de la defensa, considera que debe ser rechazado. Ello, por entender que se estructura en torno a una nueva valoración del plexo probatorio con la descalificación de ciertos testigos.

A su modo de ver, la sentencia en cuanto a la acreditación de los hechos, la intervención del acusado y la calificación legal aparece debidamente fundada. Por último, en orden al cuestionamiento de la pena impuesta de la defensa, se remite a lo peticionado por el recurso del representante del Ministerio Público Fiscal.

4.- Audiencia de informe oral del recurso

Al momento de informar oralmente los recursos interpuestos, la Dra. Daniela García y el Dr. Jorge Vitale, ambos defensores oficiales, por la defensa de M. Federico G., expusieron sus fundamentos, haciendo alusión a los agravios y posiciones que constan en el expediente.

Hizo lo propio, el Dr. Guillermo J. Rubio, en representación de la parte querellante. A su turno, el Dr. Pablo Peñasco, Fiscal Jefe de la Unidad Fiscal de San Rafael, en representación del Ministerio Público Fiscal, fundamentó los motivos por los cuales solicitó el rechazo del recurso de casación formulado por la defensa y se explayó acerca del recurso por él articulado.

Asimismo, en mérito a que el representante del Ministerio Público Fiscal se pronunció acerca de la admisibilidad formal del recurso articulado por la parte querellante, corrida nueva vista, el Procurador General confirmó su posición acerca de la desestimación formal de aquella impugnación a fs. 3.790.

5.- La solución del caso

Voto Dra. Day. Preopinante.

Puesta a resolver los recursos promovidos corresponde adelantar que, por las razones que a continuación se exponen, los recursos interpuestos –de la defensa, del Ministerio Público Fiscal y del querellante particular- deben ser desestimados

a.- Consideraciones preliminares sobre la legitimación de los recurrentes para impugnar la decisión cuestionada

En lo que concierne a los requisitos de impugnabilidad subjetiva, debe señalarse que el recurso de casación deducido por los representantes del Ministerio Público Fiscal y la defensa del acusado reúnen los recaudos procesales pertinentes para su admisibilidad.

Ello, en tanto esas partes ostentan interés y tienen la facultad para interponerlo de conformidad a lo establecido por los arts. 476, inc. 4 y 478 del CPP. Ahora bien, no puede llegarse a la misma conclusión respecto del recurso interpuesto por el representante de la querellante particular.

En efecto, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 477 del CPP aquella parte solo puede impugnar las sentencias de sobreseimiento confirmadas por la Cámara de Apelaciones o dictadas por el tribunal de juicio y las sentencias absolutorias siempre que hubiere requerido la imposición de pena.

Es decir, su facultad de recurrir se halla condicionada, pues el ejercicio amplio de esa facultad procesal es propio del titular de la acción pública quien, en definitiva, también representa los intereses del querellante particular.

De tal manera, como ya ha tenido oportunidad de señalar este Tribunal, la limitación legal no aparece contraria a la normativa constitucional y convencional vigente (al respecto, y entre otros, ver los precedentes «Cruz Juárez», «Silva Macagno» y «Arzuza»).

En mérito a ello y habiendo sido en el caso el acusado condenado se impone el rechazo formal de la presentación del querellante particular pues no obstante dicha parte ostentar **interés jurídico en la interposición del recurso deducido, no tienen la facultad legal para hacerlo.**

En definitiva, y en forma coincidente con lo dictaminado por el señor Procurador General a fs. 3.790, la resolución cuestionada **es objetivamente impugnabile** por ser sentencia definitiva, pero subjetivamente sólo el Ministerio Público Fiscal y el acusado, razón por la que entiendo que el querellante particular, en el caso concreto y por las razones antes señaladas, carece de legitimidad subjetiva para recurrir.

b.- Acerca del recurso articulado por la defensa del acusado

b.1.- Cuestiones vinculadas con el abordaje del caso con perspectiva de género

Previo al tratamiento de los recursos articulados, resulta necesario dejar expresamente sentado que las particularidades del caso que nos ocupa, esto es el abuso sexual y muerte de P.T., conlleva un abordaje especial.

Este ha sido el seguido por el tribunal de juicio dado que el razonamiento que condujo a los magistrados intervinientes a resolver del modo en que lo hicieron, se sustenta en un análisis y una exposición pormenorizada sobre las **características típicamente modales que precisa un acontecimiento fáctico, de acuerdo con la perspectiva de género** con la que deben analizarse casos como el presente.

Al respecto, debe destacarse, tal como he sostenido antes, que la violencia de género se explicita en un profundo desprecio por la condición humana de la mujer que no se somete a las decisiones del varón, quien obra a partir de ese desprecio en tanto se siente «dueño» de la mujer o, dicho de otro modo, actúa con la creencia de una superioridad de lo masculino sobre lo femenino –y su consecuente autoridad sobre la mujer–.

Es a través de esta lógica de pensamiento que el agresor ejerce la violencia descrita por el art. 4 de la ley 26.485 que normativiza los efectos concretos que esta actitud puede provocar en la vida de las mujeres, y cuyo último lastre es el desprecio por la vida misma y su correlato que es el femicidio. (ver al respecto mi voto en el precedente «Di Césare Meli»).

Ahora bien, esa violencia que puede derivar en la muerte también se presenta en muchas ocasiones en otras formas menos graves, pero no por ello menos relevantes.

De tal manera, **la adopción de perspectiva de género** para la resolución de casos no es sino la consagración de los compromisos asumidos por el Estado Nacional mediante la suscripción y ratificación de los distintos instrumentos internacionales sobre la materia.

Específicamente, en cuanto a la acreditación de esa violencia, debe señalarse que la prueba siempre debe valorarse de acuerdo a las reglas de la libre valoración que resultan inmanentes a la sana crítica, por oposición a la prueba legal o tasada, y bajo los límites que surgen de los principios lógicos de coherencia (identidad, no contradicción y tercero excluido) y de derivación (razón suficiente) y de los incontrastables de las ciencias y de la experiencia común.

En los casos donde **se investigan hechos cometidos en el marco de la violencia de género, estas reglas deben observarse bajo el prisma de la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales** consagradas en la normativa nacional.

Así, la labor de ponderación de la prueba debe estar **despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva**, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación.

A partir de allí, un sector importante de la doctrina destaca que «la valoración probatoria jurisdiccional debe ser con perspectiva de género, es decir no es un estándar de prueba diferenciado, sino el mismo

estándar directo e indirecto que supere cualquier sesgo discriminatorio y respetuoso de los derechos humanos de las mujeres» (DI CORLETO, Julieta, «Igualdad y diferencia en la valoración de la prueba: estándares probatorios en casos de violencia de género», en DI CORLETO, Julieta, Género y justicia penal, 1ª ed., Ediciones Didot, Buenos Aires, 2017).

Efectivamente, y tal como se explicará, ello se observa en la sentencia cuestionada, donde la perspectiva de género ha representado adecuadamente un modo de valorar los elementos probatorios incorporados a la causa, con el debido contralor de la defensa, cuya adopción resulta imperativa, dado el contexto fáctico en que se produjeron los hechos que componen el objeto del presente proceso. Y ello así por cuanto la valoración con perspectiva de género es perfectamente posible sin vulnerar las garantías del acusado.

En función de las consideraciones señaladas es que considero que deben analizarse los recursos interpuestos, a fin de brindar una adecuada respuesta a los planteos formulados.

b.2.- Improcedencia de los agravios de la defensa.

Los agravios de la defensa han sido estructurados en dos acápites bien diferenciados.

El primero en orden a (1) **una arbitraria valoración de la prueba**, dentro del que se articula un cuestionamiento adicional expreso acerca de la determinación del dolo del acusado en su condición de partícipe necesario.

El segundo, respecto de la (2) **pena impuesta**. Adelanto desde ya que los cuestionamientos no resultan procedentes.

Esto por cuanto, y contrariamente a lo sostenido por la recurrente, los elementos de convicción obrantes en la causa han sido valorados siguiendo los principios de la sana crítica racional, la lógica y la experiencia, con la debida perspectiva de género que el caso requería.

Ello ha dotado a dicho acto sentencial de la motivación necesaria para ser considerado un acto jurisdiccional válido, descartándose la existencia de vicios que ameriten su anulación (ver al respecto, LS. 186-427; 153-011; 354-218; 392-94 y 397-177, entre otros).

Preliminarmente, debe señalarse que la versión de los hechos aportada por la defensa no es sino una **reedición de planteos efectuados** a lo largo del proceso y al momento de brindar sus alegatos en la audiencia de debate. Estos planteos no obtuvieron respuesta favorable en la sentencia y, como se explicará, no traslucen sino una **mera discrepancia en mérito a lo resuelto**.

1) Al efecto, la defensa no ha cuestionado las circunstancias de modo y lugar –detrás del inmueble propiedad de la Sra. Ú., con frente a calle [...] de San Rafael en que ocurrieron las acciones determinantes del desenlace criminal.

Tampoco la causa de muerte –de origen violento como consecuencia del acceso carnal vía anal que conllevó al deceso por inhibición, debido a un reflejo inhibitorio por distensión brusca del esfínter anal siendo la asfixia un curso causal coadyuvante; ni las cuantiosas lesiones que la víctima presentaba.

Del mismo modo, tampoco la secuencia y el modo del ataque físico y sexual que sufrió P.T. y que el tribunal de la instancia previa describe en la sentencia.

2) Corresponde también referir que la defensa centra - principalmente- sus agravios en **la inexistencia de intervención y consecuente responsabilidad** de M.G. en los hechos investigados. Sostiene, en este sentido, que la noche de los hechos, permaneció en su domicilio durmiendo, luego de haberse encontrado con T. y B. en su casa, ocasión en la que vio con el primero un partido de fútbol, compartieron un vino y pernoctaron entre el interior y la vereda de su casa. Dicho encuentro se habría desarrollado hasta las 23:30 o 24:00 aproximadamente.

Más allá de ello, no desconoce que se encontró con P. en horas de la tarde en dos oportunidades, un breve encuentro en la plaza del barrio y, luego, en la casa de M. en el Bº [...]. Sin embargo, la reconstrucción de los hechos que realiza el tribunal, contrariamente, ubica a G. junto a P.T. En horas de la noche del 31 de octubre de 2003, en la esquina del domicilio de ésta, luego yendo P.T. en busca de G. para ir -juntos- a la casa abandonada, posteriormente junto a éste trasladándose a un quiosco de la zona con uno de los hermanos E., «el P.», y finalmente, regresando a la casa abandonada. Finalmente, se le atribuyó al acusado retirarse del lugar, dejando sola a P.T. junto al grupo de hombres que se encontraba en la casa abandonada, ocasión en que fue agredida salvajemente y abusada sexualmente, lo que derivó en su muerte.

3) Ese primer encuentro nocturno entre P.T. y M.G. en la esquina de la casa de P.T., en calles [...] de San Rafael, y del que dio cuenta A.F., vecino de P., es negado por la defensa. Al respecto, centra su cuestionamiento, principalmente, en una descripción física equivocada de G., al que conocía con anterioridad, a la que añade contradicciones en cuanto a los horarios en que dicho encuentro aconteciera. Sobre dichas características físicas del acusado, así como de la dificultad para distinguir quién era la persona que estaba esa noche con P.T., por la oscuridad del lugar, como notas que, según la defensa, restarían valor convictivo a dicho testimonio, se refirió el tribunal.

Efectivamente como allí se indica, de la prueba instrumental agregada –fotografías del acusado a la fecha del hecho de fs. 790 y 1570- e inspección ocular realizada por el propio tribunal, puede verificarse que ninguna de estas dos circunstancias resultan relevantes en orden a impedir que el testigo reconociera a P.T. y M.G. esa noche.

Ha de tenerse expresamente en cuenta que éste refirió en el debate, «[...] para mí, por la cara era G. [...]» y ante nuevas preguntas acerca de otras características o rasgos, expresó, «[...] no, por la cara [...]» (ver registro audiovisual, 10/12/2020, parte I, minutos 00:15:35 y ss).

Por otra parte el mismo testigo brindó detalles de contexto que aportan veracidad a dicho testimonio. Entre ellos: la circunstancia de haber salido a fumar un cigarrillo después de cenar como habitualmente lo hacía; la proximidad de su domicilio con la casa de P.T. -treinta y cinco o cuarenta metros-; el conocimiento de ésta y de G. del mismo barrio; el color de la bicicleta en la que se trasladaba el acusado (ante lecturas de declaraciones anteriores; ver registro audiovisual, 10/12/2020, parte I, minutos 00:11:45 y ss; 00:15:35 y ss y 00:43:41 y ss; 00:23:25 y ss, 00:40:10 y ss.).

Esta última circunstancia –el color de la bicicleta- surge también del testimonio del padre del acusado. Además, fue el acusado quien dijo conocer a F. de toda la vida, del barrio, como refirió. Todos estos elementos, en coincidencia con el sentenciante, me llevan a colegir que dicho encuentro efectivamente se produjo, más allá de las lógicas imprecisiones y olvidos en mérito al tiempo transcurrido entre el hecho y la declaración.

Por el contrario, la existencia de estrictas precisiones sobre las circunstancias de modo de un hecho en una declaración, cuando ha transcurrido un tiempo considerable, en vez de fortalecer el testimonio restaría credibilidad al relato.

El tribunal también se expidió, acertadamente, en orden a las imprecisiones horarias, a las que quitó relevancia, entendiendo suficiente que siempre ubicara dicho encuentro en horas de la noche.

Además, abordó, aquella otra circunstancia, nuevamente planteada por la defensa, relacionada con el hecho de no haber A.F. individualizado a G. con anterioridad pese a conocerlo, aun de vista, del barrio. Y corroboró ello con las menciones efectuadas por la madre de la víctima, N.R., quien refirió, acerca de si vio a G. en las inmediaciones el día [...], que «[...] no, el vecino lo vio [...] yo creo en él porque vive enfrente

y nos dijo que era G. que en ese entonces se había rapado acá [y hace un gesto señalando la parte de baja de la cabeza] y mi hijo menor me dice que se había hecho las rastas cortadas [...]. Por eso dice él que está rapado pero no estaba rapado total [...]». Acerca de quién era esta persona, mencionó que era «[D]on F. [...]» (ver registro audiovisual, 02/12/2020, parte 5., minutos 00:14:43 y ss).

4) Por otra parte, la defensa señala imprecisiones horarias en el encuentro mantenido por el acusado, T. y B.. Dicho encuentro que transcurrió entre la vereda y la casa de G., en el que compartieron un vino con T. y luego se hizo presente B., transcurrió, conforme la sentencia, entre las 22:30/ 23:00 hs. y hasta las 00:30 hs. cuando éstos se retiraron.

Al respecto, la defensa afirma que ese encuentro se inició a las 21:00 hs. para ver un partido de fútbol y que ello surge de las declaraciones de T., B., el propio G. y su padre. Sobre el cuestionamiento debe señalarse que C.T. refirió que «[El día...] me junté esa noche con M. y estuve hasta las 12:00, 12:30 de la noche y me fui porque tenía que trabajar [...]»,(ver registro audiovisual, 17/12/2020, parte 1., minutos 00:14:26 y ss), aun cuando también afirmó que llegó, como afirma la defensa entre las 20:30, 21:00 hs., después de cena, referenció. Mientras que D.B. dijo que «[El día 30 de octubre] yo venía en bicicleta y ellos me pidieron un cigarro [refiriéndose a T. y G.] en la noche, como a las once, diez de la noche [...] yo venía de la casa de mi novia [...] iba pasando y estaban tomando un vino [...] me tomé uno, se terminó y dijimos “bueno vayamos a comprar” y como adónde fuimos estaba cerrado, le dije a C.T. “si querés te llevo” porque me tenía que ir temprano para ir a trabajar. Yo lo llevé a él y me fui a mi casa, [...] once o doce, doce y media más o menos [...]» (ver registro audiovisual, 10/12/2020, parte 1. tarde, minutos 00:05:25 y ss).

Tal como sostiene el tribunal, V.U. corroboró la presencia de éstos –entre otros G. y T.- en horario contemporáneo –entre las 23:50 y 00:10 (ver registro audiovisual, 09/12/2020, parte 5., minutos 00:04:30 a 00:05:15 y ss) y, A. T. señaló que salió a comprar, entre las 22:30 y las 23:00 y que no vio a nadie (ver registro audiovisual, 15/12/2020, parte 1. mañana, minutos 00:13:49 a 00:14:35 y ss).

En este orden, el tribunal de la instancia anterior otorgó irrelevancia al inicio de dicho encuentro en la casa de G. -a las 21:00 hs, según la defensa afirmado en el testimonio de T. y la declaración de su defendido, y que habilitaría, según aquella parte, a desconocer el encuentro que refiere F. en la esquina de la casa de P..

Sin eludir dicho cuestionamiento, el tribunal razonó que la distancia entre el domicilio de P.T. y el de M.G., y la bicicleta en la que se movilizaba éste, no neutralizan dicho encuentro, pues dicho recorrido irrogaba pocos minutos, circunstancia que fue verificada por el propio tribunal.

Además, debe señalarse que fue el propio acusado y C.T. quien mencionó que la reunión transcurrió, tanto en la vereda ,como en el interior de la vivienda, lo que se condice tanto con la omisión de verlos de A. T., como con la visualización de U., posibilitando también ello, el encuentro con B..

5) Seguidamente, y siempre conforme la reconstrucción que la sentencia hace de las últimas horas de P.T., la defensa cuestiona la búsqueda de ésta a M.G., su concurrencia con éste a la casa abandonada así como, ya estando allí, el traslado a un quiosco de la zona junto a A. «P.» E., regresando posteriormente a la casa abandonada. La defensa afirma que el tribunal supone el encuentro de la víctima con el acusado y la finalidad de dicho encuentro. Ello en tanto nadie vio a M.G. después de las 00:30 horas, tampoco junto a P.T. ni en la casa abandonada.

También, refiere, que el tribunal supone quiénes estaban en dicha casa y la actividad criminal que allí podría suceder. Para ello, a más de sostener que la prueba no es unívoca, indica testimoniales que, a su juicio, avalan la hipótesis defensiva.

El tribunal sostuvo que el acusado y la víctima se encontraron después de las 00:30 hs. e hizo referencia a prueba directa e indirecta: las declaraciones de las hermanas N. y R. V.; las circunstancias de tiempo, lugar y modo en que P.T. salió de su domicilio y se conducía cuando fue vista; el uso que se hacía de la casa abandonada, quiénes la utilizaban habitualmente y cómo se conformaban los grupos de los dos barrios aledaños, el del B°... y el del B°...; los testimonios de M.Q., de su tía P.C.; la propia declaración de M.G.; y, por último, la de C.T., la que fue analizada extensamente (ver puntos 37 a 41 de la sentencia, fs. 3504/3509).

Unidad de la prueba.

6) Se advierte que la defensa parcializa el análisis de la prueba y con ello la conducta de M.G.

Frente a ello, debe decirse que no es posible examinarse ningún medio de prueba sin hacer incursiones en los demás y cada uno de ellos reposa en mayor o menor medida sobre los otros porque finalmente son elementos de un conjunto y éste dará la prueba sintética y definitiva sobre la que podrá apoyarse la reconstitución de los hechos (**v. GORPHE**, Francois, La apreciación judicial de las pruebas, La Ley, Buenos Aires, 1967, p. 464 y ss.). Dichas apreciaciones en orden al método de análisis y al único tipo de prueba con que se cuenta –indiciaria o indirecta– fueron oportunamente adelantadas por el tribunal (v. punto 15, fs. 3487/3489).

En este sentido, luce pertinente traer aquí a colación lo que se ha referido por esta Sala en el sentido que «[...] los medios de prueba **no constituyen compartimientos estancos**, porque cada uno de ellos se apoya en mayor o menor grado sobre los restantes. Unos y otros aparecen, finalmente, como los elementos de un todo, y será ese conjunto el que dará la prueba sintética y definitiva, aquella sobre la cual se podrá levantar la reconstrucción de los hechos. Las diversas pruebas presentadas en un momento dado deben ser examinadas al mismo tiempo, pues el resultado global es el que cuenta» (L.S. 388- 219).

Así, «el sistema de la sana crítica racional, se encuentra íntimamente relacionado con el principio de la unidad de la prueba, e impone como regla la consideración de la prueba en su conjunto, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas, que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles o imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados» (L.S. 381-233; 382-107; 388-219; 398-42; 401-188).

De tal manera, el tribunal **dio cuenta de la existencia de indicios que le permitieron llegar a la conclusión que se cuestiona en esta instancia**. Así: la circunstancia de haber salido P.T. de su casa, dejar la puerta abierta y la luz prendida, cuando previamente su familia –su madre y uno de sus hermanos– la había visto estar atenta a sus tareas escolares luego de la cena; su rasgo psíquico – transgresión de límites sin enfrentamiento familiar, dada la oposición a G. y su grupo que surge de la pericia psíquica post mortem, sumado a su breve encuentro con M.G. en la esquina de su casa; el vínculo afectivo que la unía a éste, la visualización por las hermanas V. no controvertida por la defensa – P.T. que caminaba apurada, mirando hacia atrás en dos oportunidades–; el breve cruce con H.B.; el sentido de marcha que llevaba, la también visualización posterior de M.Q.; y, por último, el testimonio de C.T.. A partir de todos estos indicios el tribunal de la instancia anterior estableció que P.T., ese día 31 de octubre de 2003, aproximadamente a las 00:30 hs. salió al encuentro de G., y efectivamente se encontró con éste, se dirigió a la casa abandonada ubicada en calle [...]. Luego, ambos junto a uno de los hermanos E. fueron a comprar a un negocio de la zona con resultado adverso y regresaron a la casa abandonada.

Posteriormente, que M.G. se retiró dejando a la víctima en el lugar. Más allá que varios testigos que indica la defensa –A.T., R.D., M.C., Z.G., A.U., J.G., S.S., residentes colindantes o aledaños de la casa abandonada– dijeron no escuchar ni ver nada la noche de los hechos, lo cierto es quedó acreditado: el estado dicha casa

abandonada, las razones de su estado; el uso que grupos de adolescentes le daban al inmueble; que la casa de los hermanos E. lindaba con aquella casa y que entre ambas no había medianera; que la casa era principalmente utilizada por el grupo del B°... y que M.G. ya había ido con P.T. allí a mantener relaciones sexuales. Esto último surge del propio reconocimiento del acusado.

A la declaraciones individualizadas, debe agregarse que el estado de la casa, los motivos, quiénes las utilizaban y qué actividades se mantenían allí, entre otros aspectos, también se desprendieron de las declaraciones de P.C. (ver registro audiovisual, 09/12/2020, parte 5., minutos 00:25:45 y ss); de G.B. (ver registro audiovisual, 10/12/2020, parte 3., minutos 00:0:30 a 00:12:185 y ss); y de D.B. (ver registro audiovisual, 10/12/2020, parte 1. tarde, minutos 00:11:35 y ss.). Por otra parte, el tribunal se explayó sobre ello largamente en las consideraciones preliminares que se traducen en los puntos 18 a 23 de la sentencia (fs. 3489/3492).

7) En otro orden, los testimonios de M.Q. y de C.T. motivan un cuestionamiento y desarrollo especial en los agravios de la defensa. Ello, por cuanto el primero aporta elementos de convicción a la estancia de G. y P.T. en la casa abandonada el día de los hechos en horas muy cercanas a su muerte –en tanto refirió verlos entre la una y dos de la mañana- y, además, en compañía de A.E.. El segundo, porque fue el destinatario de las manifestaciones que así lo confirman por parte del acusado.

Cataloga la defensa de mendaz, ganancial y aislado el testimonio de Q. en razón de develar el conocimiento de una situación luego de diecisiete años y que omitiera declarar en oportunidades anteriores.

A su vez, porque no hizo comentario alguno con las personas con las que se encontraba en aquel momento y porque adujo temor, sin haber sido amenazado, pero continúa viviendo en el mismo lugar. El tribunal, acertadamente, aportó las razones del valor adjudicado a dicho testimonio.

En este sentido, consideró que la corta edad de Q. en las declaraciones anteriores, 15 y 18 años como apunta la defensa, así como la coexistencia barrial donde vivían las personas sospechadas e intimidaciones sufridas, resultaban razones atendibles para justificar la anterior reticencia y descartar su mendacidad.

A partir de allí, concluyó que lo dicho era fácticamente posible.

Además corroboró ello con dos testimonios que, aún de oídas, se conocían ya en la investigación, el de M.C. y S.M. También sumó, a los mismos efectos, la declaración de P.C. y del propio acusado. Efectivamente dicha información ya constaba a fs. 536/537 cuando se le recibiera declaración testimonial en el juzgado de instrucción a M.C. y a fs. 548/549, a S.M. Ciertamente es que ambos testimonios reproducen comentarios o manifestaciones de terceros, razonables dado el altísimo grado de repercusión que el hecho tuvo en todo el vecindario, pero, también pudieron impactar en el ánimo de Q. -menor de edad al momento de los hechos y en los primeros momentos de la investigación- para callar aquello que había visto. Aún así, M.C. en el debate añadió, «[L]a tía de mi ex marido había visto a G., a P. y a otro chico ir a comprar cerveza en un negocio que era de P.C. [...] cerca de la una [...]. No recuerdo si los atendieron, por eso los vecinos los vieron que estaban ahí [...]». Y agregó que «[S.M.] me dijo que estaba baldeando la vereda o barriendo porque al otro día trabajaba, después lo desmintió, me dijo que estaba equivocada, pero yo no miento ni invento [...] sé que es depresiva y es muy bipolar y a lo mejor se arrepintió pero que me lo dijo, me lo dijo [...]» (ver registro audiovisual, 11/12/2020, parte 2., minutos 01:09:40 y ss; minutos 01:10:35 y ss).

Asimismo, Q., fue largamente interrogado durante el debate y brindó claras explicaciones al efecto. Expresamente acerca de esa noche sostuvo: «[Y]o la noche previa, noche o madrugada, la vi por mi cuadra [refiriéndose a P.T.], yo estaba enfrente de mi casa, en la casa de una vecina [...] la vi pasando por afuera

junto a G. y uno de los E., los tres pararon al lado de mi casa [...]. No le di importancia». Por su parte, aclaró que ello ocurrió «[en] Los Cedros 4160 aproximadamente, justo enfrente de mi casa, al lado de la esquina [...] entre la una y dos de la mañana [...]». A preguntas que se le formularon, agregó que «[...] al otro día, yo creo que me había quedado libre o había faltado, me levanté temprano y me enteré del hecho [...] pasó el tiempo y me di cuenta que era ella la chica que había visto[...]» (ver registro audiovisual, 11/12/2020, parte 2., minutos 01:26:22 y ss). En cuanto a qué dijo con anterioridad refirió que «[...] no los conocía y que no había visto nada [...]. Era muy chico y tenía miedo [...]. No tenía a alguien que me guiara y me dijera qué decir, aparte las personas del entorno que están investigadas fueron personas nombradas, eran peligrosos [...]» (ver registro audiovisual, 11/12/2020, parte 2., minutos 01:35:44 y ss). La declaración de P.C. confirma la existencia de un quioscodespensa de su propiedad en ese lugar así como que era atendido también de noche, sobre todo cuando estaba su marido.

La circunstancia de sostener que esa noche no los atendió –dijo que estaba sola con sus hijas y que nadie le golpeó–, deviene confirmatorio de la situación advertida por Q. (ver registro audiovisual, 09/12/2020, parte 5., minutos 00:25:50 y ss., 00:46:32 y ss). Por su parte, C.T. declaró en el debate y negó aquella declaración rendida durante la investigación a fs. 134. Incluso refirió en varios pasajes de la misma haber sido golpeado por personal policial y haber declarado sin asistencia de abogado defensor. En esa declaración primigenia, en la que pide ampliar su declaración indagatoria el 11 de noviembre de 2003, refirió que fue M.G. quien le dijo que, el día de los hechos, fue con P.T. a la casa abandonada a mantener relaciones sexuales y que allí estaban los hermanos E., «el C.» G. y el grupo de jóvenes del Bº... Todos se encontraban «de caravana», «jodiendo» y tomando vino y que en determinado momento M.G. se retiró, dejando a P.T. con éstos. Más adelante indicó que el propio G. le contó que al día siguiente lo visitó «el P.» E. y refiriéndose a lo sucedido le dijo «el Y. –por su hermano- se fue en la volada» y que al preguntarle qué había pasado, le dijo «mirá cómo está el campito». Ello porque ya se había encontrado el cuerpo de P.T. y estaba toda la policía en el lugar.

El tribunal, con acuerdo del Ministerio Público Fiscal y desacuerdo de la defensa, incorporó dicha declaración a tenor a las previsiones del art. 400 incs. 1 y 2 del CPP. Cabe dejar sentado que a C.T. se le dictó la falta de mérito y luego resultó absuelto por sobreseimiento (ver fs. 305/308), circunstancia que expresamente invoca la defensa para su demérito. La defensa cuestiona expresamente que es esta la prueba de la que se vale el tribunal para afirmar que P.T. y M.G. fueron a la casa abandonada, estuvieron allí con el grupo de jóvenes del Bº... y G. se retiró sin aviso dejando a P.T. con éstos.

Entiende que dicha declaración es nula, pues T. declaró bajo golpes y tortura, sin asistencia letrada y sin obligación de decir verdad por no estar bajo juramento dada su condición de imputado, coaccionado para señalar un culpable y siendo sobreseído un mes después. Destaca que esa declaración fue incorporada como prueba instrumental, con su oposición, y luego negada por el propio T. quien nunca dijo que la misma existiera.

Al respecto, debe decirse que el tribunal contestó cada uno de estos cuestionamientos en forma completa y adecuada. En primer lugar, advirtió una marcada reticencia del testigo, de suma evidencia, negando en general la mentada conversación con G. pero, además, refiriendo temor por su familia e, inclusive, relató situaciones cercanas en el tiempo de amenazas que lo habían llevado a tomar seguridades en el desarrollo de su oficio de vendedor ambulante.

Además, expresó sensación de impotencia y efectos en su vida familiar que lo habían llevado a un distanciamiento con su hermana (ver registro audiovisual, 09/12/2020, parte 5., minutos 01:32:55 y ss., 01:39:14 y ss.).

Frente a esta actitud, el tribunal también puntualizó recuerdo selectivo de recuerdos del 30 de octubre de 2003, para afirmar que aquella conversación entre T. y el acusado, amigos en esa época y en su consideración actual, según declaró, aconteció, en la tarde noche del día 31 de octubre cuando ya habían encontrado el cuerpo de P.T. y previo a cualquier detención e imputación que se produjo después. Trajo para ello la declaración de A.M.R. y E.G.M.

La primera, dijo ser prima política de C.T., conocer a M.G. desde un poco antes de ocurrida la muerte de P.T., a la que había visto dos veces viniendo a buscar a T.. En este sentido, dijo que «[E]l día que P. fue asesinada, fue todo un revuelo en el barrio [...] fui, porque T. era primo político, como yo sabía que T. y G. eran amigos de ella, fui hasta la vivienda de él, y fue como espontáneo [decir] «uy, viste lo qué pasó», y estaban los dos sentados en la vereda, y justo llegó Investigaciones a buscarlos, así que pegué la media vuelta y me fui para mi casa [...]» (ver registro audiovisual, 15/12/2020, parte 2., minutos 00:05:20 y ss) y aclaró que «[...] los dos [estaban] sentados en la cabina del gas, con la cabeza gacha [...] serían las seis y pico de la tarde, ella [su hija] llegó del [...] y yo fui para allá, seis, siete de la tarde [...]» (ver registro audiovisual, 15/12/2020, parte 2., minutos 00:08:38 y ss; 00:17:15 y ss).

Mencionó que se enteró del hecho por su hija, a esa fecha de trece o catorce años, que iba al mismo colegio que P.T., el [...]. Añadió también que un compañero de karate apodado «C.» le contó pormenores del hecho que, a modo de hazaña, le habían sido referidos por alguno de los sujetos que había participado. Por su parte, E.G.M. manifestó ser amigo de M. de muy joven.

A más de explayarse acerca de los grupos de amigos de ambos barrios, sus actividades, su conocimiento de P.T., señaló que: «[L]o único que C.T. le contó [era] que M. [G.] le había contado que los pibes habían ido a avisarle que se les había pasado la mano con [P.] T., que se les había muerto, que qué hacían y que él les había dicho que se fueran, que él no tenía nada que ver [...]» (ver registro audiovisual, 02/12/2020, parte 5., minutos 00:14:35 y ss). Aclaró que «[...] los pibes eran los E. y el G. [...]» y que «[...] no sé si fue al día siguiente o a los dos días porque yo después no lo vi más» (ver registro audiovisual, 02/12/2020, parte 5., minutos 00:14:59 y ss).

Agregó, en dos oportunidades, que después se enteró que T. había dicho en el juicio que le pareció haberlo escuchado en un negocio (ver registro audiovisual, 02/12/2020, parte 5., minutos 00:13:56 y ss, 00:15:49 y ss).

Cobra importancia aquella declaración en orden a su veracidad y valor probatorio, aun prestada sin las formalidades del juramento, pues la información suministrada, en el momento en que fue brindada, contiene, como bien señala el tribunal, elementos que únicamente T. pudo obtener del propio acusado. El desarrollo de los sucesos, principalmente los previos al desenlace fatal, la relación sentimental entre P.T. y G., los encuentros de ambos ese mismo día, el lugar de encuentro final –la casa abandonada-, las personas que integraban el grupo del Bº... y su lugar de reunión en ese mismo lugar y las coincidencias en orden al estado de la zona cuando se encontró el cuerpo, no pudieron ser imaginados por T..

Adunó también fuentes independientes de corroboración: los testimonios de las hermanas V.; el de M.Q.; y, el de I.S., vecino colindante de la casa abandonada quien advirtió más de cuatro personas a las 23:00 hs. del día 30 de octubre y el ladrido de su perro.

Comparto entonces con el tribunal de la instancia previa cuando entiende que debe hacerse un análisis de los distintos testimonios de T. considerados como una unidad jurídica inescindible, así como que dicha declaración resulta relevante para completar el marco histórico por el que atravesara P.T. antes de su muerte.

Las eventuales circunstancias de haber sido golpeado a fin de obtener aquella declaración por la que compromete a G., que surgiera en el debate por el propio testigo y que invoca la defensa, deben cotejarse con el contexto procesal en que fue rendida.

En principio, no surge del certificado, que consta en el anverso del acta de aprehensión de C.T. del 7 de noviembre de 2003 -fs. 82 vta.- suscripto por el médico de la Policía, Dr. O.M., quien también testimonió y reconoció su firma en el debate (ver registro audiovisual, 09/12/2020, parte 7., minutos 00:02:55 y ss) la existencia de lesiones respecto de T. y tampoco, como bien reconociera este último, que radicara denuncia alguna.

A ello, debe sumarse que dicha declaración no fue rendida en sede policial, sino en el mismo juzgado de instrucción y por ante el personal de todo el juzgado. Ahora bien, fue G.M. quien manifestó que T. había sido golpeado en varias ocasiones (ver registro audiovisual, 17/12/2020, parte 3., minutos 00:23:47 y ss) pero también confirmó que su hermano tenía temor a declarar –no había comparecido el día anterior a este debate-. Indicó, además, de quién podían provenir esas amenazas y reconoció saber aquellas manifestaciones de G. a T. acerca de su comparecencia a la casa abandonada con P.T. el día de los hechos (ver registro audiovisual, 17/12/2020, parte 3., minutos 00:23:47 y ss).

Sin embargo, y en acuerdo con la argumentación del tribunal de la instancia anterior, en tanto esa manifestación resultó anterior a la aprehensión de ambos, el temor o los golpes hacia T. -si existieron- no tuvieron como finalidad obtener dicha declaración.

En otro orden, el tribunal consideró que M.G. abandonó la reunión en la casa abandonada y dejó a P.T. con un grupo de jóvenes del Bº... con los que no tenía vinculación. Que ello aconteció conociendo: los antecedentes agresivos e impulsivos de éstos –la golpiza a T., las disputas de B. con un primo de G., los problemas con M., el despojo de la vivienda al «chileno N.»-; la incapacidad de aceptar límites y la respuesta descontrolada, los desbordes y excesos en el consumo de alcohol y sustancias tóxicas que acontecían en ese lugar; así como el uso de dicha vivienda para mantener relaciones sexuales.

Entendió de esta manera que, en esas condiciones, alejarse y dejar a P.T. allí, cuando había ido a mantener relaciones sexuales con él, significó la desaparición de toda garantía para su seguridad y posibilitó el ataque físico y sexual por dos o más sujetos, y el posterior desenlace fatal.

De allí su condición de partícipe necesario en el delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por la participación de dos o más personas, al menos con dolo eventual. Descarto, por último, la declaración de M.G. en cuanto sostuvo que no estuvo con P.T., ni fue a la casa abandonada la noche de los hechos y que permaneció durmiendo en su domicilio; enterándose del hecho al día siguiente y que no atinó a averiguar acerca de lo sucedido.

Al respecto, debo señalar que comparto los fundamentos del tribunal de la instancia previa en tanto entiendo que ha efectuado un **análisis detallado, completo y minucioso de la totalidad del plexo probatorio rendido, mayormente indiciario**, incluyendo la declaración prestada por el acusado y la prueba de descargo, con estricta observancia de las reglas de la sana crítica racional -de acuerdo con los principios lógicos de coherencia (identidad, no contradicción y tercero excluido) derivación (razón suficiente) y de la experiencia común y con la perspectiva de género que requería el caso analizado.

En relación con estos últimos dos elementos o factores que se tuvieron en consideración para arribar a la solución recurrida -la experiencia común y la perspectiva de género- cabe, a mi entender, realizar algunos comentarios para su mayor comprensión.

Estructura desigual histórica. Violencia sexual

Es bajo la consideración de la **estructura desigual histórica**, y las consecuencias que la misma produce hasta nuestros días, que el plexo normativo internacional y la ley 26.485 regula los actos de violencia contra las mujeres.

Esto último implica recoger –para su cabal comprensión- los estudios académicos y estadísticos que nos iluminan y proporcionan datos certeros sobre las causas y consecuencias de las violencias de género y, en especial, la violencia sexual que, por su especialidad y raigambre cultural, nos obliga a un análisis más profundo.

En este sentido, el conocimiento de la probabilidad de causación resulta ampliamente avalado por las estadísticas y estudios sobre la problemática.

A este respecto, del **informe del Ministerio de Seguridad de la Nación del año 2020** surge con claridad que las mujeres estamos ampliamente más expuestas a sufrir abusos sexuales que los varones: las víctimas mujeres registradas alcanzan un 76,3% y las víctimas varones arriban a un 11,6% (Informe SNIC, Estadísticas Criminales, 2020, p. 56.)

Por otra parte, en cuanto a las causas que provocan este tipo de ataques y a la modalidad de ejecución del delito de abuso sexual, los estudios académicos e investigaciones al respecto analizan esta evidente mayor exposición de las mujeres a ser abusadas y, explican con claridad reveladora, sus orígenes, esto es, estar vinculados a la voluntad de poder o control de los varones sobre las mujeres y la exigencia de sumisión de estas hacia aquellos so pena de un acto de disciplinamiento –como lo es un abuso sexual y en mayor grado aún, el llevado a cabo en grupo–.

En palabras de la antropóloga Rita Segato: «La violación se dirige al aniquilamiento de la voluntad de la víctima cuya reducción es significada justamente por la pérdida de control sobre el comportamiento de su cuerpo y el agenciamiento del mismo por la voluntad del agresor» (SEGATO, Rita, La Guerra contra las mujeres. Editorial Prometeo Libros, 2018). Otro dato que puede alarmarnos, pero no sorprendernos –debido a los recientes sucesos ocurridos en Argentina y el mundo en relación con las violaciones en grupo–, es que diversos estudios y uno en especial de la autora citada, demuestran que las violaciones en el espacio público –no así las intrafamiliares– son generalmente llevadas a cabo en grupo (SEGATO, Rita, op. cit.).

En este sentido es claro, por ejemplo, que **no implica el mismo riesgo que una mujer de veinticuatro años se retire y deje a su pareja varón en un espacio abandonado, donde sólo hay mujeres, en donde se está consumiendo alcohol, no todas las personas son amigas y la mayoría tiene la misma edad que el varón abandonado, que a la inversa.**

Otro elemento vinculado también a estos pactos implícitos y jerarquizaciones que gravitan en las relaciones humanas, y que mencioné porque importa a la presente causa, es la diferencia de edad entre las personas involucradas.

En el caso, no puede soslayarse la edad de G. al momento del hecho –veinticuatro años– en relación con las edades de las demás personas que se encontraban en la casa abandonada, incluida P.T., y la responsabilidad que ello implicaba por la posible superioridad moral que debió ejercer aquél por sobre todos ellos.

Puede también colegirse que la ausencia de G. frente a sus pares varones la expuso a una peligrosidad o al menos habilitó un espacio que al encontrarse él ahí no habría sucedido. Sean cuales fueran las razones por las cuales G. abandonó la casa, ya sea que el mismo convocó la reunión «entregando» a P. o sea que

la abandonó dejándola rodeada de varones que estaban alcoholizados y de «caravana», lo cierto es que ante este contexto la participación y responsabilidad resulta innegable.

8) El tribunal delimitó el hecho principal y entendió que el mismo encuadraba en el tipo del art. 124 del CP, la muerte de la víctima como consecuencia de abuso sexual con acceso carnal, lo que constituye agravante por el resultado, delito que tiene como base el abuso sexual con acceso carnal ejecutado con la intervención de dos o más personas -art. 119, 4to. párrafo, inc. d. del CP-.

De ello, concluyó acertadamente, con el grado de certeza necesario para arribar a una sentencia de condena, cuál fue el grado de intervención del acusado, la participación necesaria del acusado en el suceso criminoso que precisamente delimita en el punto 46. de la sentencia.

Y limitó su responsabilidad, en tanto infirió que si bien G. no presenció el ataque físico ni sexual de P.T. pues comenzó a poco de su retiro, sí realizó un aporte esencial, causalmente indispensable e imprescindible al llevarla y luego dejarla sola conociendo que ése grupo podía menoscabar su integridad sexual, en orden al principio de la accesoriedad en la participación –art. 47 del CP-, al abuso sexual con acceso carnal agravado por la participación de dos o más personas. Todo, a tenor a la modalidad en que los hechos se cometieran.

9) La defensa cuestiona el criterio seguido por el tribunal para tener por acreditado el dolo de M.G. y, en este sentido, critica, cuál fue el conocimiento que tuvo para ello. Al respecto debe decirse que el tribunal adoptó un concepto normativo de dolo y afirmó inicialmente que la doctrina mayoritaria admite la complicidad con dolo eventual, siendo suficiente tener conciencia de que se puede estar ayudando a cometer un delito y, sin embargo, seguir adelante.

Dolo. Postulados teóricos.

A los efectos del dolo, partió de estos postulados teóricos:

- 1) la existencia de dolo cuando el peligro de la acción, considerado en sí mismo ,configura un método idóneo para producir el resultado;
- 2) el método es idóneo cuando, según los conocimientos que aplica, la chance de alcanzar el resultado es relativamente alta;
- 3) el sujeto no sólo debe utilizar el método, sino que debe ser consciente del peligro de realización del tipo;
- 4) dicho conocimiento deben ser actual.

A partir de estos elementos, concluyó que **el acusado desarrolló un método apto para contribuir al ataque sexual de la víctima en la concreta situación**. Y, para precisar qué conocía G. para afirmar que **creó dolosamente un riesgo de producción del resultado, consideró que debía tenerse en cuenta que:**

- 1) que el sujeto activo debe saber que su conducta, en determinadas circunstancias, es apta para producir el resultado –correcto conocimiento de la aptitud lesiva en abstracto-;
- 2) que sea consciente que en la situación concreta, dicha conducta resulte apta -correcto conocimiento situacional- y
- 3) que, integrados ambos conocimientos –juicio de concreta aptitud lesiva- se representa que, si lleva a cabo la conducta, es perfectamente posible que el resultado acontezca. En función de estas consideraciones, el tribunal concluyó que todos estos parámetros se verificaban en la conducta de G.. Respecto del primer requisito, consideró la existencia de conocimientos mínimos –los atribuidos a cualquier persona- y conocimientos previos –los referidos a las conductas desajustadas del grupo con el que dejara a P.T. Del mismo modo, respecto del conocimiento situacional correcto refirió que G. participó de la reunión y percibió que los demás sujetos estaban «jodiendo», «de caravana» y tomando bebidas

alcohólicas—, que P.T. no pertenecía dicho grupo y que aun cuando él representaba el único límite de aquellos sujetos, sin embargo se retiró del lugar. Por último, en cuanto al riesgo que implicaba su aporte para la integridad sexual de la víctima, el tribunal se basó no tanto en la cantidad de riesgo sino en el significado social que debía atribuírsele. De ello, el tribunal concluyó que dejar sola a P.T., dadas sus condiciones personales, el contexto de tiempo y lugar, el grupo que allí estaba, las actividades que allí desplegaban, el motivo por el que había ido allí, era una acción especialmente apta para contribuir al ataque sexual de P.T. y ello no pudo pasarle desapercibido a G.

Los cuestionamientos de la defensa en este punto destacan que los integrantes de dicho grupo no tenían antecedentes de ataque sexual alguno y que de los informes psicosociales solo surge vulnerabilidad en cabeza de ellos.

Agrega que G. no estuvo presente ni participó de la reunión; que da supuesto que P.T. no eligió quedarse allí y que del mismo modo presume acerca del hecho cometido ante los supuestos dichos de E. a G.

Sin embargo, y en tanto hemos entendido que el hecho se encuentra probado, y más allá de la concepción respecto del dolo que se siga, lo cierto es que la concreta aptitud del aporte que significó la conducta de G. para la consecución del hecho tal como aconteció, se verifican enteramente.

En efecto, también desde una concepción del dolo a partir de presupuestos cognitivos y volitivos es posible llegarse a la misma conclusión.

El elemento volitivo en el dolo eventual implica aceptación, aprobación o conformidad con el resultado de lesión para el bien jurídico.

Es el asentimiento del autor con la realización del hecho que prevé como probable, con menosprecio de la consecuencia probable (ver precedentes de esta Sala, «Sanhueza», «Quiroga Morales»).

Es decir, que cualquiera sea la teoría que se siga, **cognitivo-volitiva o sólo cognitiva**, la solución permanecería idéntica en orden al tipo subjetivo a la alcanzada en la sentencia.

Y ello así, pues el análisis de los numerosos indicios que en forma concatenada, lógica y completa cotejó, fue lo que le permitió llevar a cabo una valoración integral y coordinada de aquellos y a concluir que G. realizó un aporte esencial y que, representándose el posible resultado lesivo, continuó adelante, lo aceptó, yéndose del lugar y dejando a P.T. completamente desprotegida.

10) Finalmente, debe decirse que la crítica de la defensa acerca del monto de la pena que articula en última instancia será tratado juntamente con el recurso articulado por el Ministerio Público Fiscal que únicamente se circunscribe a dicho agravio.

Sólo corresponde adelantar aquí, que el agravio de la defensa en este sentido tampoco resulta procedente.

En mérito a lo expuesto, considero que los vicios que la defensa atribuye a la sentencia analizada no pueden ser de recibo en esta instancia.

c.- Consideraciones acerca de la pena:

los cuestionamientos de la defensa y representante del Ministerio Público Fiscal En relación con la pena aplicada, tanto la defensa del acusado, como el representante del Ministerio Público Fiscal, cuestionan el monto impuesto por el tribunal de la instancia previa. Al respecto, considero que ninguno de los agravios deben prosperar.

En primer lugar, considero importante destacar que en el sistema argentino de determinación de la pena los criterios decisivos para la imposición de ésta son el ilícito culpable y la personalidad del autor (**Ziffer, Patricia, Lineamientos de la determinación de la pena, 2ª reimpresión, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2013, p. 116**).

Dichos criterios se hallan normativizados en los arts. 40 y 41 del CP y permiten al juez delinear la pena adecuada al injusto penal. Por su parte, la decisión debe ser explícita y fundada para hacer posible el control crítico racional de dicho proceso de individualización (Lurati, Carina, El sistema de pena única en el Código Penal argentino, Rubinzal-Culzoni, 1ra. Edición, Buenos Aires, 2008, p. 224).

En segundo lugar, debe señalarse que el tribunal de sentencia, impuso a M.G. la pena de once años de prisión. A esos efectos, consideró como circunstancias agravantes: 1) la naturaleza de la conducta y las condiciones de tiempo, modo y lugar del hecho – llevarla hasta la casa abandonada y dejarla allí totalmente indefensa, conducta innecesaria y cobarde-; 2) el vínculo de amistad e intimidad de P.T. con M.G., que lo hacía depositario de su confianza, la extensión del daño; el contexto de violencia de género en que se desarrollaron los hechos; 3) la carencia de motivos para dejarla sola y facilitar la perpetración del ataque y la edad del acusado - veinticuatro años- a esa fecha. Por su parte, el tribunal de sentencia ponderó como circunstancias atenuantes: 1) su carencia de antecedentes; 2) su edad actual a la fecha de la sentencia -cuarenta y un años-; y, 3) la inexistencia de dolo directo en la participación atribuida. En función de estos parámetros, la mensuración de la pena que el tribunal de la instancia previa realizó en relación con el monto de la pena aparece adecuada, en tanto ha sido válidamente fijada entre los límites previstos en la escala penal.

Ello permite descartar el agravio de la defensa que alega arbitrariedad por desproporcionalidad y el del representante del Ministerio Público Fiscal que refiere insuficiencia. Así, los agravios del Ministerio Público Fiscal no traducen sino, en definitiva, una mera discrepancia en orden al monto de la pena originados en la consideración de un mayor reproche en razón de la intensidad de ataque al bien jurídico. Pero sólo esa consideración no permite, a mi modo de ver, sustentar la imposición de una pena como la pretendida situada en el máximo de la escala sin desconocer la concurrencia de atenuantes. E

n efecto, tal como consideró el tribunal de la instancia previa, el mayor grado de lesividad y reprochabilidad por el injusto al que alude el representante del Ministerio Público Fiscal no debe dejar concatenarse con las circunstancias o situación personal que ayudan a motivarse o desmotivarse frente al hecho (**Fleming, Abel - López Viñals, Pablo, Las penas, Rubinzal-Culzoni, 1ª edición, Santa Fe, 2009, p. 185**).

Del mismo modo, los agravios que refiere la defensa sobre la pena impuesta entiendo tampoco pueden ser de recibo en tanto tribunal justificó debidamente el alejamiento del mínimo de la escala penal ubicando el monto de la pena en el tercio inicial de aquélla y alejándose en forma mesurada de ese mínimo en razón de las circunstancias agravantes analizadas.

En definitiva, la motivación de la penalidad es suficiente a los efectos del mantenimiento de la sentencia como acto procesal válido, no adoleciendo de falencias que impliquen su anulación.

Ello, a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido de que tales defectos, para conllevar esa extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177); lo que en autos, de acuerdo a lo precedentemente desarrollado, no ocurre.

En función de estas consideraciones, debe rechazarse el recurso articulado por el Ministerio Público Fiscal y el agravio, que al mismo efecto, articula la defensa confirmándose en esta instancia la pena de once años de prisión impuesta. ASÍ VOTO.

Voto Dra. Furlotti y Dra. Carabajal. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, las DRAS. SILVINA FURLOTTI Y MARÍA TERESA CARABAJAL adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, LA DRA. MARÍA TERESA DAY, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse de manera afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, las DRAS. SILVINA FURLOTTI Y MARÍA TERESA CARABAJAL, adhieren al voto que antecede. SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, LA DRA. MARÍA TERESA DAY, DIJO: Atento el resultado que se arriba en las cuestiones que anteceden corresponde imponer las costas por su orden y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión, las DRAS. SILVINA FURLOTTI Y MARÍA TERESA CARABAJAL, adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, RESUELVE:

- 1.- Desestimar formalmente el recurso de casación interpuesto por el representante del querellante particular a fs. 3628/3712 vta. de las presentes actuaciones.
- 2.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de M.F.G.O. a fs. 3716/3731 de las presentes actuaciones.
- 3.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal a fs. 3615/3626 vta. de las presentes actuaciones.
- 4.- Imponer las costas por su orden y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 5.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada por la defensa de M.F.G.O.
- 6.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DRA. MARÍA TERESA DAY Ministra DRA. SILVINA DEL CARMEN FURLOTTI Jueza de Cámara DRA. MARIA TERESA CARABAJAL MOLINA Jueza de Cámara

13- TAPIA CASTILLO. 14-06-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														474
VG	-	NNA	-	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	N	475

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=861>

Lex: Art. 119 CPP. art. 72 del CP; 9, 197, 198 inc. 3°, 203 y cc. del CPP. Art. 295, inc. 4 letra b del CPP. CDN.

Vox: VG. NNA. A.S.I..Abuso sexual. Cámara Gessell. Revictimización. Prórroga de prisión preventiva. Nulidad de requerimiento de citación a juicio (RCJ). Impugnabilidad objetiva y subjetiva. Legitimación activa. Interés superior del niño. Contextos familiares.

Summa: Rechazar el recurso de casación interpuesto.

El **TPC** resolvió la nulidad de prórroga de prisión preventiva en modalidad domiciliar y la nulidad del tramo del requerimiento de citación a juicio relativo a los delitos de abusos sexuales con acceso carnal con respecto del menor.

Interpusieron recurso de casación:

- a- **La defensa**, contra auto del TPC (prórroga de prisión preventiva -Art. 295, inc. 4 letra b del CPP-).
- b- El **MPF**, contra la resolución que declaró nulo el **tramo del requerimiento de citación a juicio** relativo a los delitos de abusos sexuales con acceso carnal en los que aparece como víctima el menor. (Nulidad parcial, quedando subsistente el delito de corrupción de menores agravada en relación a las cuatro víctimas menores de edad: ITC, TEC, FJT y AMBA)
- c- La parte **querellante particular**, contra la resolución que declaró nulo el tramo del requerimiento de citación a juicio relativo a los delitos de abusos sexuales con acceso carnal con respecto a su hijo menor.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido por la defensa. Agregó que es formal y sustancialmente admisible el recurso del MPF y de la parte querellante.

La **SCJM** resolvió:**1-** Desestimar formalmente el recurso interpuesto por el representante de la querellante particular. **2.-** Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa. **3-**Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal y revocar el auto dictado.

Resolución cuestionada: Autos dictados por TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados:

a-SCJM

I- Se cuestiona la prórroga de la privación de la libertad

- conf. «García Víctor», «Martínez Leguizamón», «Jofré Montenegro», «Indio Re», «Frigolé, Esteban», «Caccia Barrionuevo», entre otros).

II- Nulidad. En principio, no son recurribles a través de la vía del recurso de casación, salvo que circunstancias excepcionales permitan hacer excepción de aquella regla.

- «Guajardo»,

- «Paz Parra»
- «Garrido Olivares»
- «Cruz Juárez»
- Aguirre, Mauro. 07-02-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=278>

III- Interpretación restrictiva de las nulidades. Evita las nulidades formales.

- Ver Llorente, Martínez Cabrera, Brizuela Garro
- Villegas Calabreto. 15-11-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=741>

IV- Sobre la complejidad de investigaciones de denuncias de ASI. Asimetría. Vulnerabilidad

- Gómez Ayala. 17-05-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=662>
- Ficara.

b-CIDH

- «**Romero Feris vs. Argentina**», en el que se resolvió que la **prórroga de la privación de la libertad** fue arbitraria porque los criterios de peligros de fuga en que se fundamentó la decisión fueron abstractos,
- «**Hernández vs. Argentina**» en el que se hizo referencia a violaciones a los derechos a la integridad personal y libertad personal de la persona detenida, los cuales en su criterio son aplicables al caso.
- «**Niños de la Calle**» (**Villagrán Morales y otros**) Vs. Guatemala, sentencia de 19 de noviembre de 1999 (Fondo), párrafo 194)».

Doctrina citada:

Guía de Buenas Prácticas para el abordaje de niños/as, adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos, Protección de sus derechos, acceso a la justicia y obtención de pruebas válidas para el proceso, JUFEJUS, ADC Asociación por los Derechos Civiles y UNICEF, Argentina, 203.

Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, Consejo Económico y Social, año 2005, capítulo XI, párrafo 29

CSJM. Dres.: **Adaro**. Valerio. Palermo (Licencia).

Fallo.

CUIJ: 13-06751947-1/1((018601-757599)) F. C/ TAPIA CASTILLO, JESÚS WASHINGTON VLADIMIR POR ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL EN NÚMERO INDETERMINADO DE VECES (757599/19) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106008795*

En Mendoza, a los catorce días del mes de junio del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13- 06751947-1/1 caratulada “F. C/ T. C., J. W. V. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL EN NÚMERO INDETERMINADO DE VECES (757.599) S/CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO; segundo, DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa de J. W. V. T. C. interpone recurso de casación contra la resolución de fecha 2 de noviembre de 2021, que declaró la nulidad del auto de prórroga de prisión preventiva dictada en fecha 7 de octubre de 2021 por el Primer Tribunal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

Por su parte, el Ministerio Público Fiscal (MPF) de la provincia de Mendoza interpone recurso de casación contra la resolución de fecha 28 de setiembre de 2021, que declaró nulo el tramo del requerimiento de citación a juicio relativo a los delitos de abusos sexuales con acceso carnal en los que aparece como víctima el menor AMBA, dictada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

A su vez la parte querellante particular, S. E. A. en representación de su hijo menor AMBA, interpone recurso de casación contra la resolución de fecha 28 de setiembre de 2021, que **declaró nulo el tramo del requerimiento de citación a juicio relativo a los delitos de abusos sexuales con acceso carnal con respecto a su hijo menor**, dictada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial en autos n° P-757.599/19.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Son procedentes los recursos interpuestos?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO:

1.- Resoluciones recurridas

Según el requerimiento de citación a juicio se le atribuye a T. C. que en fecha no precisada, aproximadamente entre el 16 de febrero de 2018 y el mes de setiembre de 2019, en las inmediaciones de..., Las Heras, Mendoza, en un número indeterminado de ocasiones, en horarios de mañana o de tarde, aquél llevaba a los cerros cercanos a su vecino AMBA, de diez y once años de edad aproximadamente, le hacía bajar los pantalones bajo amenazas y le chupaba el pene y hacía lo mismo T. C. con el menor y le metía el pene en la cola al niño. Los abusos sexuales descriptos también ocurrían en un número indeterminado de veces en la habitación del domicilio del encausado, sito en..., Las Heras. El acusado también hacía que ITC de cuatro ó cinco años de edad –vecino del barrio–, TEC de cuatro ó cinco años de edad –sobrino de T. C.– y FJT de once ó doce años de edad –hermano del encausado–, observaran los actos sexuales descriptos que realizaba con el menor AMBA en esos lugares, para también obligar a los menores AMBA, ITC, TEC y FJT a chuparse entre sí el pene y colocárselo en la cola entre ellos, mientras T. C. los miraba y amenazaba de muerte.

La resolución de fecha 2 de noviembre de 2021, dictada por el juez Diego Lusverti, no hizo lugar a la nulidad de la resolución dictada por el juez Víctor Hugo Comeglio en fecha 28 de setiembre de 2021 y planteada por la defensa en la audiencia.

Asimismo, declaró la nulidad del auto de prórroga de prisión preventiva dictado en fecha 7 de octubre de 2021 por el juez Comeglio, y dispuso la prórroga de la prisión preventiva al acusado T. C. por el término de seis meses a contar desde su vencimiento el día 11 de octubre de 2021 en la causa P-757.599/19 (art. 295 inc. 4°, letra b del CPP).

Para así decidir, el magistrado expuso que en la audiencia se le cursó en forma personal la notificación de las resoluciones tanto al defensor actual –Dr. José Luis Calvo– como a T. C., de la que se dejó constancia en el registro audiovisual, como también, que podían utilizar los remedios recursivos como el resto de las partes para impugnarlas en su caso.

Asimismo, aclaró que el auto de fecha 7 de octubre de 2021 que resolvió el incidente de nulidad es nulo, porque la notificación se cursó erróneamente a otro profesional y no al actual defensor y porque se omitió celebrar otra audiencia como la realizada en el día de la fecha.

También argumentó en relación a la diferencia entre la nulidad del auto mencionado que nunca se le notificó debidamente y la petición del Ministerio Público Fiscal de prórroga del plazo de prisión preventiva, que son dos actos procesales distintos y separados.

Afirmó que la petición del Ministerio Público Fiscal se efectuó oportunamente, y que en la audiencia el defensor expuso su criterio sobre el pedido de prórroga de prisión preventiva. Entendió así que le asistía razón a la querrela y al Ministerio Público Fiscal porque se investigaban delitos graves contra niños que correspondía proteger con un enfoque integral, que el acusado se encontraba con prisión domiciliaria, y que para equilibrar los intereses en conflicto correspondía imponer una prórroga de seis meses para que se resolvieran los recursos extraordinarios y poder fijar lo antes posible la fecha del debate oral (ver registro audiovisual de fecha 2 de noviembre de 2021, a partir del minuto 29:22 a 37:40).

Por su parte, la resolución de fecha 28 de setiembre de 2021, dictada por el juez Víctor Hugo Comeglio del Primer Tribunal Penal Colegiado, declaró nulo de nulidad absoluta, **el tramo del requerimiento de citación a juicio de fecha 26 de marzo de 2021** (n° de orden 50, LeD) referido a los delitos de abusos sexuales con acceso carnal en los que aparece como víctima el menor AMBA en razón de estar mal promovida la instancia, la que se extendió a los actos que son una consecuencia de esa nulidad, debiendo retrotraerse los procedimientos por ese tramo a fojas 1 (art. 72 del CP; 9, 197, 198 inc. 3° y cc. del CPP).

Entre las argumentaciones expuestas por el juez de la instancia previa, se consideró que no se dio cumplimiento con el requisito previsto en el **artículo 9 del CPP** en cuanto al menor AMBA, porque no **existió instancia promotora válida por parte** de S. E. A., sino en relación a una persona distinta llamada AC que no aparecía enumerada en la acusación, efecto que debía extenderse a los actos anteriores y posteriores vinculados de esa imputación errónea (art. 203 CPP).

2.- Recursos de casación

2.1.- Recurso de casación de la defensa de TC

El recurrente funda la casación en el art. 474 inc. 1° y 2° del CPP y solicita se revoque el auto de fecha 7 de octubre de 2021 porque no le fue notificado. Alega que a fs. 403 de autos consta el escrito donde el acusado T. C. propuso al Dr. José Luis Calvo como defensor, el que aceptó el cargo según obra a fs. 404, que a fs. 408 se agregó el acta de ratificación de la defensa y a fs. 410 rola el decreto donde se lo aceptó como defensor.

Expresa que el tribunal emitió un decreto el día 12 de octubre de 2021 en el que expuso: «Por recibido el escrito presentado por el Dr. José Luis Calvo en el marco de estos autos P-757.599/19 seguidos contra J. T. C. Póngase en conocimiento del letrado que no surge de las actuaciones obrantes en el sistema LeD que haya sido designado por J. T. C. como defensor.

No obstante ello, INFÓRMESE al profesional que en fecha 7 de octubre de 2021, este Tribunal dispuso la Prórroga de la Prisión Preventiva del encartado por el término de seis meses a contar desde su vencimiento, de conformidad con las previsiones del Art. 295 del C.P.P., habiendo la misma sido notificada a los profesionales que constan como defensores en el expediente» (ver punto 2 del recurso).

Se agravia porque en la audiencia de fecha 2 de noviembre de 2021, el tribunal le informó que no era defensor de la causa, declaró nula la resolución anterior que otorgó la prórroga e hizo lugar al pedido de prórroga de la Fiscalía a partir del día 11 de octubre de 2021, sin correrle vista a la defensa para que pudiera oponerse o realizar cualquier acto jurídico que podría haber correspondido.

Señala que la resolución que dispone la prórroga de prisión preventiva es vaga o carente de motivación, pues solo se tuvo en cuenta la calificación legal –que es una opinión por demás exagerada– y no lo considerado en la resolución de fecha 7 de octubre de 2021 al no haberse discutido, por no haber dado intervención a la defensa técnica. Esgrime que a su criterio el plazo de prórroga otorgado es excesivo porque la causa es de relativa gravedad y pudo resolverse en el plazo de dos años.

Expone que el auto impugnado adolece de fundamentación aparente y resulta arbitrario, absurdo y erróneo, porque presenta defectos de logicidad y sentido común, y efectuó una escasa alusión, detalle y mérito respecto de los discursos defensivos, remitiéndose sólo a las alegaciones de la Fiscalía porque nunca pudo ejercer su derecho de defensa.

Agrega que no se ha tenido en cuenta que el instituto del encarcelamiento preventivo es excepcional conforme el sistema constitucional argentino, por lo que se ha evadido el principio de proporcionalidad y razonabilidad al no haberse dado razones valederas para extender la cautelar.

Cita precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), tales como el caso «**Romero Feris vs. Argentina**», en el que se resolvió que la prórroga de la privación de la libertad fue arbitraria porque los criterios de peligros de fuga en que se fundamentó la decisión fueron abstractos, y el caso «**Hernández vs. Argentina**» en el que se hizo referencia a violaciones a los derechos a la integridad personal y libertad personal de la persona detenida, los cuales en su criterio son aplicables al caso. Formula reserva del caso federal.

2.2.- Recurso de casación del representante del Ministerio Público Fiscal

La titular de la Fiscalía de Instrucción n° 27 de la Unidad Fiscal de Delitos contra la Integridad Sexual, María de las Mercedes Moya, y el Fiscal en Jefe de la Jefatura de Delitos contra la Integridad Sexual, Alejandro Abel Iturbide, interponen recurso de casación contra la resolución de fecha 28 de setiembre de 2021, conforme el art. 72 del CP, arts. 9, 197 y 198 del CPP en función con los arts. 474, 475 y cc. del CPP.

Expresan que la gravedad y trascendencia institucional de la resolución dictada por el **juez Comeglio**, radica en la limitación de la facultad del Ministerio Público Fiscal para intervenir en el desarrollo de la audiencia preliminar, presentar pruebas que dan base a la acusación y arribar al debate oral, debido a una interpretación sesgada, restrictiva e incorrecta de los artículos mencionados.

Señalan que la apreciación exegética del juez interviniente generó una dilación procesal innecesaria e inconveniente que atenta contra el principio de progresividad de la instancia, porque sobre la base de un error material de tipeo –consistente en la inserción del nombre «**AC**» por el de «**AMBA**»–, la Fiscalía de Instrucción deberá extraer compulsas, retrotraer la totalidad de los actos procesales cumplidos durante la

investigación a la reedición del acta de denuncia de S. E. A., consultarle en una nueva citación por la promoción de la instancia a favor de su hijo AMBA y reproducir cada una de las diligencias probatorias realizadas.

Afirman que **S. E. A.** al radicar la denuncia ante el operador judicial fue clara, específica y categórica en su voluntad de remover el obstáculo de la instancia que está a favor de su hijo **AMBA**, y no del acusado como erróneamente sostuvo el juez.

Indican que a su criterio el escribiente del acta consignó erróneamente que la instancia se promovió a favor del niño de nombre AC, presumiblemente porque el resto de los hijos de la denunciante tienen el apellido C, y así lo nombró en una testimonial su hermano AAC a fs. 9/10 de autos P-757.599. Expresan que del acta mencionada surgió en forma palmaria e indiscutible la **identidad física (no nominal) del menor víctima e hijo de S. A.**, como también de las diligencias posteriores realizadas por medio de oficios al Cuerpo Médico Forense (CMF), al Hospital Notti y al Equipo Técnico Interdisciplinario (ETI) (fs. 12, 14 y 15), en las que se colocaron con detalle los nombres y DNI de los cuatro menores víctimas, entre los que estaba perfectamente individualizado el niño AMBA con su DNI y se mantuvo inalterable desde el comienzo de la investigación. Aclaran que el apellido compuesto del menor se agregó con la incorporación de su partida de nacimiento a fs. 85, por lo que sería absurdo suponer que la instancia no fue removida por haberse consignado en forma incompleta su nombre. Indican que no existe el vicio de forma invocado por el juzgador en la resolución casada, y que intertanto el proceso penal debe continuar por los cuatro menores víctimas ITC, TEC, FJT y AMBA por el delito de corrupción de menores agravada.

Subrayan que el criterio del juez interviniente no sólo implica un desgaste jurisdiccional innecesario y una dispensa de recursos técnicos, materiales y humanos porque se investigan los mismos hechos contra las mismas víctimas y por el mismo acusado, sino que también conllevará **revictimización secundaria** para los damnificados directos y para el grupo familiar, con el riesgo de incurrir también en responsabilidad estatal por tal proceder.

Por último, se agravan en relación con el último párrafo del punto VI de los considerandos del auto impugnado, porque el juez se extralimitó en sus funciones jurisdiccionales en la instancia preliminar al debate, al exponer que su decisión permitiría tener en cuenta la declaración del padre del acusado que considera que las acusaciones «son producto de una venganza» que sería corroborada con los dichos de uno de los menores –FJT– que negó ser víctima de delito alguno. Solicitan la revocación de la resolución impugnada y que la causa continúe hacia la etapa procesal correspondiente.

2.3.- Recurso de casación del representante de la querellante particular

El representante de la parte querellante, S. E. A. en representación de su hijo menor AMBA, interpone recurso de casación contra el auto de fecha 28 de setiembre de 2021 que declaró nulo el tramo del requerimiento de citación a juicio referido al menor AMBA. Lo funda en el art. 474 inc. 2° del CPP en función con los arts. 9, 197 y 198 del CPP.

Esgrime que el acta de denuncia contiene un error de tipeo al consignar que S. E. A. al ser consultada si deseaba instar la acción penal por su hijo menor AMBA, lo hizo por C., lo que en su criterio no puede generar una nulidad porque manifestó su voluntad de instar la acción penal y se constituyó en querellante particular por su hijo menor AMBA contra el acusado T. C..

Agrega que el error grave en que incurrió el juez interviniente deriva en una dilación procesal innecesaria ante la manifestación clara de S. E. A., que priva a la Fiscalía y a la parte querellante de facultades de ejercitar la acción penal a favor de AMBA.

3.- Dictamen del señor Procurador General

3.1. El Procurador General dictamina que el recurso de casación interpuesto por la defensa es admisible formalmente, pero que no puede prosperar sustancialmente porque la resolución recurrida se encuentra debidamente fundada.

Expone que el juez de la instancia previa brindó razones suficientes por las que **entendió que debía continuarse la prisión preventiva en la modalidad domiciliaria** y subsanó los defectos que hubo en las notificaciones a fin de salvaguardar los derechos del acusado.

Agrega que el juzgador hizo referencia a **indicios concretos de peligro procesal** que justificaron el acogimiento del pedido fiscal de prórroga, por lo que no se violó ninguna garantía constitucional del acusado y que la defensa pudo intervenir en la audiencia al igual que el resto de las partes.

3.2 En cuanto al recurso de casación interpuesto por el querellante particular, afirma que es procedente formalmente, y que atento la similitud de agravios con los esgrimidos en la casación por los representantes de S. E. A. y mantenida por la Procuración General, la cuestión aquí planteada debe ser resuelta por la Suprema Corte de Justicia.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Puesto a resolver los recursos interpuestos considero que, por motivos que a continuación se exponen, deben desestimarse las impugnaciones de la defensa y del querellante particular, y hacerse lugar a la del Ministerio Fiscal. Paso a explicarlo.

4.1.- Consideraciones sobre la admisibilidad formal de los recursos interpuestos

De manera preliminar corresponde analizar la admisibilidad formal de los recursos formulados. La defensa cuestiona la prórroga de la presión preventiva dictada en la presente causa.

Si bien la resolución que ha sido impugnada no se encuentra entre aquellas susceptibles de ser cuestionadas mediante recurso de casación según el tenor literal de la norma procesal que define la impugnabilidad objetiva de este recurso (art. 475 del CPP), lo cierto es que por la aplicación de la jurisprudencia de esta Sala Segunda, el contenido de la resolución concreta impugnada es equiparable a las enumeradas legalmente.

En efecto, este Tribunal ha señalado en relación con resoluciones que no se encuentran taxativamente numeradas en el art. 475 del CPP, que son susceptibles de equiparación a definitivas si permiten avizorar, fundadamente, la posibilidad de provocar un perjuicio cuya reparación posterior es difícil o imposible.

Ello ocurre en supuestos –como el presente– en que se cuestiona la **prórroga de la privación de la libertad** (conf. «**García Víctor**», «**Martínez Leguizamón**», «**Jofré Montenegro**», «**Indio Re**», «**Frigolé, Esteban**», «**Caccia Barrionuevo**», entre otros).

De tal manera, el recurso interpuesto por la defensa debe ser tratado en el fondo.

En relación con la cuestión vinculada a la **impugnabilidad subjetiva** de la defensa para impugnar la resolución antes referida, debe señalarse que conforme los recaudos del art. 478 del CPP, en función del art. 475 del CPP, y lo dicho en el párrafo que antecede, corresponde considerar cumplido este aspecto formal en análisis.

De igual manera, corresponde expedirse respecto al recurso del Ministerio Público Fiscal. En este sentido, debe señalarse que la resolución que esa parte cuestiona **tampoco se encuentra enumerada en el art. 475 del CPP.**

Esta Sala en reiteradas ocasiones ha referido que las cuestiones vinculadas con **planteos de nulidad de las partes durante el proceso no son recurribles a través de la vía del recurso de casación, salvo que circunstancias excepcionales permitan hacer excepción de aquella regla.**

Esto último es lo que entiendo ocurre en las presentes actuaciones donde están en juego **la protección de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes.**

En este sentido, se ha expedido este Tribunal en **caso «Guajardo»**, que «[...] el respeto y la estimación del interés **superior de los niños**, niñas y adolescentes, cuando resultan víctimas de hechos delictivos, [...] revelan y justifican adecuadamente la imperiosa necesidad de ampliar excepcionalmente el criterio de admisibilidad formal del recurso de casación, permitiendo la viabilidad de una impugnación promovida contra una resolución que, conforme la legislación de rito, no integra el elenco de resoluciones susceptibles de ser recurridas en casación.

Pues ello configura un tipo de medida judicial al interés superior del niño, niña o adolescente, desde que sus derechos en cuanto tales aparecen vulnerados a través de los hechos objeto del presente proceso».

Relacionado con ello, expuse también en el **Caso «Paz Parra»**, que «[...] de acuerdo a los compromisos asumidos por el Estado Nacional a través de los diversos instrumentos internacionales suscriptos en la materia, los órganos estatales, y en particular, los judiciales, deben concentrar –y redoblar– sus esfuerzos en procura de proteger prioritariamente a la víctima de los hechos, poniendo en marcha los mecanismos de los que dispone el sistema para ello, en procura de no profundizar innecesariamente el grado de victimización sufrido.

En este entendimiento, y tal como referí en el **precedente «Garrido Olivares»**, se ha establecido lineamientos con el fin de orientar la actuación de los distintos operadores del derecho en esta temática, con el objetivo de mejorar las condiciones y la calidad del abordaje que se le brinda a este sector vulnerable de la población que se presentan como víctimas o testigo en el marco de un proceso, abarcando las distintas etapas, desde la recepción de la denuncia hasta el seguimiento de la víctima o testigo con posterioridad a la culminación del proceso (**Guía de Buenas Prácticas para el abordaje de niños/as, adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos, Protección de sus derechos, acceso a la justicia y obtención de pruebas válidas para el proceso, JUFEJUS, ADC Asociación por los Derechos Civiles y UNICEF, Argentina, 203**)».

Asimismo, en el caso es aplicable el corpus juris internacional de protección de los niños que surge de la Convención Americana de Derechos Humanos y de la Convención sobre los Derechos del Niño, a partir del cual debe fijarse «[...] el contenido y alcance de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana» relativo a las medidas de protección para garantizar sus derechos humanos (**Caso de los «Niños de la Calle» (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala**, sentencia de 19 de noviembre de 1999 (Fondo), párrafo 194)».

Estas razones me convencen de la admisibilidad formal del recurso del Ministerio Público Fiscal para, al igual que el recurso de la defensa, sea tratado en el fondo.

Impugnabilidad subjetiva

En lo que concierne a los **requisitos de impugnabilidad subjetiva**, debe señalarse que el recurso de casación deducido por los representantes del Ministerio Público Fiscal reúne los recaudos procesales pertinentes, en tanto esa parte ostenta interés y tiene la facultad para interponerlo.

Impugnabilidad objetiva

Ello de conformidad a lo establecido por el art. 476, inc. 4 del CPP y como consecuencia del análisis efectuado precedentemente en relación a la **impugnabilidad objetiva** de la decisión cuestionada.

Finalmente, en relación con el **recurso del querellante particular**, entiendo que en este caso la impugnación debe ser desestimada formalmente.

En este orden, debe señalarse que si bien la resolución impugnada debe equipararse a definitiva en razón de los argumentos referidos precedentemente, lo cierto es que no existen razones atendibles para excepcionar el contenido de la disposición del art. 477 del CPP.

Ello, en tanto, si **bien la querellante particular ostenta interés jurídico, éste se encuentra amparado por el ejercicio efectivo de la facultad de impugnar por parte del Ministerio Público Fiscal.**

En efecto, al otorgarle al querellante particular el Código Procesal Penal de Mendoza la posibilidad de recurrir, lo hace condicionadamente, reservando el ejercicio de la totalidad de las facultades procesales correspondientes al ejercicio de la acción pública a su titular quien, en definitiva, también representa los intereses del querellante particular lo que no aparece contrario a la normativa constitucional y convencional vigente (al respecto, **ver «Cruz Juárez» y «Aguirre, Mauro»**).

De tal manera, teniendo en cuenta que la legislación procesal de Mendoza sólo admite que el **querellante particular deduzca recurso de casación contra las sentencias de sobreseimiento, confirmadas por el Tribunal de apelación o de juicio, y las sentencia absolutorias, siempre que hubiere solicitado la imposición de una pena** (art. 477 en función del 476 del CPP), **se impone la desestimación formal de su presentación.**

Dicho de otro modo, aún cuando las querellantes particulares ostentan interés jurídico con la interposición del recurso deducido, no tienen la facultad legal para hacerlo.

Sin perjuicio de ello, corresponde destacar que, en el caso concreto, el interés de las querellantes particulares no sólo ha sido viabilizado por los representantes del Ministerio Público Fiscal, quienes han deducido casación contra la resolución adversa a los intereses de las víctimas, sino que los agravios resultan coincidentes, lo que patentiza la concreción del reclamo.

En consecuencia, encontrándose **garantizada la tutela judicial efectiva de las querellantes en las facultades recursivas del Ministerio Público fiscal**, considero que el rechazo aludido precedentemente **no deriva en ninguna vulneración de sus derechos** (ver, al respecto «Aguirre, Mauro»).

En definitiva, la resolución cuestionada de fecha 28 de setiembre de 2021 es objetivamente impugnable por ser equiparable a sentencia definitiva, pero subjetivamente sólo el Ministerio Público Fiscal puede ejercer esa facultad recursiva. El querellante particular, al menos en el caso concreto que nos ocupa y por las razones antes señaladas, carece de legitimidad subjetiva para recurrir.

4.2.- Recurso de casación de la defensa de T. C.

Analizada la cuestión formal vinculada con la **impugnabilidad objetiva de la resolución** que cuestiona la defensa y su legitimación para recurrir, adelanto que, de la revisión de los agravios esgrimidos y lo actuado en la causa, entiendo que el recurso de casación no puede prosperar. Según las actuaciones del Sistema LeD (acrónimo de Legajo Digital, Acordada N° 30.171) del Fuero Penal Colegiado de la Suprema Corte de Justicia y audiencias registradas en soportes audiovisuales, **la Fiscalía solicitó audiencia de prórroga de prisión preventiva** en autos N° P-757.599/19, **por haberse declarado nulo el tramo del requerimiento de citación a juicio** por resolución de fecha 28 de setiembre de 2021, recurrido en casación con respecto al menor víctima AMBA y al delito de abuso sexual con acceso carnal, **quedando subsistente el delito de corrupción de menores agravada en relación a las cuatro víctimas menores de edad ITC, TEC, FJT y AMBA.**

La audiencia requerida por el Ministerio Público Fiscal se fijó para el día 7 de octubre de 2021, se notificó por cédulas al defensor del imputado, Dr. Alberto Villalba el día 5 de octubre de 2021 a las 13:49:50

(Sistema LeD, apartado 6), se puso a su disposición el link de las actuaciones digitalizadas n° 79, y se le notificó también la resolución de fecha 7 de octubre de 2021 el mismo día a la hora 12:58:53. En la audiencia del día 2 de noviembre de 2021, el juez expresó que al advertir que las notificaciones se efectuaron a otra defensa técnica de T. C. –Dr. Alberto Villalba–, procedió a darle lectura de la resolución de fecha 28 de setiembre de 2021 que no se le había notificado (ver registro audiovisual de fecha 2 de noviembre de 2021, a partir del minuto 00:48).

Seguidamente el juzgador le dio la palabra a la defensa quien **rechazó la notificación que se le realizaba por considerarla extemporánea y solicitó la nulidad absoluta** de todo lo actuado después de la falta de notificación de ese acto jurídicamente relevante en la causa.

También **pidió la nulidad por la falta de notificación del pedido de prórroga** de prisión preventiva efectuada por el Ministerio Público Fiscal, mencionó que a fs. 403 estaba su propuesta de defensor, a fs. 404 aceptó el cargo como defensor, a fs. 408 se agregó el acta de ratificación de la defensa por el acusado y a fs. 410 de autos –con fecha 24 de junio de 2021– se incorporó el decreto que aceptó la defensa de Calvo (ver registro audiovisual mencionado, a partir del minuto 03:36).

La defensa también expuso que «[...] **no hay necesidad de haber pedido la prórroga porque la instrucción preparatoria estaba culminada**, no había prueba para producir. Tampoco esta defensa no se explica por qué se pidió la prórroga. En realidad, la investigación penal preparatoria ya estaba culminada», y solicitó que vencido el plazo se le otorgara la libertad al acusado (ver el mismo registro a partir del minuto 10:04 a 13:05).

Posteriormente, el juez otorgó la palabra a la fiscal, quien refirió que no había nulidad porque a la defensa se le leyó y notificó, en la audiencia, la resolución cuestionada y se expresó al respecto. Señaló que no había que declarar la nulidad de todo lo actuado sino volver a discutir si correspondía o no la prórroga de la prisión preventiva, cuya solicitud reiteró basada en la gravedad de los delitos denunciados, **el pronóstico alto de condena, la detención en modalidad domiciliaria, el contexto familiar** en que se cometieron los actos sexuales y porque había que proteger a los testigos y a los menores víctimas porque eran familiares y conocidos de quien estaba acusado en la causa y vivían en una comunidad pequeña de... Agregó la fiscal que también **se detectaron incumplimientos a la prisión domiciliaria ante la fiscalía, porque el sistema de monitoreo demostró que T. C. no se encontraba en su domicilio** y, al ser entrevistado, dijo que debía trasladarse a tribunales cuando no había ninguna notificación al respecto. Destacó la necesidad de realizar el debate y el dictado de una sentencia (ver registro audiovisual de fecha 2 de noviembre de 2021, a partir del minuto 13:27 a 17:54).

Luego, el querellante particular alegó que no había nulidad que declarar porque **la omisión fue salvada en esta audiencia. Aclaró que no se trataba de un pedido de una prórroga de la instrucción sino del plazo de la prisión preventiva del art. 295 del CPP que son dos institutos diferentes** que la defensa confundió (ver registro audiovisual de fecha 2 de noviembre de 2021, a partir del minuto 18:17).

Por último, el juez le preguntó a T. C. si quería agregar algo, quien previo conversar con su abogado, negó haber salido de su domicilio y que las personas denunciadas vivieran cerca de su casa (ver registro citado, a partir del minuto 26:12).

Conforme lo expresado, advierto por una parte que en la resolución de fecha 28 de setiembre de 2021 no se lesionaron garantías constitucionales del acusado, porque se resolvió la anulación de un tramo del requerimiento de citación a juicio respecto del menor AMBA.

Por otra parte, dicha resolución le fue notificada en la audiencia del 2 de noviembre de 2021, oportunidad en que pudo expresarse al respecto y no explicó qué perjuicio concreto pudo ocasionarle a su asistido, ni tampoco lo expuso en el escrito recursivo por lo que el agravio debe rechazarse.

Sobre el particular, esta Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia, en el **caso «Lorente»** sostuvo que el sistema procesal local no admite la declaración de nulidad de los actos procesales por la nulidad misma, sino sólo en cuanto lesiona el interés de las partes. Dicha exigencia tiene por finalidad **evitar el establecimiento de nulidades puramente formales**, haciendo lugar sólo a aquéllas que tengan idoneidad para corregir errores capaces de perjudicar realmente aquél interés (ver, al respecto, «Martínez Cabrera», «Brizuela Garro», «Villegas Calabreto», entre otros).

Por otra parte, en cuanto al auto de fecha 7 de octubre de 2021, debe decirse que fue anulada en la audiencia de fecha 2 de noviembre de 2021 por el juez interviniente al advertir que se había notificado erróneamente a otra defensa técnica de T. C. Asimismo –como he referido anteriormente– el juzgador le dio la palabra a la defensa quien argumentó sobre la falta de necesidad de continuar con la investigación penal preparatoria porque estaba culminada, y agregó que se oponía porque en su criterio la causa era de una gravedad relativa.

De la compulsa de las constancias del Sistema LeD observo que, sin entrar en el fondo de la cuestión, los hechos calificados como abusos sexuales con acceso carnal contenidos en el requerimiento de citación a juicio aludido constituyen delitos graves que involucran a niños que son familiares –sobrino y hermano– y vecinos del acusado, y que viven en un mismo barrio de pocos habitantes en..., departamento de Las Heras.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que esta Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia se ha pronunciado sobre la complejidad de investigaciones de denuncias de hechos de abusos sexuales con acceso carnal en **contextos familiares** contra niñas y niños, por las condiciones de vulnerabilidades en que se encuentran debido a la vinculación emocional/afectiva y asimetría etaria con el denunciado, la falta de testigos presenciales, las dificultades probatorias y capacidad de manipulación del presunto agresor a través de violencia física, amenazas, abuso de confianza, entre otras circunstancias (ver «Gómez Ayala», «Ficara », entre otros).

Cabe señalar también que de acuerdo a lo expuesto por el Ministerio Público Fiscal en la audiencia, se denunció en la Oficina Fiscal de... que T. C. incumplió con la prisión domiciliaria.

De modo entonces que la resolución impugnada no adoleció de falta de motivación ni se apartó de la normativa vigente para extender el plazo de la prórroga de la prisión preventiva por seis meses en la modalidad domiciliaria, atento lo dispuesto por el **artículo 295, inc. 4 letra b del CPP**.

Por lo tanto, considero que corresponde rechazar el recurso de casación de la defensa y confirmar la resolución de fecha 7 de octubre de 2021.

4.3- Recurso de casación del representante del Ministerio Público Fiscal

De una recapitulación de los agravios expuestos por el Ministerio Público Fiscal, advierto que su recurso se enfoca en el cuestionamiento de **una interpretación exegética, restrictiva e incorrecta por parte del juez de la instancia anterior** del art. 72 del CP y los arts. 9, 197 y 198 del CPP, sobre la base de un mero **error material** en el nombre consignado en el acta de denuncia realizada por S. E. A. en representación de su hijo menor AMBA.

A raíz de ello, el juez se consideró que no se expresó su voluntad de remover el obstáculo de la instancia (art. 9 del CPP), y en consecuencia, se declaró nulo de nulidad absoluta el tramo del requerimiento de citación a juicio relativo al menor AMBA y todos los actos procesales y diligencias probatorias realizadas

durante la investigación, limitándose las facultades del Ministerio Público Fiscal para intervenir en la audiencia preliminar, presentar pruebas y arribar al debate oral, sin tener en cuenta que la identidad y nombre completo del menor AMBA se consignó en actuaciones posteriores individualizándose correctamente.

De las constancias que surgen del Sistema LeD observo, por ejemplo, que en la entrevista preliminar realizada por el **Equipo de Abordaje de Abuso Sexual (EDeAAS)**, de fecha 13 de noviembre de 2019, se consignó correctamente el nombre, apellidos y documento nacional de identidad del menor AMBA.

Ello también ocurre en el Informe de Avance emitido por la **Dirección de Niñez, Adolescencia y Familia del Ministerio de Salud, Desarrollo Social y Deportes de Mendoza** de fecha 14 de setiembre de 2020; en el acta de audiencia en **Cámara Gesell** de fecha 3 de marzo de 2021; en la modificación de avoque de fecha 16 de marzo de 2021; en la partida de nacimiento de AMBA agregada a fs. 85 y vta.; y en el informe psíquico del EDeAAS de fecha 29 de junio de 2020.

De tal manera que el error material consignado en el acta de denuncia obrante a fs. 1/2 efectuada por S. E. A., progenitora de AMBA, en la que se colocó otro nombre cuyo apellido es el mismo de otro de los menores víctimas (TIC), carece de entidad suficiente para no tener por removida la instancia de acuerdo a lo previsto por el art. 9 del CPP en concordancia con el art. 72 del CP y **estándares internacionales en materia de protección de derechos de menores víctimas de abusos sexuales.**

Por lo tanto, entiendo que le asiste razón al Ministerio Público Fiscal cuando expone que **la identidad física del menor AMBA, hijo de S. E. A., se demostró de manera palmaria e indiscutible en la causa con las diligencias posteriores a la denuncia** –por ejemplo, oficios al Cuerpo Médico Forense, Hospital Notti y al ETI– en cuyas actuaciones se colocaron los nombres y documentos nacionales de identidad de los cuatro menores víctimas, entre los cuales se individualizó perfectamente a AMBA con su nombre e incluso con los dos apellidos a partir que se incorporó su partida de nacimiento a fs. 85.

De conformidad con la jurisprudencia sentada en el **caso «Guajardo»** anteriormente citado, en atención a las especiales y particulares circunstancias de los graves hechos sexuales denunciados contra niños, la interpretación exegética, restrictiva, rígida y descontextualizada realizada por el juez de la instancia anterior con respecto a la remoción de la instancia prevista en el art. 9 del CPP, –sólo en consideración a la consignación del nombre de AMBA en el acta de denuncia–, derivó erróneamente en la nulidad absoluta del tramo del requerimiento de citación a juicio de acusado relativo al menor AMBA y dejó sin efecto numerosas actuaciones relevantes. Así, por ejemplo, se anularon las entrevistas realizadas al menor AMBA en Cámara Gesell por lo que su nueva realización lleva consigo una indebida **revictimización secundaria.**

Además, como señala la recurrente, la declaración de nulidad absoluta produjo dispendio de tiempo y de producción probatoria que compromete la investigación penal de la administración de justicia y las garantías constitucionales del menor AMBA al impactar en el ejercicio de la acción penal por parte del representante del Ministerio Público Fiscal y en el ejercicio de las facultades del querellante particular.

También, cabe destacar en cuanto a repercusiones que **una interpretación apartada de los estándares internacionales de medidas de protección de niños víctimas cuando se investigan actos sexuales violentos** –tal como el denunciado respecto del menor AMBA–, derivaría por la ausencia de un trato como **sujeto** pleno de derechos durante el proceso penal, con respeto a esos derechos, como a su dignidad mediante la adopción de mecanismos específicos de protección que garanticen y aseguren su bienestar y eviten revictimización es judiciales que pudieran producir situaciones traumáticas (ver, al respecto, **«Paz Parra»** citado).

Como he subrayado en el precedente últimamente citado, en el proceso penal y dentro de los mecanismos de protección para evitar la producción de pruebas repetitivas e innecesarias que son revictimizantes por el grado de vulnerabilidad en que se encuentran menores víctimas de abusos sexuales, se recomienda la videograbación del relato mediante dispositivos especiales como es la Cámara Gesell o circuitos cerrados de televisión con la intervención de profesionales capacitados/as, los que a su vez permiten el seguimiento del desarrollo desde el exterior por parte de la defensa de la persona denunciada en resguardo de sus garantías constitucionales.

A lo expresado hasta el momento debe tenerse en cuenta que el niño AMBA se encuentra en situación especial de vulnerabilidad por su edad según la **regla 4** de las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, y lo referido en el **caso «Agüero Pérez»**, oportunidad en que hice especiales consideraciones sobre posibles reacciones de niños, niñas y adolescentes víctimas de abusos sexuales durante las investigaciones sobre este tipo de hechos, a fines de **evitar revictimizaciones durante el proceso penal por aplicación del paradigma específico de protección de sus derechos humanos**.

De modo entonces que si durante la investigación penal preparatoria se utilizó la Cámara Gesell para recibir el relato del menor AMBA, resulta contradictorio y a todas luces revictimizante que por un mero error material en su nombre en el acta de denuncia se interprete que su progenitora no tuvo voluntad de remover la instancia, a pesar de haberse constituido en parte querellante particular y producirse las actuaciones antes referidas en las que se consignó el nombre, apellidos y documento nacional de identidad del niño AMBA.

Asimismo, entiendo que también le asiste razón al Ministerio Público Fiscal cuando expresa que el juez de la instancia previa, para sustentar la nulidad de la resolución casada **se extralimitó en sus funciones jurisdiccionales** en la instancia preliminar al debate, al afirmar con sustento en la declaración testimonial del progenitor de T. C. y la negación de uno de los niños, que **las acusaciones «son producto de venganza»**.

En consecuencia con lo expuesto, considero que la errónea consignación del nombre del menor AMBA en el acta de denuncia obedeció a un mero error material que no encuadra en el art. 198 del CPP por no ser plausible de nulidad absoluta, en razón que la norma procesal local **debe interpretarse y aplicarse en forma integrada con el corpus juris y estándares internacionales** específicos en materia de abusos sexuales de niños, niñas y adolescentes (art. 75 inc.s 22° y 23° de la C. Nacional).

En definitiva, y como expresé en los puntos anteriores, por aplicación de los estándares internacionales de protección especial a niños víctimas de abusos sexuales, deben tomarse las medidas protectorias necesarias para evitarles sufrimientos durante el proceso de detección, investigación y enjuiciamiento penal a fin de garantizarles el respeto de su interés superior y su dignidad humana (**cfr. Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, Consejo Económico y Social, año 2005, capítulo XI, párrafo 29**).

En razón de todo lo referido, considero que corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal y revocar el auto de fecha 28 de septiembre de 2021. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

Sobre la misma cuestión el DR. JOSÉ V. VALERIO **adhiere**, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

Por una parte, corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto en cuanto al recurso de casación interpuesto por la defensa de T. C., puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

Lo mismo corresponde señalar en relación con el recurso del querellante particular, en tanto no ha sido admitido formalmente. Por otra parte, atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso de casación formulado en autos por el representante del Ministerio Público Fiscal, y en consecuencia, revocar el auto de fecha 28 de setiembre de 2021. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas por su orden y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere, al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Desestimar formalmente el recurso interpuesto por el representante de la querellante particular.
- 2.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de J. W. V. T. C.
- 3.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal y revocar el auto de fecha 28 de setiembre de 2021.
- 4.- Imponer las costas por su orden y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 5.- Tener presente la reserva del caso federal.
- 6.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP).

Secretaría, 14 de junio de 2022.-

14- FERNANDEZ QUISPES. 21-06-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
	Dos o más	NNA	-	PCE	-	-	CO	-	-	-	-	-	-	474
VG														250

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=859>

Lex: art. 119, 1°, 4° inc. d y 5° párrafo del C.P. Art. 255 CPP. Ley 26485. CDN.

Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual simple. Dos o más SA. Dictamen pericial. Pericia e informe técnico. Diferencias. Firma digital.

Summa:

El Primer Juzgado de Flagrancia condenó a los nombrados a la pena de **tres años de prisión de ejecución condicional** por el delito de abuso sexual simple agravado por la participación de dos o más personas, previsto en el art. 119 primer párrafo en función con el último párrafo inc. d del C.P.

La defensa interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 12 CPP). Cuestiona principalmente la valoración que realizó la jueza de sentencia de los testimonios rendidos en audiencia de debate, en especial los dichos de la madre de la víctima, que no fue testigo de los hechos. Propicia la nulidad absoluta de la Cámara Gesell, del informe técnico realizado por el EPAASI a la víctima, en tanto no fue suscripta por los profesionales intervinientes.

El Procurador General entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La SCJM rechazó el recurso de casación interpuesto por la defensa.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 4287 pronunciada por el Primer Juzgado de Flagrancia- 1° CJ.

Precedentes citados:

a-SCJM

I-Informe técnico:

El examen técnico supone la constatación de cosas, personas o lugares por parte del personal policial o de auxiliares especialistas sin realizar algún tipo de valoración –es decir, tiene un carácter de tipo descriptivo y no requiere el mismo grado de fundamentación que la pericia– (ver al respecto, «Quiroga», «Gatica Toledo» -informe técnico de balística-, «Zubieta Duchén» y «Di Garbo» -informe por abuso-).

- Gatica Toledo. 04-11-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=454>
- Di Garbo. 04-04-19 : <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=28>
- Mc Garry. 14-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=175>

II-Respecto de los lineamientos al momento de valorar los elementos de prueba con perspectiva de género

- Ver “Concha, Jesús y ots.”
- Ver «Zurita», «Mejía Salvador» y «Di Césare», entre otros.
- Ver «Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa», «Quiroga Morales»; «Ojeda Pérez», «Vega» «Zurita» «Di Césare» y «Vázquez Tumbarello», entre otros.

b-CIDH

«Castro Castro vs. Perú». Fondo, 25-05-06.

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf

Caso Rosendo Cantú vs. México. 31-08-10

https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339

Caso «Fernández Ortega y otro vs. México». 30-08-10.

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/fernandez_ortega/esap.pdf

“Caso Bámaca Velázquez vs. Guatemala

https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=244

Precedentes relacionados:

- Tur Moya». 03-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=780>
- Agüero Pérez. 25-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=777>

SCJM. Dres.: **Adaro.** Palermo Valerio.

Fallo.

CUIJ: 13-04082189-3/1((011421-79875)) FC/FERNANDEZ QUISPES HUMBERTO, MAMANI VELA LENNIN NELSON, ACEBEY BALEDERRAMA MARCO ANTONIO, MAMANI BILLARPANDO YOBANI P/ABUSO SEXUAL (P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN (79875) *104141862*

En Mendoza, a los veintidós días del mes de junio del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 04082189-3/1, caratulada "F. C/ F. Q. H. Y OTS. P/ ABUSO SEXUAL SIMPLE AGRAVADO POR LA PARTICIPACION DE DOS O MAS PERSONAS S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. OMAR A. PALERMO, y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO.

La defensa técnica de H. F. Q., M. A. A. B., L. N. M. V. y G. M. V. interpone recurso de casación contra la sentencia N° 4.287 y sus fundamentos agregados a fs. 492/505, en cuanto condena a los nombrados a la pena de tres años de prisión de ejecución condicional por el delito de abuso sexual simple agravado por la participación de dos o más personas, previsto en el art. 119 primer párrafo en función con el último párrafo inc. d del C.P., pronunciamiento dictado en la causa N° P-79.875/14 por el entonces Primer Juzgado de Flagrancia de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

I.- Sentencia recurrida

La resolución establece, en lo que aquí respecta, que ha quedado acreditado en el debate que «[e]l día 2 de agosto de 2014, siendo aproximadamente las 19:30 hs., en calle ... Guaymallén, mientras la niña M.B.M., estaba esperando en la vereda a su madre, A. A. A., quien subió a un departamento en donde alquilaban trajes, los acusados comenzaron a tocarle todo el cuerpo por encima de la ropa, quedándose parados en la esquina referida».

Para así decidir, la jueza de sentencia valoró la declaración testimonial de la víctima en Cámara Gesell, el examen psiquiátrico del Equipo de Abordaje del Abuso Sexual Infanto-Juvenil (EPAASI) de la niña, las declaraciones testimoniales de A. A. y H. G. V., y demás elementos de juicio debidamente incorporados al debate.

II.- Recurso de casación.

La queja se basa en el inc. 2° del art. 474 del C.P.P., Ley 6.730, es decir, por adolecer el pronunciamiento cuestionado de vicios in procedendo.

Sostiene el recurrente que la sentencia cuestionada deviene arbitraria al carecer de apoyo legal y por existir una valoración parcial de las pruebas rendidas en el debate y las debidamente incorporadas.

Precisa que existió un apartamiento infundado de las circunstancias que se han tenido por probadas y de las conclusiones científicas determinadas por profesionales del EPAASI, medio de prueba que fue incorporado no obstante las impugnaciones efectuadas.

En este sentido, cuestiona principalmente la valoración que realizó la jueza de sentencia de los testimonios rendidos en audiencia de debate, en especial los dichos de la madre de la víctima, a quien la sentenciante le atribuyó valor probatorio preponderante sin ponderar debidamente que no fue testigo presencial de los hechos y, sumado a ello, que no existieron otros testigos.

Por otro lado, considera que la jueza de la instancia anterior realizó una apreciación netamente personal del testimonio brindado por la presunta víctima, en tanto lo consideró sincero y preciso, y que no ha llenado su enojo con comentarios gananciales tendientes a perjudicar la situación procesal de los encartados.

También se agravia de la falta de valoración del testigo H. G. V., quien dijo –contrariamente a lo sostenido por la madre de la niña– que los sujetos salieron del salón de manera voluntaria, es decir, que los policías no ingresaron en ningún momento al local comercial. Agrega que el testigo refirió que la denunciante estaba acostumbrada a «sacarle la plata» a la gente, y que siempre hacía este tipo de problemas con personas de nacionalidad boliviana. De este modo, concluye que la jueza de sentencia se apartó infundadamente de la prueba testimonial conducente a la inocencia de sus defendidos, dándole mayor entidad probatoria a la madre de la supuesta víctima.

Propicia la nulidad absoluta del informe técnico realizado por el EPAASI a la víctima, en tanto no fue suscripta por los profesionales intervinientes.

Por tal motivo, entiende que no se ha cumplido con lo explicitado por **el art. 2 de la Ley 25.506**, ya que la firma digital no pudo ser verificada por su parte, por lo que no se cumple con los requisitos legales para ser valorada como material probatorio.

Alega también el incumplimiento de los requisitos establecidos en el **art. 255 del CPP**, en tanto no se habrían **detallado las técnicas utilizadas en el desarrollo de las operaciones practicadas**.

En relación a la declaración de la niña mediante el método de Cámara Gesell, sostiene que se ha afectado el derecho de defensa de sus asistidos al **resultar imposible la reproducción de lo manifestado por la presunta víctima en tal oportunidad**.

Concluye que la sentencia adolece de vicios in procedendo que la invalidan como una derivación razonada del derecho vigente y de las pruebas del proceso y, por ello, la convierten en una resolución fruto de la pura voluntad del juzgador.

Por tal motivo, solicita su anulación y el reenvío de las actuaciones para la realización de un nuevo juicio. Hace reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador General estima que el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de H. F. Q., M. A. A. B., L. N. M. V. y G. M. V. debe ser rechazado, en tanto no se advierte en la sentencia cuestionada una inobservancia de las normas que pudiera acarrear la nulidad y tampoco una errónea aplicación de la ley penal sustantiva.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

En adelantando de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación articulado debe ser rechazado en tanto no logra desvirtuar la validez de la sentencia condenatoria impugnada.

A modo de aclaración previa, debo señalar que teniendo en consideración el modo en que han sido planteados los agravios casatorios por el recurrente, ello justifica metodológicamente establecer un orden lógico de tratamiento.

De esta manera, se abordarán en primer lugar los vicios en que se sustenta la alegada vulneración al derecho de defensa en juicio, derivados de las irregularidades apuntadas por el recurrente (a).

En segundo lugar, se ingresará en el análisis nuclear del recurso, mediante la revisión sobre la valoración del plexo probatorio (b).

a.- Acerca de la pretendida nulidad de la Cámara Gesell y del examen psiquiátrico de la niña M.B.M.

La defensa plantea que se ha vulnerado su derecho de defensa en tanto no se pudo reproducir por defectos en el audio la declaración testimonial de la niña M.B.M. en Cámara Gesell. Entiendo que el agravio esgrimido en este sentido debe ser desestimado, por cuanto la jueza de sentencia dio suficientes razones para no hacer lugar al planteo de la defensa.

De este modo, la sentenciante luego de reseñar todos los actos llevados a cabo a fin de **lograr mejorar el audio de la declaración de la niña en Cámara Gesell**, señaló que la oficina de gestión puso a disposición de las partes auriculares y una digitalización sonora mejorada del audio, ello para poder controlar las partes del relato de la niña que fueran controvertidas por la defensa.

Contradicción: valora declaración y luego solicita la nulidad de ese medio probatorio.

Señaló la **sentenciante la contradicción en la que incurrió la defensa al momento de formular sus alegatos**, en tanto cuestionó primero las contradicciones en la que habría incurrido la niña en su declaración mediante el método cuestionado y, posteriormente, requirió **la nulidad absoluta de este medio probatorio por no haberse reproducido debidamente**.

Puntualizó además que la Cámara Gesell fue practicada **con todas las formalidades requeridas por la ley**, precisando que el defensor estuvo presente en su producción (fundamentos de fs. 501). De la misma manera no pueden prosperar los agravios referidos a la nulidad impetrada por la defensa en relación al examen psiquiátrico de M.B.M. elaborado por el EPAASI.

Al respecto, destacó –acertadamente a mi criterio– que la defensa **adhiere sin objeciones a las pruebas ofrecidas por el Ministerio Público Fiscal en oportunidad de celebrarse la audiencia preliminar** quien, entre otros medios de prueba, ofreció el informe psiquiátrico obrante a fs. 192.

Por esta razón, la sentenciante entendió que este medio de prueba quedó debidamente incorporado al debate. Refirió la juzgadora que **el mentado informe se produjo durante la investigación penal preparatoria**, y que la defensa no presentó ningún tipo de impugnación en esta instancia.

Sostuvo también que no se trata de una prueba definitiva e irreproducible y, en este entendimiento, destacó que la defensa no propuso en tal oportunidad procesal la realización de una pericia.

Diferencia entre informe técnico y pericia. Art. 255 CPP. Distinción entre la producción de prueba pericial y la elaboración de informes (o exámenes) técnicos

Agregó que se trata de **un informe técnico y, como tal, no rige a su respecto las prescripciones del art. 255 del CPP** (fundamentos de fs. 501 vta.).

La sentenciante entendió que si la defensa no impugnó el informe ni propuso la realización de una pericia, consintió las conclusiones a la que arribaron los profesionales en el cuestionado informe (fundamentos de fs. 501 vta.).

En este punto, es importante destacar que los miembros de esta Sala comparten la idea de distinción entre la **producción de prueba pericial y la elaboración de informes (o exámenes) técnicos**, en tanto son tareas probatorias que conllevan recaudos diferentes para su validez.

Mientras que **la pericia** supone la manipulación de elementos de prueba recolectados durante la investigación y su sometimiento a operaciones técnicas con el fin de obtener conclusiones basadas en conocimientos técnicos y científicos específicos que permitan avanzar en la generación de certeza –razón por la que el valor de **un dictamen pericial deviene de su naturaleza valorativa** y por la que el acusado y su defensa tienen **derecho a controlar y contradecir las bases sobre las que se funde–**, el **examen técnico** supone **la constatación de cosas, personas o lugares** por parte del personal policial o de auxiliares especialistas **sin realizar algún tipo de valoración** –es decir, tiene un carácter de tipo descriptivo y no requiere el mismo grado de fundamentación que la pericia– (ver al respecto, «Quiroga», «Gatica Toledo», «Zubieta Duchén» y «Di Garbo»).

No obstante ello, es dable destacar que el caudal probatorio cargoso valorado para concluir que el testimonio de **la niña M.B.M. era creíble**, no sólo se nutre del informe elaborado por el EPAASI, sino de otros elementos de juicio que la defensa no ha logrado controvertir efectivamente, tal como lo abordaré seguidamente.

Con lo anterior, entonces, puede afirmarse en este punto que aun asumiendo de manera hipotética el planteo de la defensa, en el sentido de sostener que el informe del EPAASI carece de validez, la sentencia condenatoria cuenta con elementos de prueba suficientes que dan sustento a la solución a la que arribó la juzgadora.

b.-Sobre la pretendida errónea valoración de la prueba

Ahora bien, en lo atinente a los agravios dirigidos a cuestionar la motivación del fallo impugnado y la valoración que la a quo efectuó de los elementos de prueba incorporados a la causa, considero que no pueden ser acogidos por no verificarse en la sentencia cuestionada las falencias denunciadas.

De este modo, la prueba que entiende ha sido omitida o mal valorada fue correctamente abarcada por los razonamientos expresados en la resolución, esgrimiéndose el recurso como un desacuerdo de la parte defensora con la solución a la que arriba la juzgadora.

No obstante ello, preliminarmente me interesa destacar que conforme los estándares internacionales y regionales, **la niña M.B.M. es titular de una doble protección jurídica: por ser mujer y niña.**

Se trata entonces de una doble **condición de vulnerabilidad que la atraviesa**, por cuanto cada una de estas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal, a fin de prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto.

De este modo, los operadores del derecho tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución justa en cada caso.

Tal como he sostenido en pronunciamientos anteriores, en lo que respecta a la investigación criminal como garantía del derecho a la verdad, interesa destacar que tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH y CIDH respectivamente), han sostenido que el derecho a la verdad se vincula de manera directa con los derechos a las garantías judiciales y de protección judicial, los cuales se encuentran establecidos en los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana, así como en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (Cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr. 66).

Este compromiso implica que el Estado tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para investigar seriamente lo sucedido y, en su caso, sancionar a los responsables de los hechos. Este derecho no sólo pertenece a la víctima y sus familiares, sino también a la sociedad en su conjunto, cuando se han vulnerado derechos humanos (ver “**Concha, Jesús y ots.**”).

La Corte IDH en el “**Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala**”, se pronunció por primera vez en este sentido, reconociendo expresamente que el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de las víctimas o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que provienen de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial, establecidos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (**Cfr. Corte IDH, Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C N° 70, párr.201**).

Expresamente señalé en el citado precedente que «En pos de lograr tal objetivo, la Corte IDH ha determinado que las autoridades encargadas de las investigaciones tienen el deber de asegurar que en el curso de las mismas se valoren los patrones sistemáticos que permitieron la vulneración a los derechos y garantías reconocidos en las convenciones.

Sostuvo también, que para **garantizar su efectividad**, las investigaciones deben ser conducidas tomando en cuenta la complejidad de este tipo de hechos y de la estructura en la cual se ubican las personas probablemente involucradas en este tipo violaciones, de acuerdo al contexto en que ocurrieron, evitando así omisiones en la recaudación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación. (Cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr.78)».

En este entendimiento, y a fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el **control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres**; y ii) que los patrones de **discriminación estructural** que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17).

En este sentido conviene recordar que a nivel nacional la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, estableció criterios en la interpretación de la prueba, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para el juzgador de valorar la **prueba con perspectiva de género**, es decir, con una mirada integral de la problemática, analizando las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrolla el hecho.

De esta manera el art. 16 de la referida normativa establece la garantía que la investigación se realice bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos «teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos», en tanto el art. 31 conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes.

Por su parte, la jurisprudencia tanto en el sistema interamericano como a nivel nacional ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática y la especial ponderación del testimonio de la víctima (Cf. Corte IDH, Caso del penal Castro Castro vs. Perú. Fondo, Reparación y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N° 160; Corte IDH, Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción Preliminar,

Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216; Caso Fernández Ortega y otro vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215; y C.S.J.N. in re “Leiva, María Cecilia”, entre otros).

Sentado cuanto precede, entiendo que el tribunal sentenciante interpretó en forma satisfactoria los estándares probatorios delineados tanto en el sistema interamericano como en el orden nacional, en tanto para la acreditación de los hechos constitutivos de la agresión sufrida por la víctima M. B., ponderó todos los elementos de juicio incorporados legítimamente al debate bajo los parámetros de valoración que impone la temática en estudio.

De este modo, la versión de los hechos brindada por M.B.M. mediante el método de Cámara Gesell y la testimonial prestada por su progenitora, quien corroboró sus dichos, resultaron relevantes para la juzgadora a fin de determinar la dinámica de los hechos investigados y la intervención que les cupo a los acusados en ellos.

Así, la sentenciante ponderó que se trató de una aprehensión en flagrancia, toda vez que los acusados fueron aprehendidos «[...] inmediatamente después de haber cometido una infracción penal, siendo señalados por la víctima y la progenitora de la misma, resultando aprehendidos por personal policial actuante a pocos minutos de haberse cometido el evento criminoso» (fundamentos de fs. 499 vta.).

Destacó además que quedó debidamente acreditada, a través de las actas de dosaje de alcohol y cocaína realizada a los imputados, la circunstancia referida por la víctima y su progenitora, quienes indicaron que los sujetos se encontraban alcoholizados, lo que le otorga mayor credibilidad a lo manifestado por las testigos.

De este modo y de acuerdo a lo analizado, entiendo que no puede prosperar el agravio esgrimido por el censurante en tanto entiende que la sentenciante no valoró el testimonio brindado por H. G. V., quien sostuvo que los sujetos salieron del salón en forma voluntaria, es decir, que los policías no ingresaron al local comercial para aprehenderlos.

Asimismo, entiende el recurrente que tampoco se valoró lo referido por el testigo en tanto sostuvo que la denunciante estaba acostumbrada a «sacarle» dinero a la gente y que siempre hacía este tipo de problemas con las personas de nacionalidad boliviana.

En este sentido, la jueza de la instancia previa ponderó que del testimonio de A. se desprende que los acusados ingresaron al local «....» luego de acontecido el abuso contra la niña y a fin de refugiarse ante los reclamos e intentos de agresión por parte de la progenitora de M.B.M.. Entendió que estas circunstancias fueron corroboradas por el testigo M. W. G., personal de vigilancia del lugar, quien aseguró que sintió gritos en la calle y pudo observar que la madre de la niña intentaba pegarle a unos sujetos. Aclaró el testigo que por tal motivo los hizo ingresar a los sujetos al establecimiento, quedando la mujer a la espera de la policía (fundamentos de fs. 409 vta.).

Esta cronología de los acontecimientos evidencia –según entiendo– la lógica reacción de A. frente a la agresión sexual que acababa de sufrir su hija, ello en desmedro de la hipótesis sostenida por los acusados, quienes alegaron que A. les quiso robar.

En este sentido, comparto el razonamiento de la sentenciante en tanto sostuvo que la conducta asumida por A., quien se quedó esperando a los efectivos policiales a fin de que procedan a la aprehensión de los agresores de su hija, no se compadece con la versión de los hechos brindada por los acusados.

En suma, el recurrente omite considerar en su crítica que la aprehensión de sus defendidos derivó de la inmediata intervención de los oficiales de policía que, advertidos por la denunciante del ilícito en cuestión y de quiénes habían sido los autores, procedieron en tal sentido.

Por otro lado, estimo que el concepto vertido por el testigo V. sobre la progenitora de la niña, en tanto aseguró que A. en forma habitual acostumbraba a tener estas conductas a fin de «sacarle» dinero a la gente, no encuentra sustento probatorio en las constancias de autos y no logra desvirtuar los fundamentos en los que la juzgadora fundó la responsabilidad de los acusados.

Por lo precedentemente analizado y, no obstante ser cuestionados todos los elementos de prueba referidos ut supra por la defensa, lo cierto es que tal crítica obedece a una interpretación parcializada de cada uno de ellos, motivada en los intereses que representa, pero que no se verifican en la sentencia impugnada.

En definitiva, de lo expuesto surge que la jueza de juicio en base a los elementos de prueba antes detallados, llegó a la certeza necesaria en esta etapa procesal –sin que pueda predicarse la existencia de **una duda que habilite la aplicación del principio in dubio pro reo**– para adoptar la decisión que aquí se **cuestiona**, plasmando su análisis en una resolución sin arbitrariedades y motivada de una manera lógica y convincente en cuanto a la acreditación de los hechos y la intervención que les cupo a los acusados. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Adhiero a la solución que brinda mi colega de Sala a la primera cuestión propuesta al acuerdo. Respecto de los lineamientos que deben ser observados al momento de valorar los elementos de prueba con perspectiva de género, entiendo oportuno remitirme, en lo que resulta aplicable al presente, al desarrollo realizado en los precedentes «Zurita», «Mejía Salvador» y «Di Césare», entre otros. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Coincido con la solución que brinda mi colega de Sala a la primera cuestión propuesta al acuerdo. En relación a la cuestión vinculada a la perspectiva de género en el ámbito de valoración de los elementos de prueba, entiendo oportuno remitirme, en lo que resulta aplicable al presente, al desarrollo realizado en los precedentes «Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa», «Quiroga Morales»; «Ojeda Pérez», «Vega» «Zurita» «Di Césare» y «Vázquez Tumbarello», entre otros. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, RESUELVE:

1.- Rechazar el recurso de casación deducido por la defensa de H. F. Q., M. A. A. B., L. N. M. V. y G. M. V. y, en consecuencia, confirmar la sentencia Nº 4.287 dictada por el entonces Primer Juzgado de Flagrancia de la Primera Circunscripción Judicial.

2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.

3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.

4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

15- MORILLAS TEJADA. 22-06-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														474
VG	Dos	M	AI	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	250

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=862>

Lex: 119, 3° párrafo en función del 4° párrafo inc. d del CP. Ley 26485. CEDAW. Belem Do Para.

Vox: VG. Abuso sexual con acceso carnal. Dos o más SA. Arma. Nulidad. Perito de control. ADN. Víctima mayor.

Summa:

El **TPC** condenó al nombrado a la pena de **diez años de prisión** como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por ser cometido por dos personas y con arma (arts. 119, tercer párrafo en función del cuarto párrafo inc. d, del CP)

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 2 CPP). Considera que se ha violado el derecho de defensa en tanto no se cumplió el plazo de 72 hs. para que ofreciera perito de control. Cuestiona el testimonio de la víctima. Su pupilo declaró que ella le ofreció servicios sexuales a cambio de cocaína.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. Respecto de la pretensión de nulidad correspondería en el supuesto de que se hubiese privado al acusado de proponer un perito de control, circunstancia que no aconteció en el caso, dado que la defensa decidió, en el plazo que le fuera concedido, no hacer uso de dicha facultad. En referencia a la víctima pasa el filtro de credibilidad.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación por la Defensa. Estimó que la nulidad pretendida, invoca un gravamen que no es concreto sino conjetural. Valoró con perspectiva de género valoró el plexo probatorio.

Resolución cuestionada: Sentencia n°1782 TPC N° 1, 1° CJ.

Precedentes citados:

a-SCJM

- ver «Galdeano Reyes», «González Pringles», «Concha, Jesús», «Ruiz Gutiérrez», «Alaniz Pineira», y más recientemente, «Vargas Riquelmes», «González Sosa» y «Scifo Ruffini» «González, Mauricio»,
- “Mejía Salvador”
- Ver «Morales Quiroga», «Cruz Caporiccio», «Ojeda Pérez», «Vázquez Tumbarello», «Narvárez Videla», «Brancello Urbón», «Vega», «Zurita» y «Montenegro Fisigaro».

b-CSJN

Ver «Acosta», sentencia de fecha 04/05/2000.

c-CIDH

«Castro Castro vs. Perú». Fondo, 25-05-06.

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf

Caso Rosendo Cantú vs. México. 31-08-10

https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339

Caso «Fernández Ortega y otro vs. México». 30-08-10.

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/fernandez_ortega/esap.pdf

Precedentes relacionados:

- Tur Moya». 03-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=780>
- Agüero Pérez. 25-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=777>

SCJM. Dres.: **Adaro.** Palermo.Valerio.

Fallo.

CUJ: 13-06753570-1/1((018601-80645)) FC/ MORILLAS TEJADA ABEL JONATHAN P/ ABUSO SEXUAL (80645/20) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106010357*

En Mendoza, a los veintidós días del mes de junio del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06753570-1/1 caratulada “F. C/ M. T., A. J. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, Dr. MARIO D. ADARO, segundo Dr. OMAR A. PALERMO y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO.

La defensa oficial de A. J. M. T. interpone recurso de casación contra la sentencia n° 1.782, pronunciada por el Tribunal Penal Colegiado N° 1, de la Primera Circunscripción Judicial, que condenó al nombrado a la pena de diez años de prisión como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por ser cometido por dos personas y con arma (arts. 119, tercer párrafo en función del cuarto párrafo inc. d, del CP) en la causa P-80.645/20.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver: PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto? SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La resolución cuestionada por la defensa, en su parte pertinente, ha tenido por acreditado que «el 3 de febrero de 2019, siendo las 7:30 horas en el descampado ubicado en la cuadra correspondiente en... de las Heras, en el interior del descampado, F. J. M. T. sacó un cuchillo tipo serrucho color marrón como de cocina y se lo colocó en el cuello a [D.J.U.], mientras le decía “más vale que no grites nada porque te mato acá nomas, hazelo con el Chabón, yo quiero ver cómo te culea”, momento en que A. J. M. T. puso a [D.J.U.] en “cuatro patas” y la accedió con su pene vía vaginal. Luego el otro sujeto, F. J. M. T., la obligó a practicarle sexo oral accediéndola también con su pene vía vaginal».

El tribunal de sentencia, para así decidir, valoró las declaraciones testimoniales de M. M., A. R., L. S., J. J. F. y de D. U., conjuntamente con la prueba instrumental debidamente incorporada, entre otros elementos probatorios.

2.- Recurso de casación

El recurso de casación se articula en función con el art. 474 inc. 2° del CPP, por entender que la sentencia recurrida adolece de vicios formales que la invalidan como acto jurisdiccional válido.

Considera que la sentencia no se encuentra debidamente motivada en relación con el planteo de nulidad formulado por la entonces defensa técnica del acusado sobre una nueva prueba de cotejo de ADN solicitada por el fiscal durante la audiencia realizada el día 25 de agosto de 2021.

Explica que el tribunal **hizo lugar a la nueva prueba y emplazó a la defensa para que en el plazo de setenta y dos horas propusiera un perito de control**. Sin embargo, dicho cotejo se llevó a cabo el mismo 25 de agosto y fue presentado el 26 de agosto, de manera que se omitió cumplir con el plazo de setenta y dos horas para que la defensa propusiera un perito de control, acorde lo prevé el art. 250 del CPP. De tal manera, entiende que se **conculcó el derecho de defensa** de M. T..

En otro orden, considera que las declaraciones prestadas por la víctima resultan dubitativas y destaca lo que, a su criterio, constituyen contradicciones.

De tal manera, expresa que debió absolverse a M. T. por el beneficio de la duda, en tanto la declaración de la víctima no resulta suficiente como para destruir las manifestaciones efectuadas por el acusado al momento de prestar declaración durante el debate. Formula reserva de caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 5/6 vta., el Procurador contesta la vista de ley conferida y aconseja el rechazo del remedio casatorio intentado. Ello, en tanto estima que la defensa reitera planteos de nulidad ya resueltos por el tribunal de sentencia e intenta restar validez a la declaración testimonial de la víctima.

En relación a la pretendida nulidad de la pericia practicada por el laboratorio de genética forense, considera que el tribunal de juicio contestó acertadamente la cuestión.

Señala así que dejó claro que **la pretensión de nulidad correspondería en el supuesto de que se hubiese privado al acusado de proponer un perito de control, circunstancia que no aconteció en el caso**, dado que la defensa decidió, en el plazo que le fuera concedido, no hacer uso de dicha facultad.

Considera, asimismo, que el hecho se encuentra probado con el requerido grado de certeza, tanto en relación a su existencia material como la autoría del acusado. Por otro lado, estima que el testimonio de la víctima **fue analizado debidamente en base a parámetros vinculados con la ausencia de incredulidad subjetiva, la verosimilitud y la persistencia en la incriminación.**

Así, señala el juez calificó el contenido de la declaración como coherente y respecto al hecho de que no recordara con exactitud la fecha en que ocurrió consideró que se trataba de un dato menor, dado el tiempo transcurrido y el carácter traumático de la vivencia. Por lo tanto, lo decisivo era el contenido de la declaración.

Destaca, asimismo, que el juez de igual manera valoró la declaración **del acusado y concluyó que carecía de verosimilitud**, contraponiéndose al sentido común, brindando el tribunal de sentencia las explicaciones del caso para considerarla como totalmente inconsistente.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de la defensa entiendo que el mismo no puede ser acogido en tanto no advierto que la sentencia puesta en crisis adolezca de los vicios que alega la recurrente. Paso a explicarlo. Preliminarmente, y advirtiendo que la víctima en autos pertenece a un sector vulnerable de la población, debo señalar que en lo relativo a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género me remito, en lo pertinente, a lo que ya he referido en numerosos pronunciamientos (ver «Galdeano Reyes», «González Pringles», «Concha, Jesús», «Ruiz Gutiérrez», «Alaniz Pineira», y más recientemente, «Vargas Riquelmes», «González Sosa» y «Scifo Ruffini», entre otros).

Al respecto, debe considerarse que el análisis del plexo probatorio reunido debe realizarse teniendo en cuenta los diversos instrumentos internacionales vigentes en la materia, particularmente la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, “Belem Do Pará”, y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer “CEDAW”-; como también, entre otras, las normas contenidas en la Ley N° 26.485 destinada a la protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres.

En este sentido, la tarea de revisión sobre la valoración de la prueba no puede prescindir de otorgar singular **relevancia al testimonio de la mujer**.

En esta perspectiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido jurisprudencialmente que la declaración de las víctimas en casos de violencia, constituye un elemento probatorio fundamental en esta especie de procesos (v. Corte IDH, caso “Fernández Ortega y otros Vs. México”, sentencia de 30 de agosto de 2010, serie “C” N° 215 y caso “Rosendo Cantú y otra Vs. México”, sentencia de 31 de agosto de 2010, serie C No. 216, cf. párr. 100 y 89 respectivamente).

En este orden, me interesa destacar que se advierte en la praxis judicial que una de las defensas posibles para un acusado de abuso sexual es alegar que la víctima consintió el acto, utilizando frecuentemente argumentos basados en estereotipos de género –definidos por la jurisprudencia interamericana como “la preconcepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente” (Corte IDH, Caso González y otras (Campo Algodonero) Vs. México. Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 16 de noviembre de 2009; párr. 401)- o aludiendo -aun sutilmente- a ciertos prejuicios discriminatorios de corte patriarcal.

En este sentido, señalé en el **precedente «González, Mauricio»** que «[...] a través de su anclaje en el inconsciente colectivo, se crean y validan **mitos sobre los perfiles de los varones abusadores** y de las mujeres víctimas que, gravemente, impactan en decisiones judiciales, incluso en algunas ocasiones sin perjuicio de las pruebas que pudieran existir en autos».

Dicho de otro modo, estimo que la inclusión de este tipo de presunciones equivale a la invasión de **prejuicios discriminatorios** en el proceso judicial, que restringen los márgenes de protección de las mujeres contra la violencia sexual.

Por ello, la promoción de la igualdad conlleva la tarea, en las autoridades judiciales, de aplicar la ley sin preconcepciones ni estereotipos discriminatorios. En este sentido, debe señalarse que «[...]a fin de tener en el caso sub examine una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. **CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17)**» (ver, «**Concha, Jesús y ots.**).

Por ello, es oportuno recordar que el marco normativo vigente en el ámbito internacional, regional y nacional reconoce que la violencia contra mujeres constituye una violación de los derechos humanos. De ahí que los derechos humanos de las mujeres se imponen como un nuevo paradigma social cuestionador del fundamento androcéntrico del derecho, para garantizar una protección integral a cuya aplicación directa están obligados los tribunales de justicia (Long Saborio, S. (2009). Defensa de los Derechos Humanos de las Mujeres: Orientaciones metodológicas con perspectiva de género para litigantes). Formuladas las consideraciones que anteceden y llevadas al caso bajo análisis, debe decirse que los planteos de la defensa giran, fundamentalmente, sobre dos aspectos.

Por un lado, en relación con **la validez de la nueva prueba de cotejo de ADN solicitada** en el debate por el representante del Ministerio Público Fiscal.

Por el otro, en torno a la motivación del fallo impugnado y la valoración que el juzgador realizó de los elementos incorporados a la causa, a partir de los cuáles tuvo por acreditado, con el grado de certeza necesario, **la falta de consentimiento de la víctima** en la conducta desplegada por el acusado.

En primer lugar, abordaré el planteo relativo al **planteo de nulidad formulado** por la defensa de M. T. en cuanto a la pericia genética solicitada por el fiscal como nueva prueba y que se realizara sobre un apósito protector que llevaba la víctima en el momento del hecho.

Al respecto, considero relevante traer a colación algunos detalles de la causa.

Conforme surge de las constancias del legajo, en el hecho aquí investigado tomaron intervención A. J. M. T. y F. J. M. T. Éste último, fue aprehendido el día del hecho en las inmediaciones del lugar donde se consumó y fue el sujeto que, según el testimonio de la denunciante, empuñaba el arma mientras la accedía A. J. M. T.

Debe señalarse que F. J. M. T. **resultó condenado, en los autos n° 1040/19 y en razón de la aplicación de un procedimiento abreviado**, a la pena de ocho años de prisión como coautor responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por ser cometido por dos personas con arma de fuego.

Por su parte, el **acusado A. J. M. T. fue aprehendido el 30 de octubre de 2020**, a raíz del informe del Laboratorio de Genética Forense que halló el perfil genético de M. T. en la muestra perteneciente a la víctima analizada.

De tal manera, se dispuso la extracción de compulsas a efectos de investigar el delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por ser cometido por dos personas con arma impropia, dándose lugar a la formación del presente legajo P- 80.645/20.

En el debate, el fiscal solicitó la realización **de una pericia, como nueva prueba, en relación con el apósito de la víctima secuestrado según acta de fs. 75.**

La defensa se opuso por entender que la medida solicitada resultaba **extemporánea.**

El juez de la instancia anterior hizo lugar a la medida impetrada por el fiscal y otorgó el plazo de setenta y dos horas a la defensa técnica para que propusiera un perito de control de conformidad a las previsiones del art. 250 del CPP.

Al cierre del debate, el defensor planteó la nulidad de la pericia practicada al momento de formular sus alegatos.

Nulidad. ADN.

De lo que llevo analizado hasta aquí concluyo que no habiendo ejercido el defensor la facultad otorgada, resulta inadmisibles acoger el planteo de nulidad articulado.

Ello, toda vez que, como ya ha dicho este Tribunal en otras oportunidades, «la nulidad **no es un fin en sí misma** sino que tiene por objeto, atento a su ámbito de funcionamiento (el proceso), preservar, en definitiva, todas las garantías fundamentales de las partes» (ver al respecto, y entre muchos otros, «Miranda Sosa»).

En dicho precedente, a su vez, se siguió el criterio jurisprudencial reiterado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, según el cual en materia de nulidades debe primar una pauta de interpretación restrictiva y sólo cabe pronunciarse por la anulación de las actuaciones cuando exista un **derecho o interés legítimo** lesionado, de modo que cause un perjuicio irreparable (CSJN, «Acosta», sentencia de fecha 04/05/2000).

En efecto, la afectación de un derecho o interés legítimo y la provocación de un perjuicio irreparable son razones ineludibles de la **procedencia de la nulidad** (Fallos 325:1404).

Aplicadas esas consideraciones al caso concreto, debe señalarse que la defensa se limita a señalar supuestas inobservancias de la ley ritual, pero **no pone de resalto el derecho afectado**, más allá de referir **genéricamente afectación del debido proceso y defensa en juicio**. Dicho en otras palabras, la defensa no **explica en qué modo la supuesta inobservancia de la ley ritual ha derivado en un perjuicio para el acusado.**

Ahora bien, independientemente de esa ausencia de explicación concreta del sentido de la nulidad, los **vicios formales aducidos no son tales**, en tanto, como afirmó el juez de la instancia previa, si bien la pericia se realizó el mismo día de ordenada y no se aguardó el cumplimiento del plazo de setenta y dos horas dispuesto, lo cierto es que la defensa en ese período, y hasta el cierre del debate –el 6 de agosto de 2021- **no ejerció la facultad de designar un perito de control**.

De tal manera, entiendo asiste razón al juzgador cuando sostuvo que «de haberse designado perito de control, y sin perjuicio de que el examen ya se hubiera realizado, ello habría dado lugar al tratamiento de un nuevo incidente para resolver esa cuestión, probablemente con la realización de un nuevo examen – de ser técnicamente posible-.

No obstante, la defensa **conoció la fecha de la realización del examen**, y en la última audiencia de debate –vencido el término para designar perito de control- en la etapa de alegatos (cuando la reproducción de la medida era imposible) planteó la nulidad del informe, debiendo concluirse entonces que la imposibilidad de reeditar el acto surge de la conducta procesal del la Defensa y no a la naturaleza en sí del examen».

De tal manera, concluyó que «si bien la buena práctica judicial hubiera requerido la postergación de la realización del examen hasta que venciera el plazo otorgado a la defensa para designar un perito de control, el **gravamen invocado no es concreto sino conjetural**, lo que impide **declarar la nulidad articulada**».

Valoración del caudal probatorio.

En segundo lugar, corresponde abordar los cuestionamientos vinculados con la valoración del caudal probatorio, particularmente en relación con la declaración testimonial de la denunciante D.J.U., que según afirma la defensa de M. T., resultó dubitativa para fundar la condena impuesta al acusado.

Tal como adelantara, entiendo que los agravios esgrimidos no pueden prosperar, toda vez que la prueba que la defensa entiende que ha sido omitida o indebidamente valorada, fue correctamente abarcada por los razonamientos expresados en la resolución.

De tal manera, el recurso aparece como un mero desacuerdo de la parte defensiva con la solución a la que arribó el tribunal de la instancia previa, que no logra desvirtuarla. En esta dirección entiendo que el juez de anterior instancia ha tenido por cierto los hechos atribuidos al acusado.

Para ello consideró **decisivo y concluyente la declaración testimonial de la víctima D.J.U. que narró que el día de los hechos iba camino a la Penitenciaría Provincial a ver al padre de su hija y se cruzó con dos sujetos** que estaban sentados en la puerta de un colegio a los que les pidió un cigarrillo y éstos la invitaron a consumir estupefacientes.

Narró que se dirigieron, en primer lugar, al domicilio de una supuesta tía de los agresores a buscar dinero y que luego fueron a comprar estupefacientes, luego de lo cual caminaron hacia un descampado ubicado en calle... de Las Heras.

Ya en ese lugar los sujetos le convidaron droga. En esas circunstancias D.J.U. narró que uno de ellos le tapó la boca y le puso un cuchillo en el cuello mientras le decía que iban a «coger». D.J.U. dijo que no quería y lloraba pero que no se resistió porque los sujetos tenían un cuchillo con el que le lesionaron el cuello.

Agregó que uno de los sujetos la quería matar, que F. J. T. era el que tenía el cuchillo y que A. M. T. le decía a aquél que se detuviera que no la matara. Finalmente, señaló que luego de ser accedida por ambos, éstos se dieron a la fuga y ella pudo dar aviso a la policía.

Esta declaración, cuestionada por la defensa del acusado, resultó a criterio del juzgador coherente, convincente y lógica y, a la vez, corroborada con elementos periféricos que no hacen más que reforzar los extremos fácticos del testimonio de la víctima. Así, por ejemplo, el examen toxicológico practicado por el CMF que indicó el hallazgo positivo de **cocaína**.

Ello, respaldó sus dichos al afirmar que los acusados le habían convidado esa sustancia. De igual manera, el examen físico realizado por el doctor Romero de la Sección Necropsias y Lesiones del CMF, practicado el mismo día del hecho, dio cuenta que la paciente presentaba equimosis en cara anterior de tórax de 4 cm, otra de 6 cm y de 4 cm en región claviclar izquierda, excoriación de 12 cm por 1 cm sobre región claviclar izquierda, paralela a la misma, dos equimosis horizontales de 5 cm paralelas entre sí con una distancia de 1.3 cm.

Detalló, además que, hacia la izquierda se observaba un puntillado equimótico en una superficie de 5 por 3 cm; equimosis de 4 por 2 cm sobre tercio externo de clavícula izquierda; y, equimosis de 6 por 4 cm en región media dorsal a la altura de la 9ª hasta la 11ª vertebra dorsal.

De esta manera, el informe referido, a criterio del juez, verificó el relato de D.J.U. cuando sostuvo que los sujetos emplearon un **cuchillo** con el que la obligaron a mantener relaciones sexuales y que por esa razón ella no se había resistido.

Frente a la contundencia de estos elementos, no resulta posible admitir la pretensión de la defensa vinculada con la falta de precisión en relación con la fecha en que sucedió el acceso sexual.

Si D.J.U. en la audiencia de debate dijo que el hecho había sucedido el 1 de enero, cuando la fecha de la denuncia data del 3 de enero de 2019, lo cierto es que se trata de una **discordancia que carece de la relevancia pretendida por la defensa**.

Ello, toda vez que el relato, como ya afirmé en párrafos que anteceden, apareció veraz, lógico y respaldado con prueba objetiva que confirma y corrobora aquella declaración.

En consecuencia, validada la valoración de la prueba llevada a cabo por el juez de la instancia previa, entiendo que corresponde rechazar la pretensión defensiva en su totalidad y confirmar la sentencia cuestionada.

De este modo, y en sentido coincidente con el señor Procurador General, entiendo corresponde contestar negativamente la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso de casación interpuesto. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO Coincido con la solución que propone mi colega de Sala, y entiendo en lo pertinente destacar que en casos como el presente es importante tener presente que la normativa nacional e internacional impone la incorporación de la perspectiva de género al momento de ponderar el plexo probatorio de autos y atribuir la calificación jurídica correspondiente a los hechos denunciados en casos en los que una mujer es víctima de violencia sexista, siendo la violencia sexual un claro ejemplo de ello.

En este sentido, una perspectiva integral en relación a los criterios de interpretación, establecidos en la ley 26.485 exhorta a los operadores judiciales a que al momento de tener por acreditado un hecho ocurrido en contexto de violencia de género, valoren todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes (“**Mejía Salvador**”) ASÍ VOTO

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Comparto las conclusiones a las que llega mi colega de Sala preopinante en cuanto a la improcedencia sustancial del recurso interpuesto.

Ahora bien, en relación a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género entiendo oportuno remitirme a lo que he referido en los precedentes «**Morales Quiroga**», «**Cruz Caporiccio**», «**Ojeda Pérez**», «**Vázquez Tumbarello**», «**Narváez Videla**», «**Brancello Urbón**», «**Vega**», «**Zurita**» y «**Montenegro Fisigaro**». ASÍ VOTO

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa oficial de A. J. M. T..
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

16- TAPIA FIGUEROA. 22-06-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG		NNA		PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=860>

Lex: Arts. 119, segundo párrafo CP. art. 416, inc. 4 y 155 del CPP

Vox: VG. NNA. A.S.I..Abuso sexual gravemente ultrajante. Nulidad.

Summa:

El **TPC** condenó al sindicado a la pena de **ocho años de prisión**, con accesorios legales y costas por resultar autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante.

La **defensa** interpone recurso de casación (art. 474, inc. 2 del CPP). Cuestiona la valoración probatoria, la fecha y lugar de los hechos, solicitando la nulidad de la sentencia.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación por unanimidad.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1.734, pronunciada por el TPC N° 2 -1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Dr. Adaro

I- Valoración probatoria en materia de violencia de género. **Perspectiva de género:**

- «Galdeano Reyes». 31-07-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=242>
- «González Pringles»
- «Concha, Jesús»
- «Ruiz Gutiérrez».18-02-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=8>
- «Alaniz Pineira» 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- «Garrido Olivares»
- «Paz Parra»
- «Vargas Riquelmes». 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=743>
- «Scifo Ruffini». 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=738>
- «Agüero Pérez».25-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=777>
- «González Sosa»

b-CIDH

«Castro Castro vs. Perú». Fondo, 25-05-06.

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf

Caso Rosendo Cantú vs. México. 31-08-10

https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339

Caso «Fernández Ortega y otro vs. México». 30-08-10.

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/fernandez_ortega/esap.pdf

Dr. Valerio:

I- Valoración probatoria en materia de violencia de género. **Perspectiva de género:**

- «Morales Quiroga»
- «Cruz Caporiccio». 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- «Merlo Lassa»17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- «Ojeda Pérez». 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- «Vázquez Tumbarello». 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- «Navarro Orta»
- «Kraus»
- «Castillo Orozco»
- «Aracena»
- «Valdatta»
- «Benavidez Porcel»
- «Montenegro Fisigaro»

Sobre este tópico menciona el **Dr. Valerio** los siguientes precedentes destacados en el fallo **Baina Madril**

- «Calderón Polo». 17-05-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=65>
- «Gómez Alcaraz». 12-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=252>
- «Ortíz Agüero». 16-04-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=637>
- «Narvárez Videla».23-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=269>
- «Brancello Urbón». 05-03-20.: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- «Vega» 04-06-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>

Dr. Palermo.

I- Valoración probatoria en materia de violencia de género. **Perspectiva de género:**

- «Di Cesare Morales»26-06-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- «Mejía Salvador». 10-09-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>
- «Zurita»11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>

Doctrina citada.

Long Saborio, S. (2009). Defensa de los Derechos Humanos de las Mujeres: Orientaciones metodológicas con perspectiva de género para litigantes.

SCJM. Dres.: **Adaro.**Valerio. Palermo.

Fallo.

CUIJ: 13-06749291-3/1((018602-78810)) F Y QUERELLANTE PARTICULAR C/ TAPIA FIGUEROA RODOLFO P/ ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE (ART. 119, PÁRRAFO 2° DEL CÓDIGO PENAL) (78810/18) (78810) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106006416*

En Mendoza, a los veintidós días del mes de junio del año dos mil veintidós reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-06749291-3/1 caratulada "F. C/ T. F., R. P/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO S/ CAS".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa oficial de R. T. F. interpone recurso de casación contra la sentencia N° 1.734, pronunciada por el Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial, que condenó a su asistido a la pena de ocho años de prisión, con accesorios legales y costas por resultar autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante (arts. 119, segundo párrafo del CP) en los autos P-78.810/18.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver: PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto? SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El juez de la instancia previa tuvo por acreditado los hechos contenidos en el requerimiento fiscal de citación a juicio de fs. 248/258 y vta., según los cuales «[...] en fecha y horarios no precisados, pero comprendid[o]s entre aproximadamente el 25 de Mayo de 2008 (fecha en que VDD cumplió 7 años de edad) y el mes de Julio de 2013 (en que la víctima tenía entre 11 y 12 años de edad) en el domicilio sito en calle ... Villanueva, Guaymallén; R. R. T., abusó sexualmente en reiteradas oportunidades y de manera sistemática a [V.D.D.].

En efecto, en una primera oportunidad durante el curso del año 2008, en circunstancias en que [V.D.D.] se encontraba durmiendo en una cama ubicada en el interior de un departamento del domicilio, R. R. T. comenzó a practicarle masajes en una de sus piernas, subiendo sus manos hasta tocar los glúteos de la víctima por sobre sus prendas y por debajo de estas, momento en que la niña despertó y comenzó a llorar, cesando el autor su accionar.

Con posterioridad, desde aquella primera oportunidad, y hasta que cumpliera los 11 o 12 años (mediados del año 2008) siempre que la niña concurría al domicilio en horas de la noche, aprovechando que los adultos que allí vivían se encontraban durmiendo, T. le quitaba las prendas a la niña y tocaba sus zonas íntimas (senos, glúteos y vagina) por para luego comenzar a pasar su **lengua** por la zona anal y vaginal de la menor y apoyar su pene por tales zonas, sin penetrarla, eyaculando en algunas oportunidades y **amenazándola** con que "si decía algo, podía pasarle algo a ella". Incluso en una ocasión, llegó a introducir un dedo en la vagina de la niña. Asimismo, en otra oportunidad, durante un verano mientras ambos se encontraban en una pileta situada en el interior del domicilio ut supra indicado, T. obligó a la niña a sentarse sobre él apoyándole su pene».

Para así decidir el juez valoró la declaración testimonial de la víctima V.D.D., de A. A., de E. A., de la Lic. V. G., de D. V., Lic. A. R., Lic. S. M.e, Lic. S. M. M., de K. T. y de D. D., entre los elementos probatorios más relevantes.

2.- Recurso de casación

El recurso de casación se interpone al amparo del art. 474, inc. 2 del CPP.

Esto por considerar que la sentencia adolece de vicios lógicos que importan la violación del principio de razón suficiente. Así, la defensa considera que corresponde declarar la nulidad absoluta de la sentencia por inobservancia de las reglas de la sana crítica racional con respecto a los elementos probatorios de valor decisivo, conforme lo dispuesto por el art. 416, inc. 4 y 155 del CPP.

Expresa que el relato de V.D.D. presenta una serie de contradicciones en especial, cuando señala las fechas en las que habrían ocurrido tales situaciones.

De igual manera, la defensora oficial expresa que no resulta creíble que las personas adultas que pernoctaban en la vivienda, donde lo hacía la víctima, no hayan presenciado o escuchado los hechos relatados por V.D.D..

Considera que el juez intenta, sin lograrlo, suplir las contradicciones del relato de V.D.D. con las declaraciones de las profesionales del EDEAAS, de lo que infiere que no existen corroboraciones periféricas que sostengan independientemente el relato de la víctima.

En otras palabras, sostiene que el juzgador llega a la certeza en función de apreciaciones subjetivas y que la denuncia formulada carece de sustento como para validar una sentencia condenatoria. Formula reserva de caso federal.

3.- Dictamen del Procurador General

A fs. 5/6, el señor Procurador contesta la vista de ley y aconseja el rechazo del remedio intentado toda vez que la sentencia atacada no adolece de los vicios que alega la recurrente.

En ese sentido, considera que el juzgador no advirtió las contradicciones señaladas por la defensa y consideró que el relato es claro en su análisis integral.

A la vez, considera que la Lic. A. R., quién llevó a cabo el examen psíquico de la víctima, junto a la Lic. M. F. y con la intervención parcial del perito de control, Lic. J. I. F.. Ello, sumado al informe del EDEAAS, agregado como prueba instrumental.

4.- La solución

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar. Paso a explicarlo.

De manera inicial entiendo que la motivación de la sentencia es suficiente para su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, no adoleciendo de falencias que impliquen su anulación.

Ello, a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido que tales defectos, para conllevar tal extrema solución, **deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos** (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros); lo que en la especie no ocurre.

Sector vulnerable de la población. Doble condición de vulnerabilidad

a.- Preliminarmente, y advirtiéndose que la víctima en autos pertenece a un **sector vulnerable de la población**, debo señalar que en lo relativo a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género y, en particular, cuando la víctima presenta una doble condición de vulnerabilidad, por su género y por la franja etaria a la que pertenece me remito, en lo

pertinente, a lo que ya he referido en numerosos pronunciamientos (ver «Galdeano Reyes», «González Pringles», «Concha, Jesús», «Ruiz Gutiérrez», «Alaniz Pineira» «Garrido Olivares», «Paz Parra», y más recientemente, «Vargas Riquelmes», «González Sosa», «Scifo Ruffini» y «Agüero Pérez», entre otros).

Al respecto, debe considerarse que el análisis del plexo probatorio reunido debe realizarse teniendo en cuenta los diversos instrumentos internacionales vigentes en la materia, particularmente la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, “Belem Do Pará”, y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer “CEDAW”-; como también, entre otras, las normas contenidas en la Ley N° 26.485 destinada a la protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres. En este sentido, la tarea de revisión sobre la valoración de la prueba no puede prescindir de otorgar singular relevancia al testimonio de la mujer.

En esta perspectiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido jurisprudencialmente que la declaración de las víctimas en casos de violencia, constituye un elemento probatorio fundamental en esta especie de procesos (v. Corte IDH, caso “Fernández Ortega y otros Vs. México”, sentencia de 30 de agosto de 2010, serie “C” N° 215 y caso “Rosendo Cantú y otra Vs. México”, sentencia de 31 de agosto de 2010, serie C No. 216, cf. párr. 100 y 89 respectivamente).

Por otro lado, me interesa destacar que de acuerdo a los estándares internacionales y regionales, la víctima de autos **es titular de una doble protección jurídica: por ser mujer y niña.**

Se trata entonces de una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa, por cuanto cada una de dichas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal a fin de prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto; y de los operadores del Derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución justa en cada caso (ver, «Concha, Jesús y ota.»).

Expresamente en aquella oportunidad referí que «[...]a fin de tener en el caso sub examine una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales:

- i) **la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal** que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y
- ii) los **patrones de discriminación estructural** que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17”).

En este sentido, es oportuno recordar que el marco normativo vigente en el ámbito internacional, regional y nacional reconoce que la violencia contra mujeres constituye una violación de los derechos humanos.

De ahí que los derechos humanos de las mujeres se imponen como un nuevo paradigma social cuestionador del fundamento androcéntrico del derecho, para garantizar una protección integral a cuya aplicación directa están obligados los tribunales de justicia (Long Saborio, S. (2009). Defensa de los Derechos Humanos de las Mujeres: Orientaciones metodológicas con perspectiva de género para litigantes).

Reedición de lo expuesto en el debate

b.- Formuladas las apreciaciones que anteceden, entiendo que corresponde rechazar el recurso casatorio, no sólo porque el planteamiento formulado **implica una reedición de lo que ya ha sido expuesto en el debate y, obtuvo tratamiento por parte del juzgador**, con consideraciones que comparto sino que además, la crítica se sustenta exclusivamente en apreciaciones aisladas que carecen de sustento en las constancias del legajo tales como la pretensión de **falta de credibilidad del relato de la víctima**, en tal

sentido expresa que el mismo no tiene coherencia y de modo categórico que no puede tenerse por cierto su relato en tanto no se acreditaron según su postura defensiva los extremos de la imputación delictiva, principalmente en relación a las fechas en que habrían ocurrido o comenzado a ocurrir los abusos.

En ese contexto, no puedo excluir del análisis el hecho de que nos encontramos ante un tipo delictivo que atenta contra la integridad sexual que en la mayoría de los casos, como en el de autos, **se cometen en la clandestinidad**, lo que de por sí justifica el valor central que en su acreditación o desestimación tengan los testimonios brindados por quienes aparecen como víctimas, atento que éstos suelen ser los únicos elementos de prueba, imponiéndose, en consecuencia, la imposibilidad de exigir pluralidad de pruebas en referencia directa al hecho ilícito.

Como es lógico, en la valoración de la totalidad del plexo, acierta el tribunal al reconocer el rol de prueba central a la declaración de la víctima, para luego, contraste mediante, atribuirles valor probatorio suficiente a los fines de enervar la presunción de inocencia del imputado, por la credibilidad de los mismos, comprobada a lo largo de todo el proceso; lo que no puede sino persuadirme a afirmar la incolumidad del razonamiento reflejado en el fallo cuestionado, por cuanto a la luz de los cuestionamientos esbozados por el recurrente, no se advierten en esta etapa razones de peso como para justificar una solución diversa.

En efecto, a criterio del juzgador, **el relato de V.D.D. no presentó contradicciones** sino que las circunstancias narradas relativas a las situaciones vivenciadas han sido debidamente corroboradas con elementos periféricos que han permitido ver al testimonio de la víctima como **un relato coherente y lógico**, a partir de la claridad de su tenor y su correspondencia con distintos datos que integraron su declaración, lo que contribuyó a aumentar el grado de credibilidad del mismo.

En efecto, la menor sostuvo que los abusos comenzaron cuando ella tenía 7 años aproximadamente, que una vez sucedido el primer episodio de abuso, ella le comentó a su padre pero que este no le creyó y por esa misma razón guardó silencio y no lo habló hasta mucho tiempo después. La víctima refiere que estas situaciones de abuso ocurrieron muchas veces desde que tenía 7 u 8 años hasta los 13 años de edad. La menor contó que luego del divorcio de sus padres, su papá D. D., se mudó a la casa de su nueva pareja, K. T., que por la noche su padre se iba a dormir con su esposa a la habitación que estaba afuera y ella se quedaba en el departamento y dormía en un futon en el comedor y, en ese contexto el acusado le hizo masajes que no le gustaron, que no entendía que sucedía, que ella le comentó a su padre pero que éste no le dio trascendencia. Fue clara al relatar que los tocamientos comenzaron cuando tenía siete u ocho años, que lo recordaba porque fue al tiempo en que sus padres se separaron.

Que los actos abusivos se fueron incrementando, que no la penetró nunca, que le decía que le podía ocurrir algo a su madre, que le introducía los dedos y le practicaba sexo oral, le pasaba la lengua por la vagina y el ano que le succionaba los pechos.

Esta declaración ha sido relevante para el juzgador porque no aparece de manera solitaria o aislada, sino que a través de una valoración razonada y contextualizada con los informes psicológicos agregados en autos y las explicaciones efectuadas en el juicio por los profesionales a cargo de su realización, aportaron precisiones objetivas y claras en relación con el relato de la menor.

Así las circunstancias narradas por la víctima, aportaron datos adicionales los que se encuentran debidamente corroborados, entre otros elementos probatorios con el informe psíquico realizado a V.D.D. practicado por la Lic. A. R., conjuntamente con la Lic M. F. y con la intervención parcial del perito de parte Lic. J. I. F..

En ese orden, la **credibilidad subjetiva del relato fue afirmada por las profesionales** prementadas quienes sostuvieron que la menor **no presentaba indicadores compatibles con fabulación o creación de historias**, no existieron signos de manipulación ganancial de la información. Su relato no se encontró contaminado por influencias externas y reunió criterios de credibilidad y aportó detalles de contexto y de situación.

Por otro lado, coincidieron en afirmar que V.D.D circunscribió los hechos entre los 7 y los 13 años aproximadamente e identificó los espacios en los que habían tenido lugar los abusos. Este informe constató que efectivamente la víctima le contó al padre de los sucesos y que éste los desestimó.

Asimismo, el informe indicó la existencia de **indicadores inespecíficos** tales como afectación del estado de ánimo de la menor, resultando éste inestable, con presencia de momentos de angustia y llanto, irritabilidad y tendencia al aislamiento.

Indicaron a la vez dificultades en V.D.D en las relaciones vinculares principalmente con sujetos del sexo opuesto, resultando cualquier contacto físico por parte de alguno de ellos, vivenciado con franca incomodidad y malestar. V presentó también ataques de pánico y erupciones en la sensibilidad vinculado a sensación de encontrarse sobrepasada, como así también **ideas suicidas**.

Otro elemento de peso que sustentó el relato de V.D.D, fue el testimonio de D. J. V., ex pareja de la progenitora de V.D.D, en tanto sostuvo que la menor le contó de los abusos por parte del padre de la novia de su padre, que se la veía muy angustiada y con ataques de pánico y E. A. A., tía de la víctima confirmó que V estaba muy temerosa y angustiada y que le pidió que no le contara nada a nadie.

Resultó relevante el distanciamiento de V, con su padre y fundamentalmente la suspensión de las visitas al domicilio de T..

Estos extremos fueron reconocidos por el progenitor de V, D. D. cuando señaló que a partir del 2015 y luego de unas vacaciones V empezó a discontinuar las visitas sin un motivo aparente, o como lo mencionó “dando excusas como el estudio o enfermedades”.

En cuanto al desempeño de los profesionales de la salud que trataron a la menor y no advirtieron con anterioridad a la exteriorización de los hechos, síntomas o indicios de abuso sexual, el juez de anterior instancia abordó de manera expresa la cuestión planteada por la defensa, al afirmar que si bien el informe psíquico es un **contra indicio** en relación a los hechos investigados, no resultaba suficiente para descartarlos o generar la duda al momento del dictado de la sentencia.

Dicho cuanto precede, entiendo que la defensa de T. F. recurre a una conocida estrategia que consiste en separar y reforzar un elemento que, de manera aislada puede beneficiar a su asistido, más dicha conclusión no se mantiene en caso de efectuar **un análisis conglobado y contextual** que en casos como el presente debe ser realizado, conforme lo expuse en párrafos que anteceden.

Por tales razones y opinión concordante del Sr. Procurador General, doy respuesta negativa a la primera cuestión propuesta en el acuerdo que lidero. ASI VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, EL DR. JOSÉ V. VALERIO dijo: Coincido con la solución que brinda mi colega de Sala a la primera cuestión propuesta al acuerdo.

En relación a la cuestión vinculada a la perspectiva de género en el ámbito de valoración de los elementos de prueba, entiendo oportuno remitirme, en lo que resulta aplicable al presente, al desarrollo realizado en los precedentes «**Cruz Caporiccio**», «**Merlo Lassa**», «**Quiroga Morales**»; «**Ojeda Pérez**», «**Vázquez Tumbarello**», «**Navarro Orta**»; «**Kraus**»; «**Castillo Orozco**»; «**Aracena**»; «**Valdatta**», «**Benavidez Porcel**» y «**Montenegro Fisigaro**» entre otros. ASI VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO, dijo: Adhiero a la solución que brinda mi colega de Sala a la primera cuestión propuesta en el acuerdo. Respecto de los lineamientos que deben ser observados al momento de valorar los elementos de prueba con perspectiva de género, entiendo oportuno remitirme, en lo que resulta aplicable al presente, al desarrollo realizado en los precedentes **«Zurita», «Mejía Salvador» y «Di Césare»**, entre otros. ASI VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASI VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO, adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de R. T. F..
- 2.-Tener presente la reserva federal formulada.
- 3.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

17- ESPINA AMAYA. 09-08-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	Conv.	NNA	-	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=882>

Lex: Art. 119 3° párrafo en función con el 4° párrafo, ap. f); 119, 5° párrafo en función con el 4° párrafo, letra f) y del CP. Ley 26485. Convención de Belém Do Pará. CEDAW. Reglas de Brasilia.

Vox: VG. NNA. A.S.I..Abuso sexual con acceso carnal. Convivencia. Víctima menor. Absolución parcial. Principio de congruencia. Ausencia de evidencias físicas. Grupo de confianza.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **ocho años y seis meses de prisión**, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por ser cometido contra un menor de 18 años de edad, aprovechando la situación de convivencia preexistente (un hecho). La niña víctima es menor de doce años de edad.

Asimismo, lo absolvió por el beneficio de la duda de los delitos de abuso sexual con acceso carnal agravado por ser cometido contra un menor de 18 años de edad, aprovechando la situación de convivencia preexistente (cuatro hechos) y abuso sexual simple agravado por ser cometido contra un menor de dieciocho años de edad, aprovechando la situación de convivencia preexistente.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 2 CPP). Esgrime que: a) la resolución ha afectando el principio de congruencia y vulnerando el derecho constitucional de defensa en juicio y del debido proceso. b) la presencia de un déficit de fundamentación en la sentencia derivado de la omisión de valoración de prueba.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. Considera que no se ha vulnerado el principio de congruencia porque las circunstancias fácticas no han sido desconocidas por la defensa durante el proceso.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n°2470 pronunciada por el TPC N° 1-3° CJ.

Precedentes citados:

a-SCJM

- ver al respecto, «**Teves Lucero**», «**Italiani**», «**Cruz Caporiccio**», «**Merlo Lassa**»; «**Ojeda Pérez**», «**Vázquez Tumbarello**», «**Brancello**», «**Ortega Ragonesi**», «**Biscontín Tobares**», «**Zurita**», «**Gómez Ayala**» entre muchos otros
- «**Di Cesare Morales**», «**Mejía Salvador**» y «**Narvéez Videla**»

Precedentes relacionados:

- Ver Agüero Pérez. 25-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=777>

SCJM. Dres.: **Valerio**. Palermo. Adaro (Liciencia).

Fallo.

CUIJ: 13-06791837-6/1((038601-67674)) F. Y Q.P. C/ ESPINA AMAYA, LUCAS ELIAN P/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO (67674/20) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106046217*

En Mendoza, a los nueve días del mes de agosto del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 06791837-6/1 caratulada “F. C/E. A., L. E. P/ABUSO SEXUAL AGRAVADO S/CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO, y tercero el DR. MARIO D. ADARO.

La defensa del acusado plantea recurso extraordinario de casación contra la sentencia n° 2.470 pronunciada por el Tribunal Penal Colegiado n° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial, y sus fundamentos vertidos en forma oral, por cuanto condenó a L. E. E. A. a la pena de ocho años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por ser cometido contra un menor de 18 años de edad, aprovechando la situación de convivencia preexistente (un hecho).

Asimismo, lo absolvió por el beneficio de la duda de los delitos de abuso sexual con acceso carnal agravado por ser cometido contra un menor de 18 años de edad, aprovechando la situación de convivencia preexistente (cuatro hechos) y abuso sexual simple agravado por ser cometido contra un menor de dieciocho años de edad, aprovechando la situación de convivencia preexistente (art. 119 tercer párrafo en función con el cuarto párrafo, apartado f); 119, 5° párrafo en función con el 4° párrafo, letra f) y del Código Penal y arts. 414/415 y ss., 2, 557, 558 del Código Procesal Penal), en el marco de los autos n° P-67.674/20.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La sentencia recurrida

La sentencia impugnada –en lo que resulta pertinente para la solución del caso– condenó al acusado por considerar que la totalidad de las pruebas producidas e incorporadas a la causa permitían acreditar, con certeza, que durante el mes de agosto del año 2.020 y hasta el día diez de setiembre del mismo año aproximadamente, en horas no precisadas, L. E. E. A., quien convivía con L.V.O. –menor de doce años de edad– en el domicilio situado en el Barrio... del departamento de San Martín, Mendoza, conociendo su edad, abusó sexualmente de ella, al menos, una ocasión.

En esa oportunidad le introdujo su pene en la vagina, provocándole un desgarro vaginal que fue constatado por personal del Cuerpo Médico Forense (v. aud. del día 15/10/21, a partir del min. 00:03:01). Para así decidir, la jueza interviniente valoró principalmente **el relato de la víctima prestado en Cámara Gesell**, alguno de cuyos términos juzgó creíbles a través de la corroboración periférica obtenida mediante otros elementos probatorios.

En particular, la pieza cuestionada repara en los testimonios recogidos durante el debate de M. A. G., E. M. R. O. y G. R. D. O. G., y en diversos instrumentos de prueba, entre los que se destacan la copia del

certificado de nacimiento de la menor de fs. 26/27, el desgrabado de la Cámara Gesell de fs. 101/111, el informe del examen físico de fs. 128 y el acta de inspección ocular y croquis ilustrativo del lugar del hecho de fs. 227/228.

2.- Recurso de casación de la defensa

La defensa del acusado formula recurso de casación contra la sentencia arriba reseñada a tenor de lo previsto en el inc. 2 del art. 474 del CPP, esto es, por entender que la decisión criticada adolece de vicios in procedendo que la descalifican como acto jurisdiccional válido.

Sostiene que la sentencia se encuentra viciada de falta de motivación por omisión arbitraria de valoración de elementos probatorios esenciales existentes en la causa que, de haber sido debidamente considerados, habría variado indudablemente el resultado condenatorio de la resolución atacada.

Refiere que fue la propia niña la que dijo en Cámara Gesell que el acusado había abusado sexualmente de ella en fecha **13 de septiembre del año 2.021**, lo que –a su modo de ver– impediría asignarle responsabilidad penal a E. A. dado que, conforme surge del acta de aprehensión, en esa fecha **se encontraba detenido**.

Desde allí interpreta que la relación sexual endilgada no habría ocurrido con E. A. Agrega que la sentencia se ha dictado afectando el **principio de congruencia y vulnerando el derecho constitucional de defensa en juicio y del debido proceso**, desde que **se advierte una alteración sustancial entre la plataforma fáctica que conformó la acusación del Ministerio Público Fiscal** y aquella que originalmente se le habría dado a conocer al acusado en el requerimiento, y sobre la cual se habría basado su defensa.

Por ello, la pieza atacada adolece de una nulidad absoluta e insalvable. Finalmente, expresa que la decisión atacada se encuentra viciada de falta de motivación toda vez que, en la misma, al consignar por escrito las razones que justifican el juicio lógico que ella contienen, se advierte que se ha incurrido en una insalvable y esencial contradicción.

En función de ello, solicita que este Cuerpo declare la nulidad de la sentencia en crisis, y disponga la absolución del acusado. Formula expresa reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Fiscal Adjunto en lo Penal

En oportunidad de contestar la vista que del recurso se le confirió, el representante del Ministerio Público Fiscal afirma que el recurso de casación promovido por la defensa del acusado E. A. debe ser sustancialmente rechazado (fs. 6/7 vta.).

Señala que los distintos elementos de prueba acreditan de manera indubitable que el abuso sexual investigado existió, y que el autor del mismo fue el acusado. Considera que **no se ha vulnerado el principio de congruencia porque las circunstancias fácticas no han sido desconocidas por la defensa durante el proceso**.

Refiere que, independientemente de no haber existido violencia, no existió consentimiento válido, lo que está dentro del marco de la teoría del caso planteada por la defensa durante la instrucción.

Con lo cual, el pedido del fiscal no fue sorpresivo, porque para el tipo penal endilgado no existe consentimiento si la víctima tiene menos de trece años y en el caso analizado la niña tenía doce al momento del hecho.

Finalmente, estima que la certeza sobre las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrió el hecho han resultado debidamente acreditadas en autos, no solamente con los testimonios rendidos, sino también con el examen médico realizado a la víctima.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puestos en consideración los motivos de agravio invocados por la defensa del acusado, adelanto mi posición en el sentido que corresponde rechazar el recurso articulado. Ello, por las razones que serán detalladas a continuación.

A resumidas cuentas, el escrito defensivo se apoya en dos motivos: a) la vulneración del principio de congruencia; y b) la presencia de un déficit de fundamentación en la sentencia derivado de la omisión de valoración de prueba. En lo que sigue se abordarán ambos cuestionamientos.

a.- Sobre la alegada violación al principio de congruencia

En relación con este punto, el recurrente pone de resalto que la sentencia condenatoria recurrida habría sido formulada con sustento en la afectación del principio de congruencia y vulneración del derecho constitucional de defensa en juicio y debido proceso, al advertir una alteración sustancial entre la plataforma fáctica que conformó la acusación fiscal y aquella que originalmente se le intimó al acusado a través del requerimiento de citación a juicio, y sobre la cual basó su defensa.

Ello, a su entender, provoca que la sentencia recurrida sea nula, de nulidad absoluta e insalvable. Considero que no asiste razón en el planteo.

En efecto, observo que la defensa no indica en esta instancia recursiva **cuál habría sido la concreta variación de la base fáctica endilgada al acusado ocurrida en el marco de la sustanciación del juicio oral que, desde su perspectiva, significó una afectación del principio de congruencia**, con la consiguiente vulneración de las garantías del debido proceso y la defensa en juicio.

En otras palabras, la defensa no señala ni argumenta en qué medida el ejercicio de la defensa del acusado resultó perjudicado.

Sin perjuicio de la deficiencia advertida en la técnica defensiva, lo cierto es que este planteo constituye una reedición del mismo cuestionamiento que oportunamente realizara esa parte en sus alegatos de clausura del juicio oral, y que fuera debidamente abordado y rechazado por el tribunal de la instancia anterior en los fundamentos del fallo, sin que el recurrente aporte en esta instancia algún argumento dirimente que desvirtúe ese razonamiento judicial contrario a sus intereses.

Me explico en lo que sigue.

Así, al momento de fundar la decisión aquí controvertida, la jueza de la instancia anterior entendió que **no se había vulnerado el principio de congruencia porque, en su interpretación, todas las circunstancias fácticas que conformaron los hechos de la acusación fiscal, concretada por el representante del Ministerio Público Fiscal en sus alegatos de clausura del debate oral, han sido conocidas por la defensa durante todo el proceso en general y, en particular, durante el desarrollo del juicio.**

Ello, no permitía detectar la presencia de circunstancias técnico-legales de la acusación que pudieran haber sido marginadas del conocimiento defensivo, con la potencialidad de impedirle tanto al defensor técnico como al propio acusado, ejercer debidamente el derecho de defensa en juicio, por representarles un elemento sorpresa al que no pudieron resistirse (ver fundamentos, audiencia del día 15/10/21 de las 16:34 hs., a partir de min. 00:10:12/00:15:49).

En esa línea, destacó que independientemente de haber existido violencia y/o amenazas como medios comisivos para perpetrar el delito, **la imposibilidad legal que la víctima pudiera prestar un consentimiento válido para el acometimiento sexual cuya comisión se le enrostró al acusado**, dada su menor edad –doce años al momento del hecho– fue una circunstancia ampliamente conocida por el acusado y su defensa que, incluso, motivó la articulación de una estrategia defensiva coherente con ello.

Según sus consideraciones, ello surgiría demostrado cuando el defensor de E. A. dedujo un recurso de apelación contra la resolución adoptada durante la investigación penal preparatoria que, en particular, **denegó su pedido de que se realice una ampliación del examen psicológico a la víctima, pretendiendo con ello demostrar –según sus propios argumentos– que el acto de contenido sexual en cuestión había sido consentido por la niña**, además del posible conocimiento del acusado de la edad de la misma.

Comparto ese razonamiento, desde que la articulación de esa vía recursiva –al igual que lo entendió la jueza de sentencia– revela indudablemente que la defensa no sólo estaba anoticiada de ese aspecto fáctico del hecho del proceso –**edad de la víctima y su efecto negativo sobre la validez legal de su consentimiento para la práctica sexual**–, sino que, además, se ocupó de ofrecer prueba para contradecirlo.

Con lo cual, no puede alegarse ahora una modificación sustancial y sorpresiva de la plataforma fáctica en perjuicio del derecho de defensa del acusado cuando existen en autos manifestaciones concretas y precisas que demuestran un conocimiento cabal y completo de la misma.

De tal manera, no se advierte ni de parte del órgano acusador, ni tampoco del tribunal de juicio, una conducta que atente contra el principio de congruencia, ya que de ningún modo ha resultado afectado el derecho de defensa en juicio del acusado.

La acusación fiscal no evidencia un cambio significativo y sorpresivo que haya distorsionado, por su carácter y oportunidad, la naturaleza y el contenido de la imputación, pues la defensa ha podido prever – y de hecho lo hizo– que tenía que argumentar sobre este puntual y preciso aspecto de la misma.

Resulta relevante mencionar, además de lo apuntado precedentemente, la plataforma fáctica contenida en el requerimiento de citación a juicio, cuya lectura inició al juicio oral en los presentes autos, describe, en el acápite destinado al hecho investigado, que los mismos **constituyeron un atentado contra la libertad sexual de una menor de doce años de edad** (ver audiencia del día 23/09/21 de las 12:47 hs., del min. 00:04:20 al min. 00:05:33).

Sobre esta circunstancia el representante del Ministerio Público Fiscal hizo especial hincapié al momento de formular sus **alegatos de clausura del debate oral**, oportunidad en la cual, si bien descartó la existencia de amenazas verbales o maniobras de parte del acusado que revelen el ejercicio de actos violentos para vencer la voluntad de la menor, concentró su acusación en que el acusado se aprovechó de la inmadurez sexual de una niña de doce años de edad quien, por ello, **carecía de capacidad para autorizar de manera libre o consiente la ejecución de la conducta sexual sobre su cuerpo** (ver alegatos de clausura, audiencia del día 15/10/21 de las 12:39 hs., a partir del min. 00:59.19).

Lo analizado torna improcedente el cuestionamiento defensivo y conduce a su rechazo en esta instancia, pues el hecho por el cual fue condenado el acusado se encuentra comprendido en el descrito en la acusación.

De este modo, el imputado y su defensor tuvieron efectivamente la oportunidad de contrarrestar la acusación fiscal en todos sus extremos, asegurándose así las garantías que hacen al debido proceso legal, particularmente en cuanto tiene que ver con el derecho de defensa en juicio.

b.- Consideraciones sobre la motivación de la sentencia impugnada en función de la valoración probatoria

En relación con este punto de agravio, el defensor del acusado argumenta que la fundamentación de la sentencia es arbitraria por fundar la determinación de la autoría y responsabilidad de su defendido en una errónea valoración probatoria.

Radica ese vicio en la omisión arbitraria de valoración de prueba que estima fundamental para demostrar que la relación sexual mencionada por la víctima en Cámara Gesell no habría ocurrido con E. A..

En esa línea de razonamiento, considera relevante que la víctima señaló en que los abusos se habrían producido a partir del 13 de septiembre del año 2.020, lo que impediría atribuírselos al acusado dado que desde el día 12 de septiembre del mismo año se encontraba aprehendido, conforme surge del acta de aprehensión.

A partir de ello, considera que esa circunstancia impedía determinar que E. A. fue **el autor del único acto sexual que fuera relatado con precisión por la menor.**

No obstante, considero que este agravio tampoco puede ser atendido pues, a mi modo de ver, el tribunal de la instancia anterior valoró adecuadamente la totalidad del material probatorio reunido en autos –el que se aprecia sólido y contundente para acreditar ambos extremos de la imputación delictiva–, en estricto cumplimiento de las reglas que impone el sistema de la sana crítica, sin que se observen los vicios o irregularidades que denuncia la defensa.

Con ello, la discrepancia bajo análisis pierde entidad, luciendo más bien como una maniobra con fines gananciales, que debe descartarse en esta instancia de revisión.

En cuanto resulta pertinente para dar respuesta a la crítica casatoria, debo señalar que mediante la reproducción del soporte audiovisual en el que obran los fundamentos orales del fallo, la jueza de la instancia anterior consideró que, dentro del elenco de múltiples comportamientos que la fiscalía y la querrela le endilgaron al acusado, sólo alcanzó el grado de certeza probatoria requerida para el dictado de un fallo de condena respecto de un único acto de contenido sexual.

Razón por la cual juzgó demostrado que el acusado efectivamente abusó sexualmente de la víctima mediante la introducción de su pene en su vagina, conducta que le causó a la menor un desgarro en la zona vulvar que fue constatado a través del informe del examen médico que le fuera practicado por profesionales del Cuerpo Médico Forense (fs. 128 y vta.) –incorporado al debate como prueba instrumental– (ver fundamentos, audiencia del día 15/10/21 de las 16:34 hs., a partir de min. 00:17:20 al min. 00:18:40).

En cuanto al contexto fáctico en el que se produjo ese comportamiento, particularmente en orden a las circunstancias temporales de su acaecimiento, la sentenciante consideró que si en el informe médico forense aludido se constató que la víctima presentaba una lesión vaginal «de antigua data», lo que significaba «el tiempo prudencial de cicatrización de una herida leve, como es el desgarro vaginal», esa circunstancia permitía ubicar la ocurrencia del acto sexual «en días u horas antes del develamiento» (min., 00:20:30/00:20:50).

Ahora bien, las destinatarias del develamiento del hecho, me estoy refiriendo tanto a la madre de la menor –y denunciante de autos–, M. A. G., como a su hermana –y esposa del acusado– E. M. R. O., han sido contestes y coincidentes durante todo el proceso cuando señalaron que la víctima les contó lo sucedido con el acusado el día 12 de septiembre del año 2.020 (v. al respecto, acta de denuncia de fs. 7/9 y acta de declaración testimonial de fs. 15/16, ambas incorporadas como prueba instrumental al debate, conf. aud. del día 15/10/21, min. 00:50:21; v. declaración de la denunciante en debate, aud. del día 23/09/21 de las 12:47, min. 00:16:31).

De tal manera, que E. A. fuera aprehendido durante el trascurso de esa misma jornada no desacredita el razonamiento de la jueza de sentencia en cuanto a la determinación de las circunstancias de tiempo en que se perpetró el abuso sexual comprobado –en los términos referidos en el párrafo anterior–.

Por lo tanto, estimo que la crítica defensiva carece de sustento en las constancias de la causa, puesto que no existe ningún aspecto de los fundamentos del fallo bajo análisis que compruebe la alegada omisión de valoración de prueba relevante, esto es, con capacidad de suministrar información que permita sustentar

una hipótesis alternativa y posible que desincrimine al acusado –como lo señala el recurrente–. Pero además de ello, la responsabilidad del acusado como autor material del hecho juzgado, en las circunstancias temporales definidas en la acusación, y precisadas en la sentencia, encuentra en la propia declaración de la menor un punto de comprobación que debe ser destacado.

Así, del **desgrabado de la declaración en Cámara Gesell no surge que la víctima dijese, como lo señala la defensa, que los hechos ocurrieron a partir del día 13 de septiembre del año 2.020.**

Además, se evidencia que dentro de ese espacio de confianza que supone el especial procedimiento que se articula para la recepción de declaraciones de víctimas menores de edad de abusos sexuales, al ser consultada la niña acerca del momento en que aquel acto sexual que identificó como el que le produjo un sentimiento de dolor en su vagina, derivado de la introducción del pene por parte del acusado –único hecho tenido por cierto y probado en la sentencia, y que motivó la condena aquí resistida–, señaló que había ocurrido «hac[ía] dos semanas», en relación al momento de su declaración (v. fs. 101/111).

Así, si ese acto procesal tuvo lugar en fecha 29 de septiembre del año 2.020, la referencia que hizo la niña demuestra –también– el acierto de la sentenciante en el análisis del punto cuestionado por la defensa.

Pues esa referencia temporal señalada por la menor, debidamente ponderada desde la perspectiva de la persona declarante –una niña que presta testimonio de la ocurrencia un hecho traumático de alto contenido sexual, protagonizado por una persona de su núcleo de confianza–, nos ubica dentro del espacio temporal mencionado en la sentencia impugnada, el que resulta concordante con la hipótesis fáctica contenida en la pieza acusatoria.

Al respecto, no puede desconocerse que si bien el análisis de los casos de delitos sexuales se centra –generalmente– en la credibilidad de la/s víctima/s, **cuando se trata de abuso sexual infantil (ASI), la condición de vulnerabilidad por la menor edad de la víctima impone –entre otros– el deber de considerar particularmente tal circunstancia.**

De manera tal que, según entiendo, los términos o expresiones a través de las cuales describen los hechos padecidos, no sólo reclaman su recepción con mecanismos específicos –Cámara Gesell– sino, además, que su valoración no lo sea con un control de logicidad de la misma estrictez que aquellos empleados por una víctima un mayor de edad.

En este sentido corresponde tener presente los lineamientos que este Tribunal ha realizado sobre hechos como el aquí analizado, donde la víctima resulta ser además de mujer, una niña. Ello impone un análisis contextualizado, con la debida perspectiva de género, de los elementos de prueba obrantes la causa, tal se ha señalado en diversos precedentes sobre la cuestión (ver al respecto, «**Teves Lucero**», «**Italiani**», «**Cruz Caporiccio**», «**Merlo Lassa**»; «**Ojeda Pérez**», «**Vázquez Tumbarello**», «**Brancello**», «**Ortega Ragonesi**», «**Biscontín Tobares**», «**Zurita**», «**Gómez Ayala**» entre muchos otros), a los que me remito en lo pertinente.

Sin perjuicio de la remisión efectuada, considero oportuno traer aquí a consideración que, cuando hablamos de delitos sexuales, su característica habitual es que se consumen con clandestinidad, lo cual excluye la existencia de testigos presenciales o de otras pruebas directas del abuso denunciado.

Ello pues, se trata de hechos que generalmente se producen en ámbitos de absoluta intimidad, al margen del conocimiento o intervención de terceras personas, en los que, además, **puede suceder que tampoco resulten evidencias físicas** que sirvan para acreditar la existencia material de los mismos, tales como lesiones o rastros de material genético.

Por tal motivo, el testimonio de la/s víctima/s adquiere un valor fundamental como prueba en el proceso. Estos elementos son especialmente relevantes en todos los casos de delitos contra la integridad sexual,

pero asumen una singular particularidad cuando se trata de ilícitos infligidos contra menores de edad, pues con ellos se **transgreden los límites íntimos y personales del niño, niña o adolescente.**

Suponen la imposición de comportamientos de contenido sexual por parte de una persona hacia la víctima, en un contexto de desigualdad o asimetría de poder que puede derivar de la diferencia de edad, roles, fuerza física y/o de la capacidad de manipulación psicológica del autor de modo que el niño, niña o adolescente son colocados en una situación de vulnerabilidad y dependencia.

Para ello, el autor puede basarse en el empleo de **violencia física, amenazas, abuso de confianza**, entre otras, que, en todo caso, provocan una vulneración grave de sus derechos.

Por otro lado, cuando los niños, niñas o adolescentes son abusados sexualmente en contextos familiares, su estado de vulnerabilidad alcanza su máxima expresión, desde que existe una dependencia afectiva con el autor, lo que origina precisamente el acceso a las víctimas.

Lo que genera la imposibilidad de estas últimas de percibir los riesgos y/o de reaccionar ante el agente agresor, por la asimetría de edad y, además, por el vínculo de confianza con sus progenitores y personas estrechamente vinculadas a éstas. En estos casos, cuando el autor del ataque sexual forma parte del círculo de personas que tienen respecto de la víctima una ascendencia vincular, también esa circunstancia debe ser considerada en el abordaje jurisdiccional de valoración de la prueba.

Pues, a lo traumático de lo experimentado se suma que la víctima no siempre se encuentra en las mejores condiciones de expresar lo que sufre, justamente por esa dependencia emocional que genera el hecho de que la persona responsable integra su **«grupo de confianza»**.

Teniendo en cuenta lo anterior, el testimonio de niños, niñas y adolescentes suele ser la pieza clave en todo el proceso de intervención: para la detección y revelación, también respecto de la valoración diagnóstica de la gravedad o entidad de la propia violencia sexual y a fin de orientar la recuperación, además de constituirse en principal prueba de cargo en el proceso penal.

Finalmente, cuando la víctima del delito sexual, además de ser menor de edad, reviste la condición de mujer, resulta deber de los tribunales de justicia en general, y penales en particular, adoptar en sus decisiones la perspectiva de género al tiempo ponderar las pruebas que se encuentran a su alcance en el marco de un proceso judicial. Lo que resulta derivación de los compromisos asumidos por nuestro Estado al suscribir la Convención Interamericana para prevenir sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (más conocida como la "**Convención de Belém Do Pará**" y aprobada por Ley 24632). Instrumento que fija el estándar de la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer (art. 7 inc. "b"), directrices que se plasmaron a su vez en la **Ley 26.485** ("Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales"), que fija entre sus objetivos el promover y garantizar el derecho a la mujer a vivir una vida sin violencia (art. 2), y específicamente a preservar su "integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial" (art. 3 inc. c).

Conforme lo expuesto, sostengo que en casos como el aquí analizado, al momento de valorarse la prueba obrante en el proceso, deben considerarse las normas dirigidas a la protección de la mujer, así como de niños, niñas y adolescentes previstas, de acuerdo al contexto particularmente dificultoso que presentan probatoriamente los delitos sexuales (ver al respecto, las consideraciones realizadas en mi voto en el precedente "Zurita").

Ello, sin dejar de considerar el valor de la garantía de la defensa en juicio de toda persona sometida a proceso, de tal manera que la solución que se adopte no irrumpa por debajo del valladar constitucional que implica el principio de inocencia.

Precisamente éste ha sido el temperamento, la prudencia y la precaución que la juzgadora ha asumido en el presente caso, y lo que valida en esta instancia las inferencias que, para ella, han sugerido cada uno de los elementos y medios de prueba incorporados al juicio, en una valoración integral, armónica y contextual.

Es por ello que el agravio esgrimido respecto a la falta de valoración de prueba queda desvirtuado y resulta insuficiente para demostrar un déficit en el silogismo probatorio de la sentenciante. Ello conduce a su rechazo. Por todo lo expuesto, en opinión coincidente con el dictamen del Ministerio Público Fiscal, entiendo que corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en «**Di Cesare Morales**», «**Mejía Salvador**» y «**Narváez Videla**» por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de L. E. E. A. y, en consecuencia, confirmar la sentencia n° 2.470 pronunciada por Tribunal Penal Colegiado n° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial.
- 2.- Imponer las costas a la parte vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 9 de agosto de 2022.-

18- PECORA URIZA. 16-08-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	Par.	M	AF	PCE	-	-	A	R	CR	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=881>

Lex: Art. 119, 4° párrafo, inc. d, 2° parte en función con el 3° párrafo del art. 119, 55, 150, 149 bis, 1° párrafo, 2° supuesto del CP. Art. 4 de la ley 26.485

Vox: VG. Abuso sexual con acceso carnal. Arma. Violación de domicilio. Amenaza con arma. Concurso real.

Summa:

El **TPC** condenó al nombrado a la pena de **doce años de prisión** como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual doblemente agravado por ser con acceso carnal y por el uso de arma, violación de domicilio y amenazas agravadas por el uso de arma, todo en concurso real y en contexto de violencia de género (artículos 119, 4° párrafo, inc d, segunda parte en función con el 3° párrafo del art. 119, art. 55, art. 150, 149 bis primer párrafo, segundo párrafo del CP y art. 4 de la ley 26.485) y declaró su reincidencia. La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 -2 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1818. TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados:

a-SCJM

I-Perspectiva de género:

- Ver «Galdeano Reyes», «Merlo Lassa», «Basualdo Reyes», entre otros
- Ver «Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa», «Quiroga Morales»; «Ojeda Pérez» y «Vázquez Tumbarello», «Navarro Orta»; «Kraus»; «Castillo Orozco»; «Aracena»; «Valdatta», « Benavidez Porcel»; «Montenegro Fisigaro» entre otros.
- Ver «Di Césare Morales» y «Mejía Salvador».

II- Sobre reiteración de argumentaciones y cuestionamientos formulados al momento del debate oral, sin rebatir adecuadamente las razones ofrecidas por el juez de sentencia:

- Ver, al respecto, “Rincón Caliz”, “Díaz Bustos”, “Gómez Claudio”, “Mallón Baca”, entre otros.
- Mallón Baca.16-04-19:<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=35>

b-CIDH

«Castro Castro vs. Perú». Fondo, 25-05-06.

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf

Caso Rosendo Cantú vs. México. 31-08-10

https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339

Caso «Fernández Ortega y otro vs. México». 30-08-10.

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/fernandez_ortega/esap.pdf

Precedentes relacionados:

- Ver Agüero Pérez. 25-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=777>

Doctrina citada:

(Long Saborio, S. (2009). Defensa de los Derechos Humanos de las Mujeres: Orientaciones metodológicas con perspectiva de género para litigantes).

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Palermo.

Fallo.

CUJ: 13-06781017-6/1((018602-30250)) F C/ PÉCORA URIZA, JORGE CRISTIAN P/ ABUSO SEXUAL DOBLEMENTE AGRAVADO POR SER CON ACCESO CARNAL Y POR EL USO DE ARMA, VIOLACION DE DOMICILIO Y AMENAZAS AGRAVADAS POR EL USO DE ARMA, TODO EN CONCURSO REAL Y EN CONTEXTO DE VIOLENCIA DE GENERO (30250) (30250/19) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106036264*

En Mendoza, a los dieciséis días del mes de agosto del año dos mil veintidós reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N°13- 06781017-6/1, caratulada "FC/ P. U., J. C. POR ABUSO SEXUAL DOBLEMENTE AGRAVADO POR SER CON ACCESO CARNAL Y POR EL USO DE ARMA, VIOLACIÓN DE DOMICILIO Y AMENAZAS AGRAVADAS POR EL USO DE ARMA, TODO EN CONCURSO REAL Y EN CONTEXTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO; segundo, DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero, DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa de P. U. J. C. interpone recurso de casación contra la sentencia n° 1.818 en razón de que condenó a aquél a la pena de doce años de prisión como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual doblemente agravado por ser con acceso carnal y por el uso de arma, violación de domicilio y amenazas agravadas por el uso de arma, todo en concurso real y en contexto de violencia de género (artículos 119, 4° párrafo, inc d, segunda parte en función con el 3º párrafo del art. 119, art. 55, art. 150, 149 bis primer párrafo, segundo párrafo del CP y art. 4 de la ley 26.485) y declaró su reincidencia.

El fallo fue pronunciado por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El juez de anterior instancia ha tenido por acreditado el hecho que da cuenta que «el 21 de julio de 2019, en el horario nocturno, en el domicilio sito en ... ciudad de Mendoza, P. U. J. C. ingresó a la vivienda de su ex pareja M.R.A.M, contra la voluntad de esta, le sujetó las manos en su espalda con esposas, le exhibió un arma de fuego y, mientras le apuntaba con el arma en la cabeza, le expresó si no me dejas que te viole, voy a violar al nene, señalando al hijo de ambos, de 10 años de edad, que se encontraba dormido en la habitación. Acto seguido el acusado llevó a la víctima al comedor de la vivienda, la empujó con el arma hasta que la víctima se acostó en el piso y, mientras le apuntaba con el arma, le quitó la ropa, la obligó a practicarle sexo oral y la penetró con su pene por vía vaginal, donde eyaculó». Asimismo, que «el día 22 de julio de 2019, siendo las 17:52 horas, en el domicilio sito en ... Ciudad de Mendoza, P. U. J. C. le exhibió un arma de fuego a su ex pareja M.R.A.M. y le manifestó que la mataría si lo denunciaba».

Para así decidir, el juez valoró entre los elementos probatorios más relevantes, las declaraciones de M.R.A.M, de L. S., de M. C. D., de L. S., de V. S. C., de F. P., de R. S..

2.- Recurso de casación

El recurso se interpone al amparo del inc. 2 del art. 474 del CPP, por considerar que el fallo exhibe una errónea valoración de la prueba testimonial y documental colectada, sin que se haya obtenido el estado conviccional de certeza requerido para el dictado de una sentencia condenatoria.

Estima que el testimonio de la supuesta víctima presenta contradicciones cuando señala las circunstancias en las que habrían ocurrido los hechos. Indica, además, que la víctima manifestó haber hecho la denuncia del supuesto abuso sexual cuando en realidad no lo hizo, y se olvidó de denunciar una etapa del supuesto abuso.

Cuestiona, asimismo, lo relativo al empleo del arma durante la ejecución del hecho y lo relativo al uso de las esposas.

Entiende que es falaz la afirmación según la cual le practicaron los exámenes correspondientes a las víctimas de abuso sexual o, por lo menos, refiere que la Fiscalía no tiene constancia de que se le haya practicado los exámenes propios del Cuerpo Médico Forense en esas circunstancias.

Formula reserva de caso federal.

3.- Dictamen del Procurador General

Que a fs. 5/7 vta., el Procurador contesta la vista de ley conferida y aconseja el rechazo del recurso de casación interpuesto. Ello es así, a su criterio, en tanto los fundamentos de la sentencia atacada contiene un análisis minucioso de los elementos probatorios que acreditan la existencia del hecho y la autoría de P. U. en el mismo.

Estima que existen elementos probatorios objetivos que corroboran la declaración de la víctima, tales como la declaración de V. S., de M. C. D., el informe del médico psiquiatra Leandro Silvestre que señaló la violencia que vivía la víctima y la situación de abuso sexual violento con la utilización de un arma de fuego. De tal manera, los agravios enumerados por la recurrente más que vicios de la sentencia, constituyen una discrepancia, en el legítimo ejercicio de su cargo, con la interpretación dada al plexo probatorio e indiciario del sentenciante.

Por otro lado, el Procurador considera que los agravios expuestos en el recurso de casación interpuesto constituyen una reedición de lo que ya ha sido expuesto durante el debate oral y ha tenido adecuada respuesta por parte del juzgador, sin que sus argumentos logren ser revertidos por la defensa en esta instancia.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar. Paso a explicarlo.

Ante todo y, conforme los hechos aquí investigados, entiendo que resulta oportuno recordar que el marco normativo vigente en el ámbito internacional, regional y nacional reconoce que la violencia contra mujeres constituye una violación de los derechos humanos.

De ahí que los derechos humanos de las mujeres se imponen como un nuevo paradigma social cuestionador del fundamento androcéntrico del derecho, para garantizar una protección integral a cuya aplicación directa están obligados los tribunales de justicia (Long Saborio, S. (2009). Defensa de los Derechos Humanos de las Mujeres: Orientaciones metodológicas con perspectiva de género para litigantes).

En este sentido, como he señalado en pronunciamientos anteriores –ver «Galdeano Reyes», «Merlo Lassa», «Basualdo Reyes», entre otros– la jurisprudencia en el sistema interamericano de protección de derechos humanos y a nivel nacional, ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática, especialmente relacionada a la ponderación del testimonio de la víctima (cfr. Corte IDH, Caso del penal «Castro Castro vs. Perú». Fondo, Reparación y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N° 160; Corte IDH, Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216; Caso «Fernández Ortega y otro vs. México». Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215; y C.S.J.N. in re «Leiva, María Cecilia», entre otros).

También en los precedentes jurisprudenciales citados, he referido que en el ámbito nacional, la Ley 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, «[...] establece criterios amplios en la interpretación de las pruebas, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para juzgadores y juzgadoras de valorar las pruebas con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática y análisis de las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrollan los hechos de violencias».

Así pues, el art. 16 de la citada normativa establece la garantía que la investigación se realice bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos «[...] teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos», y el art. 31 conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes. Lo referido hasta aquí, adquiere suma relevancia en el caso analizado pues, como luego se detallará con más precisión, el juzgador tuvo en cuenta los parámetros referidos, en tanto afirmó que M.R.A.M., a raíz de los episodios de violencias vividos en su historia familiar, ha naturalizado la violencia. Por esa situación de violencia no quería denunciar a P. U..

Ello tanto es así que a la Oficina Fiscal concurrió María Cecilia Diez funcionaria del Área de Género de la municipalidad de la Capital, para realizar la denuncia y exponer la situación de dificultades y los padecimientos de la víctima.

De tal manera, el juez analizó debidamente los diversos elementos de prueba obrantes en la causa en función de la consideración según la cual M.R.A.M. era víctima de violencias familiares y de género, así como la especial situación de vulnerabilidad que atravesaba durante el hecho de violencia denunciado.

Ahora bien, referido el punto de partida para el análisis del caso, debe señalarse que la defensa de P. U. denuncia arbitrariedad en la sentencia cuestionada en tanto no se habría realizado una valoración integral de la prueba colectada en autos.

En este sentido cuestiona la declaración testimonial de la víctima y refiere que ésta omitió denunciar una etapa del supuesto abuso sexual haciendo referencia a práctica de sexo oral que le habría obligado a realizar el acusado.

De igual manera considera, que es ilógico que una persona que cometió un delito hubiera dejado el arma y las esposas en la vivienda de la víctima. Expresa que es falaz que se le practicaran a M.R.A.M los exámenes correspondientes al tipo de delito denunciado.

Finalmente, niega la autoría a través del cuestionamiento de la fecha de ocurrencia del abuso sexual.

Dicho cuanto antecede entiendo que quedó debidamente probado que el hecho calificado como abuso sexual con acceso carnal agravado por el uso de arma acaeció el día 21 de julio de 2019, en tanto que las amenazas fueron formuladas el día 22 de julio de 2019, en horas de la tarde y que la sentencia cuestionada no adolece de los vicios que pretende la defensa.

Ello, en tanto el juez de la instancia anterior construyó su convicción en base a una valoración global y contextualizada de las pruebas incorporadas. Entre ellas, y principalmente, la declaración testimonial de la víctima y el informe realizado por las profesionales del Cuerpo Médico Forense. Estos elementos dieron cuenta del historial de agresiones, advirtiéndose por parte del licenciado Leandro Silvestre indicadores de violencia y una relación disfuncional de bastante tiempo entre M.R.A.M. y el acusado.

Destacó, en este orden, que se había detectado una relación asimétrica entre aquéllos y un historial de humillaciones y amenazas de parte del acusado hacia M.R.A.M. En este orden, para el juzgador de la anterior instancia, resultó relevante la declaración testimonial de María Cecilia Diez, funcionaria del Área de Género de la Municipalidad de la Capital, funcionaria que inicialmente formalizó la denuncia dado que M.R.A.M. se encontraba presionada con agresiones constantes y violencia de todo tipo.

La testigo señaló que la situación de violencia en la que estaba inmersa la víctima la obligó a abordar una estrategia de abordaje puesto que en ese contexto había menores involucrados, M.R.A.M. estaba amenazada por el acusado. Por su parte, para el juez el testimonio de M.R.A.M. impresionó como sincero, destacando que las inconsistencias señaladas por la defensa obedecieron, de alguna manera, al contexto vivido y a las agresiones continuas y de larga data. En lo pertinente refirió que la víctima dijo que esa noche el acusado ingresó su vivienda sin dificultades y le dijo que si no dejaba que la accediera iba a violar a sus hijos.

Entonces, le colocó las esposas y la amenazó con un arma de fuego. El hecho ocurrió el 21 de julio de 2019 y que lo recordaba porque había sido un día en el que había habido viento zonda. Agregó M.R.A.M. que el acusado se drogaba mucho, que esa noche fue a su casa e ingresó por los techos y la amenazó con un arma, que ella estaba vestida y el acusado le bajó los pantalones y la penetró vaginalmente y que la obligó a practicarle sexo oral y a ingerir cocaína.

Asimismo, dijo que al otro día, es decir el 22 de julio de 2019, como a las seis de la tarde, iba a formular la denuncia con la asistencia de Cecilia Diez, y que no sabe cómo se enteró P. U. pero la amenazó para que no formulara la denuncia.

De igual modo los profesionales del Cuerpo Médico Forense que entrevistaron a M.R.A.M., corroboraron que su relato era claro, coherente, con ampliación de detalles que temía dar en denuncias previas por amenazas, violencia ambiental, física, sexual y psicológica. Específicamente en relación con el relato expresaron que éste tenía una coherencia lógica lineal con idea directriz clara, contundente y elocuente. Por su parte, el juez consideró, acertadamente, que los testimonios de V. S. y de M. C. D. corroboraron los dichos de M.R.A.M. Debe destacarse, como elemento relevante, que las nombradas se desempeñaban en el área de género de la Municipalidad de Capital, y estaban al tanto de la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba la víctima y sus hijos. También resultó de relevancia el informe del Equipo Profesional Interdisciplinario (fs. 26/27), en el que Leandro Silvestre, psicólogo de ese organismo, señaló los distintos tipos de violencia que sufría M.R.A.M.

Asimismo, y a partir de la existencia del abuso sexual violento con la utilización de un arma de fuego, concluyó que el riesgo de violencia física para aquélla era alto. I

informó que entre la M.R.A.M. y el acusado mediaba una relación de pareja disfuncional en los modos de comunicación, que la dinámica relacional era de tipo asimétrica, donde P. U. adoptaba un rol superior de dominio a través de conductas violentas y celos y la víctima una acomodación a las pautas consignadas.

En el mismo orden, los informes del Cuerpo Médico Forense, realizados por las profesionales Claudia Gómez y Gema Lara Lanteri (fs. 28/30), dieron cuenta que del relato de la víctima se detectaba temor por las consecuencias de las denuncias realizadas.

Asimismo, que presentaba llanto espontáneo, angustia profusa, estado de desesperanza y síntomas y signos de un cuadro depresivo con estrés agudo. Detectaron, también, indicadores psicopatológicos de haber vivenciado un episodio de ataque a la integridad sexual, operando con defensas de negación y naturalización que ha realizado de los mismos, con presencia de ansiedad, inquietud y angustia reprimida. Se concluyó entonces que su relato era sincero, sin indicadores de fabulación o mitomanía. Ahora bien, en el contexto general de la prueba rendida, el juez de anterior instancia descartó las declaraciones testimoniales de F. P., R. S. y D. N., que ubicaron al acusado en la casa de F. P. y refirieron la supuesta agresión que la víctima en estos autos habría causado al acusado.

Descartó el juez de anterior instancia el argumento expuesto por la defensa relativo a la ausencia de exámenes físicos practicados a la víctima, lo que a criterio de la defensa evidencia la endeblez e imprecisión del testimonio de la víctima, que en la audiencia de debate llevada a cabo el día 1 de septiembre de 2021, sostuvo al prestar declaración testimonial que fue sometida a exámenes físicos, los que no se encuentran incorporados en este legajo.

Efectivamente dichos exámenes no se encuentran incorporados a la causa.

Sin embargo, esta circunstancia carece del valor y decisividad apuntado por la defensa: es que, aquella situación de vulnerabilidad narrada por la víctima en este legajo y destacada tanto por el ministerio público fiscal como por el juez de sentencia, quedó evidenciada y plasmada en el legajo N° P-732.734/19, en el que se resolvió la situación procesal de P. U. mediante el procedimiento de juicio abreviado, por sentencia n° 6.856, que resultó condenado a la pena de un año, cuatro meses y once días de prisión de cumplimiento efectivo como autor del delito de amenazas por el uso de arma en contexto de violencia de género en concurso real con lesiones leves dolosas agravadas por la relación de pareja preexistente en contexto de violencia de género. Los hechos por los que resultó condenado acaecieron «el día 22 de Julio de 2019, minutos antes de las 12:00 hs, J. C. P. U., cuando se encontraba su ex pareja M. R. A. M. en el baño de su domicilio sito en ... de Ciudad, se apareció con una navaja en la mano empuñándola en dirección hacia ella tirándole puntazos y al forcejear con la misma, se lastimó éste su mano derecha, diciéndole: "Te voy a matar, ya vas a ver", tomando luego un palo de escoba que estaba en el comedor pegándole en distintas partes del cuerpo, yéndose después del domicilio al Hospital para curarse la herida en su mano, causándole a la denunciante las siguientes lesiones: hematoma de 10 cm de diámetro aproximadamente en cara posterior de antebrazo izquierdo, equimosis violácea de 3 cm de diámetro en cara anterior de antebrazo izquierdo tercio inferior, cicatriz rosada de 0.8 cm de longitud en cara posterior de antebrazo izquierdo tercio inferior, siendo las mismas conforme el examen físico realizado en el CM Forense, leves, con tiempo de curación e inutilidad para el trabajo menor a un mes de no mediar complicaciones no habiendo peligro de vida».

En definitiva entiendo que este plexo probatorio valorado de modo conjunto y conglobado permite confirmar la sentencia condenatoria cuestionada.

Ello, en tanto, aparece debidamente motivada en todos los extremos cuestionados por la defensa, la que efectúa una lectura parcial y sesgada de todos los elementos probatorios, aislando aquellos extremos que, a su modo de ver, debilitaría la solidez de la acusación.

El propio juzgador reconoció en los fundamentos de la sentencia que la situación de vulnerabilidad de la víctima y la presión ejercida por el acusado, con amenazas constantes y agresiones de todo tipo, unido a los **elementos periféricos merituados adecuadamente conforme las perspectivas consignadas en párrafos que anteceden**, habilitaban a tener por cierto el relato de la víctima.

De tal modo, advierto que la defensa reitera en esta instancia las argumentaciones y cuestionamientos formulados al momento del debate oral, **sin rebatir adecuadamente las razones ofrecidas por el juez** de sentencia (ver, al respecto, **“Rincón Caliz”, “Díaz Bustos”, “Gómez Claudio”, “Mallón Baca”,** entre otros). Por tales razones y opinión concordante del señor Procurador General, doy respuesta negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Coincido con la solución que brinda mi colega de Sala a la primera cuestión propuesta al acuerdo. En relación a la cuestión vinculada a la perspectiva de género en el ámbito de valoración de los elementos de prueba, entiendo oportuno remitirme, en lo que resulta aplicable al presente, al desarrollo realizado en los precedentes **«Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa», «Quiroga Morales»; «Ojeda Pérez» y «Vázquez Tumbarello», «Navarro Orta»; «Kraus»; «Castillo Orozco»; «Aracena»; «Valdatta», « Benavidez Porcel»; «Montenegro Fisigaro»** entre otros. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Adhiero a la solución que brinda mi colega de Sala a la primera cuestión propuesta al acuerdo y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género me remito, en lo pertinente, a lo oportunamente señalado los precedentes **«Di Césare Morales» y «Mejía Salvador»**. ASÍ

VOTO. SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO, adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de J. C. P. U..
- 2.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 3.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

19- TAPIA CUELLO. 17-08-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	-	M	-	PCC	-	-	A	-	-	-	-	-	-	399 474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=877>

Lex: 119, 1° párrafo del CP

Vox: VG. Abuso sexual simple. Sistema acusatorio. Imparcialidad del juez. Excesivo activismo del juez. Calificación legal. Ausencia de lesiones.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **un año y ocho meses de prisión de ejecución condicional**, como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple (art. 119, primer párrafo del Código Penal). El escenario de los hechos es un local bailable.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 2 CPP). En primer orden, alega la violación de los principios del sistema acusatorio y a la garantía de imparcialidad del juzgador. Precisa su crítica sobre el rol que asumió el juzgador en función de las facultades otorgadas por el art. 399 del CPP. Además, se agravia por la ponderación de los elementos probatorios.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n°212 (10-10-18), pronunciada por el TPC N° 1-2° CJ.

Precedentes citados:

a-SCJM

I-Excesivo activismo del juez en el debate oral

- «Mopardo Dupox»
- «Flores González».10-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=30>
- «Gómez, Lucas » 07-11-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=225>
- «Chacón Moyano». 23-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=267>

II- Revictimización:

- Ver «González Pringles»

III- Perspectiva de género.

- Ver «Ojeda Pérez», «Biscontín Tobares», «Zurita», «Gómez Ayala», «Porcel Valero», «Molina», «Villegas Calabreto», «Mamani Calla».

b-CIDH

I- Sobre revictimización o reexperimentación de la profunda experiencia traumática en la víctima:

- “Fernández y otros vs. México”. 30-08-10:

https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=338

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Palermo (Licencia).

Fallo.

CUIJ: 13-04621742-4/1((028601-137111)) FC/ TAPIA CUELLO DANIEL JONATHAN P/ ABUSO SEXUAL SIMPLE EN GRADO DE TENTATIVA (137111) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104704754*

En Mendoza, a los diecisiete días del mes de agosto del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13- 04621742-4/1 caratulada "FC/ T. C., D. J. P/ ABUSO SEXUAL SIMPLE S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO, y tercero, DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa del acusado interpone recurso extraordinario de casación contra la sentencia n° 212 de fecha 10 de octubre de 2.018 (fs. 144 y vta.) y sus fundamentos (fs. 146/158) en cuanto condena a D. J. T. C. a la pena de un año y ocho meses de prisión de ejecución condicional, como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple que se le atribuye en el marco de los autos N° P2-137.111/17 (art. 119, primer párrafo del Código Penal).

El pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado de la Segunda Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- Resolución recurrida

El juez de la instancia previa tuvo por acreditado que «[...] el día 9 de julio de 2017, M.G.S.C. se encontraba en el local bailable «...», ubicado sobre Av. ..., sito en el distrito de Alrededor de las 3:00 hs., una persona le manifestó que D. J. T. C. quería dialogar con ella, que lo espere en el lugar del boliche que se encontraba. Instantes después T. C. arribó a tal sector y le indicó a la víctima que lo acompañe hasta una pista-ubicada cerca de los sanitarios, la que no se encontraba funcionando. Una vez allí, T. C. intentó besarla, pero al ser rechazado por la víctima la tomó con fuerza, por lo que ésta lo empujó e intentó retirarse, pero fue tomada nuevamente por el acusado quien otra vez la llevó hasta la referida pista y procedió a efectuar tocamientos en la zona del trasero de la víctima, introduciendo su mano por debajo de la calza y de la ropa interior que ésta tenía colocada. Ante esta situación, la víctima [lo] empujó intentando retirarse del lugar, lo que logró debido a que en dicho sector observaron la presencia de una persona, lo que generó que el acusado mermara en su accionar y la víctima pudiera retirarse».

Para así decidir, el juez de sentencia consideró que la totalidad de la prueba incorporada a los presentes obrados permitía concluir sobre la concurrencia del hecho intimado y su intervención como autor. De este modo, el sentenciante valoró, entre los elementos más relevantes, las declaraciones de la víctima M.G.S.C., de D. M., de R. S., de R. I. y de la Lic. Roxana López Dardanelli, el examen físico de fs. 50 y el examen psicológico de fs. 74, ambos realizados a la víctima por el Cuerpo Médico Forense.

2.- Recurso de casación

El recurso de casación deducido por la defensa del acusado se basa en el el art. 474, incs. 1 y 2 del CPP, es decir, por adolecer el pronunciamiento cuestionado de vicios in iudicando e in procedendo.

En primer orden, alega la violación de los principios del sistema acusatorio. En este sentido, considera que el juez de sentencia vulneró las normas del debido proceso durante el debate y las normas constitucionales en cuanto a la garantía de imparcialidad del juzgador. Precisa su crítica sobre el rol que asumió el juzgador en función de las facultades otorgadas por el **art. 399 del CPP**.

En este sentido, luego de enumerar y detallar las distintas intervenciones del juez de sentencia durante el debate, en particular las audiencias realizadas los días 2 y 9 de octubre de 2018, concluye que en tales oportunidades el juez de la instancia previa **interrumpe y pregunta** de manera ilegal e inoportuna desde el concepto del sistema acusatorio.

Señala que el magistrado interrumpió el interrogatorio de todas las partes en el proceso. Precisa que el sentenciante sorpresivamente interpretó la pregunta de alguna de las partes para inmediatamente él mismo formularla a los testigos.

Asegura que con esta conducta, el juez de grado sustituyó a las partes y las neutralizó en el ejercicio de su función. Agrega que el juez introdujo datos que hasta ese momento ninguna de las partes había logrado, por no poder éstas finalizar sus respectivos interrogatorios.

Describe otras conductas asumidas por el juez de sentencia, tales como realizar aclaraciones en medio de interrogatorios realizados por las partes a los testigos, sin que se haya generado algún conflicto u oposición, resolver de oficio qué preguntas son pertinentes o no, y ordenar contestar las que consideraba pertinentes; interrumpir y exigir al defensor que explique la finalidad de la pregunta, a lo que la defensa considera como una conducta inquisitiva e ilegal por parte del magistrado.

Manifiesta que una cosa es la dirección del proceso y otra es ponerse en el rol de fiscal o querellante, entorpeciendo al defensor y dejando entrever la falta de imparcialidad. Concluye sobre la procedencia de la nulidad del debate, la sentencia y sus fundamentos, conforme lo establecen los arts. 197, 198 inc. 1 y 399 del CPP.

En otro orden, señala deficiencias en el sistema de videograbación alegando que en varias testimoniales se puede escuchar y no ver a los testigos por no ser enfocados. Además, refiere la falta de audio al momento en que las partes formularon sus conclusiones y el juez leyó la parte resolutive de la sentencia.

En segundo orden, y de manera subsidiaria, dirige su crítica a la tarea valorativa llevada a cabo por el sentenciante para fundar la responsabilidad de T. C. en los hechos por los que resultó condenado.

En ese orden, afirma que la testigo M.G.S.C. declaró en el debate que cuando estaban ocurriendo los supuestos tocamientos y abusos fueron interrumpidos por el ingreso de una persona a quien aseguró no conocer.

Sin embargo, la defensa destaca que en el acta de denuncia la testigo manifestó que esa persona era el barman de nombre J.. Señala como otra contradicción que la supuesta víctima refirió que cuando pudo salir del lugar donde habrían acontecido los hechos se dirigió a la pista donde se encontraban sus amigos. Sin embargo, D. M. manifestó que pudo observar a M.G.S.C. que venía del baño llorando.

Argumenta que este razonamiento es arbitrario y omite prueba que convierte al testimonio de S. en incoherente y falaz. También se refiere a la existencia de mensajes de WhasApp entre T. C. y M.G.S.C. Al respecto, sostiene que resulta temerario dar por probada la existencia de tales mensajes sólo por los dichos de la denunciante y su amiga; y que la inacción de la denunciante en aportar otros medios de prueba es muestra de la falsedad de sus dichos.

Por otro lado, cuestiona el informe del examen físico realizado a M.G.S.C. de fs. 50 realizado por la Dra. Adriana Gómez del CMF, y alega que el sentenciante da por probada una relación físico-causal directa entre la equimosis constatada y la supuesta agresión por parte de T. C., por la sola sindicación de M.G.S.C..

Asimismo, alude al informe de la Lic. López Dardanelli obrante a fs. 74 y su declaración prestada en el debate. Señala que estamos frente a una pericia psicológica que no se sabe si fue realizada tres o cinco meses después del hecho.

Sostiene que en dicho informe, sin fundamento alguno, se vincula el estado emocional de M.G.S.C. con el hecho denunciado. Agrega que la licenciada López Dardanelli en su declaración realizó consideraciones generales de cómo repercuten en las víctimas estos hechos y en forma confusa hizo referencia a cuestiones particulares de la denunciante, sin siquiera reconocer la pericia a la cual se está haciendo referencia y fundamentar científicamente porqué estas emociones las liga o vincula con el hecho denunciado.

Luego analiza el testimonio de R. S., a quien califica como una testigo directa de los hechos, en tanto pudo observar cuando M.G.S.C. ingresó sola a la pista denominada «...» donde habrían acontecido los abusos. Advierte que tal versión se contradice con lo manifestado por la denunciante, en tanto sostuvo que ingresó con el acusado a la referida pista.

Agrega también contradicciones en la vestimenta de M.G.S.C., por cuanto la descripta por la supuesta víctima (calzas) no coincide con lo declarado por la testigo S., quien refirió que M.G.S.C. tenía un vestido en aquella oportunidad.

Respecto a la testigo D. M., menciona que ésta dijo que cuando estaba en el guardarropa vino un chico a buscar a M.G.S.C. y le dijo que D. la llamaba, pero que es llamativo que este chico no fue identificado por ninguno de los testigos. En cuanto al testigo R. I., rescata la defensa que dijo que no sabía ni cuándo ni con quién se retiró la denunciante del lugar.

Expresa así el recurrente que estamos en presencia de testigos que faltan a la verdad, que mienten en aspectos centrales de los hechos y no son meras faltas de coincidencias como afirma el sentenciante. También cuestiona la valoración que se hace de las condiciones del lugar, afirmando que se hacen suposiciones sin las debidas pruebas.

En relación con el testimonio de M. M., considera que el juez de sentencia fue arbitrario al descalificar un testigo que invocó problemas para asistir a la audiencia, y a partir de ello arrojar un manto de duda sobre los motivos de su incomparecencia.

En segundo lugar, el juez no tenía ningún impedimento u obstáculo para solicitarle al testigo luego de ser interrogado por las partes, que aclarara este aspecto en la audiencia de debate.

En razón de tales consideraciones, entiende que no se encuentra probada la participación de su asistido en el hecho por el cual resultó condenado. Como vicio sustancial cuestiona la calificación legal atribuida a los hechos objeto del proceso.

Ello, por considerar que los elementos de juicio son insuficientes para sostener la participación de su asistido en el hecho. Para ello sostiene que el relato de la víctima está plagado de contradicciones, y que el resto de los testimonios son rumores que se repiten en el tiempo, presentando –a su criterio– los demás testigos también graves contradicciones entre sí y con la denunciante. Asegura que se ha valorado selectivamente la prueba a favor de la víctima, y se ha dejado de lado aquellas circunstancias favorables a su defendido sin análisis ni fundamento alguno.

Concluye que se ha efectuado una errónea aplicación de la ley sustantiva debido a una incorrecta adecuación típica de los hechos en relación a las pruebas colectadas, y que existen consideraciones del juez que no surgen del material probatorio incorporado. Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del Procurador General

El Procurador General contesta la vista de ley y aconseja el rechazo del recurso de casación articulado. Considera que en ninguno de los casos puntuales señalados por la defensa, advierte que las preguntas del juez de la instancia previa excediera la facultad prevista en el art. 399 del CPP.

Con lo que, a su criterio, queda descartada la intencionalidad investigativa referida por la defensa. Con relación a la tarea valorativa realizada por el sentenciante, sostiene que para arribar a la certeza acerca de la existencia material de los hechos endilgados y la autoría del acusado, el plexo probatorio fue analizado y cotejado, en conjunto y en su totalidad, por el sentenciante.

En conclusión, considera que la sentencia resulta válida en tanto no ha existido inobservancia de normas que pudieran acarrear la nulidad o violaciones a los principios mencionados por la defensa, ni tampoco errónea aplicación de la ley sustantiva. Y, en consecuencia, propone el rechazo del recurso.

4.- Solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Puestos en consideración los motivos de agravio expresados por la defensa de D. T. C., entiendo que corresponde desestimar el recurso de casación articulado en esta instancia. Ello, a tenor de los argumentos que serán expuestos en lo que sigue.

Preliminarmente, corresponde aclarar que el escrito recursivo se apoya en tres motivos de crítica, los que por razones de orden lógico y metodológico, serán tratados en el siguiente orden.

En primer lugar, se analizará el planteo relacionado con la conducta asumida por el juez de sentencia durante la sustanciación de la prueba, la que –a criterio de la defensa– excedió los límites impuestos por nuestro ordenamiento procesal y los principios que rigen el sistema acusatorio.

Esto, a su modo de ver, traería aparejado la violación de garantías que hacen al debido proceso legal, en particular, a la imparcialidad del juez (a).

En segundo lugar, se tratará la crítica dirigida a la tarea valorativa realizada por el sentenciante para sustentar la materialidad de los hechos y la responsabilidad atribuida a su representado (b).

Por último, me ocuparé del agravio sobre la errónea la calificación legal asignada en la sentencia al comportamiento juzgado (c).

a.- Sobre la imparcialidad del órgano juzgador como garantía fundamental del debido proceso legal

Según se observa de la reseña efectuada en el acápite pertinente, la defensa cuestiona el excesivo activismo que mostró el juez de sentencia durante la sustanciación de la prueba testimonial, lo que a su juicio redundaría en una afectación de la garantía de imparcialidad del juzgador y, como consecuencia de ello, la afectación de la defensa en juicio del acusado.

De este modo, la defensa luego de transcribir los tramos del debate donde entiende que el juez de la instancia previa excedió el margen de actuación permitido por la manda procesal, concluye que el magistrado realizó **las siguientes conductas:**

- a) interrumpió el interrogatorio de todas las partes en el proceso;
- b) interpretó las preguntas formuladas por alguna de las partes, para inmediatamente formularlas a los testigos, sustituyendo y neutralizando el ejercicio de la función de cada una de las partes en el proceso;
- c) realizó aclaraciones en medio de interrogatorios que estaban efectuando las partes sobre la conducta de la víctima, sin que se haya generado algún conflicto u oposición;
- d) resolvió de oficio qué preguntas eran pertinentes o no, y ordenó contestar las que él consideraba pertinentes;

e) interrumpió y exigió al defensor que explique la finalidad de la pregunta; y

f) con su excesivo activismo, introdujo datos que hasta ese momento ninguna de las partes había efectuado, porque aún no habían realizado sus respectivos interrogatorios.

En este punto, señala que durante la declaración de la víctima se hizo, por primera vez, referencia al llamado «...», nombre con el que se identificaba el lugar donde acontecieron los hechos.

Entiendo que los agravios esgrimidos en este sentido no pueden prosperar en esta instancia revisora.

Excesivo activismo del juez. No explica consecuencias de la indebida intervención.

En efecto, de la reproducción de los registros audiovisuales del debate, y en particular de los tramos señalados por el censurante, advierto –por momentos- **un excesivo activismo durante el debate por parte del juez de sentencia, que no fue acorde a las facultades otorgadas por nuestro ordenamiento procesal. En tal sentido, este Tribunal se ha expedido en números precedentes (al respecto ver fallos «Mopardo Dupox», «Flores González» y «Gómez, Lucas Emmanuel»).**

Sin embargo, la defensa no explica de manera adecuada –ni tampoco lo advierto de las constancias audiovisuales– la esencialidad de las consecuencias que en materia probatoria tuvo la indebida intervención del magistrado en la resolución de la causa y cuál es su alcance dentro del marco de la sentencia en revisión (en este sentido, ver «Chacón Moyano», voto de la mayoría).

A su vez, debo destacar que el juez de sentencia, de conformidad con los estándares en la interpretación de la prueba en materia de violencia contra las mujeres por razones de género, consideró que el testimonio de la víctima fue debidamente corroborado –principalmente– por prueba periférica de carácter objetivo, esto es, el examen físico y el informe psicológico realizado por el Cuerpo Médico Forense a la víctima M.J.S.

En razón de ello, estimo que aun en la hipótesis propuesta por el recurrente, la conducta asumida por el juzgador en algunos tramos del debate no incidiría en la solución condenatoria. Por otro lado, la defensa señala como un dato relevante que fue introducido como consecuencia de la intervención del magistrado, la mención del nombre de la pista en la que aconteció el hecho.

En efecto, se desprende de los registros audiovisuales que el representante del Ministerio Público Fiscal solicitó a la víctima M.J.S. que realizara aclaraciones sobre aspectos del plano del local bailable, en particular, sobre la puerta corrediza de la pista donde aconteció el hecho.

En tal circunstancia, el juez intervino a fin de reiterarle al fiscal lo que había explicado la víctima sobre tal aspecto, ocasión en que manifestó, en relación a aquel lugar: «voy a usar un nombre que está en el expediente, el ...» (ver registro audiovisual, día 2/10/18, a partir del minuto 38:54).

De tal manera, entiendo que corresponde desestimar tal planteo, no sólo porque la defensa no explica de qué manera se afectó la garantía de la defensa de juicio del acusado a partir de la mención por parte del juez del nombre asignado a la referida pista sino, principalmente, porque el lugar donde aconteció el hecho y su ubicación no fue un dato controvertido por las partes durante la sustanciación del debate.

Al respecto, los testigos D. M., R. S. y R. I. coincidieron con tal circunstancia, lo que a su vez fue corroborado mediante el plano del local bailable agregado a fs. 135, y debidamente incorporado al debate sin oposición de la defensa.

En otro orden, me interesa destacar una de las intervenciones del juez de sentencia señalada por el censurante, en donde el magistrado consideró innecesaria la pregunta que formuló el fiscal a la víctima a fin de que precisara los actos de abuso cometidos por el acusado.

Ello, en razón de que el magistrado entendió que tales aspectos ya habían sido descriptos por la víctima y, por tal motivo, se debía evitar su revictimización por la connotación de lo acontecido (ver, minuto 22:48).

Considero que **en tal oportunidad resultó acertada la intervención del juez** de la instancia previa, en tanto su conducta no se compadeció con los mandatos internacionales y constitucionales de evitar, por los medios necesarios y conducentes, la victimización secundaria de las mujeres víctimas de violencia sexual con razón de la intervención estatal (ley 26.485, de protección integral de las mujeres, art. 3, inc. k).

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido en su jurisprudencia constante no tan sólo que los Estados tienen la obligación de llevar a cabo investigaciones diligentes que deben ser asumidas como un deber jurídico propio sino que, particularmente, la investigación de casos de violencia sexual debe intentar evitar en lo posible la **revictimización** o reexperimentación de la profunda experiencia traumática en la víctima (Conf. Corte IDH, caso **“Fernández y otros vs. México”**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C Nº 215) (ver al respecto, «González Pringles», entre otros).

Por último, y como otro vicio de procedimiento, la defensa señala deficiencias en el sistema de videograbación, por cuanto en algunos tramos del debate no se pudo observar al testigo, como así también, la falta de audio durante el desarrollo de los alegatos de las partes. Entiendo que corresponde desestimar el planteo de la defensa en tanto no advierto –y la defensa tampoco lo explica– la relevancia de tal deficiencia en el desarrollo del debate y su incidencia en el ejercicio del derecho de defensa del acusado.

En virtud de las razones expuestas, estimo que las concretas circunstancias que presenta el caso bajo estudio permiten considerar que **las irregularidades señaladas por la defensa no revisten la esencialidad y decisividad que precisa ser verificada para provocar la descalificación** total de un pronunciamiento jurisdiccional como el que está bajo estudio.

b- Acerca de los alegados vicios en la valoración de la prueba efectuada por el juez de instancia anterior

b-1.- Violencia de género.

b.1 Preliminarmente, entiendo necesario destacar que el análisis integral de todos los elementos existentes, permiten comprobar que el caso de autos aparece enmarcado dentro de un claro supuesto de violencia de género y, además, se trata –como lo destacó el sentenciante– de una especie de conducta delictiva cuya comisión se desarrolla habitualmente en ámbitos de absoluta privacidad, es decir en ausencia de otras personas.

Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima constituye un elemento de valor fundamental en la comprobación de los extremos de la imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho, la intervención de la persona acusada en él y su calificación como delito de acuerdo con las previsiones legales.

En este sentido, en numerosos precedentes destaque que la violencia ejercida contra las mujeres en razón de su género ha merecido un especial amparo a nivel nacional como supranacional, en donde se ha establecido la **importancia del testimonio de la víctima**, como así también, la necesaria perspectiva de género en la interpretación de todos los elementos de juicio incorporados al proceso (ver **«Galdeano Reyes»**, **«Concha, Jesús»**, **«González Pringles»**, **«Ruiz Gutiérrez»**, **«Alaniz Pineira»** y más recientemente **«González Sosa»**, **Scifo Ruffini**, entre otros).

A su vez, en el **precedente «Alaniz Pineira»** señalé en relación a la valoración de los elementos de prueba en función de la perspectiva de género que «[...] que para juzgar los conflictos en los cuales las mujeres son víctimas de violencia en sus distintas manifestaciones, hay que partir de aceptar que la realidad se encuentra polarizada en torno a patrones de dominación masculina que reproducen la discriminación en los distintos ámbitos en donde la mujer desarrolla sus relaciones interpersonales».

Destaqué también que «[...]los distintos operadores del derecho, tanto en la recaudación de elementos probatorios como al momento de valorarlos, deben orientar también su labor a detectar las circunstancias estructurales que perpetúan la violencia estructural contra las mujeres con el fin de imprimir en su análisis una perspectiva de género».

En este entendimiento, y vinculado a esta específica forma de manifestación de la violencia contra las mujeres y niñas sostuve que «[a]fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de **dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual** contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que **los patrones de discriminación estructural** que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17)» (Concha, Jesús).

Asimismo, y vinculado al contexto en que tuvo lugar el hecho y la relación de subordinación laboral que tenía la víctima respecto del acusado, sostuve en el precedente **«M. F.»** que **«[a] la situación estructural de asimetría de poder**, debe sumarse el contexto en que acontecieron los hechos de abuso y, principalmente, la función que desempeñaba M. F., lo que se traduce en una mayor preeminencia del acusado sobre la víctima, en tanto también se valió del rol que cumplía en tal oportunidad para perpetrar los abusos, ubicando a la víctima en una situación de mayor vulnerabilidad a la que estructuralmente se encuentra expuesta».

También referí que la ley 26.485 destaca el derecho de la mujer a vivir sin violencia en todos los ámbitos en que se desarrolla, tanto en los públicos como privados (art. 4). Por su parte, si bien la norma mencionada define la violencia sexual y laboral como manifestaciones de violencia contra la mujer por razones de género, el Convenio Nº 190 y su recomendación 206, ratificado por nuestro país mediante la sanción de la ley 27.580 (BO 15/12/20), amplía considerablemente el alcance de las situaciones de violencia y acoso que deben ser contempladas en los distintos ámbitos de trabajo.

De este modo, el mencionado convenio en su artículo primero define la violencia y el acoso en el mundo del trabajo como «un conjunto de comportamientos y practicas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género».

Precisa que «la expresión «violencia y acoso por razón de género» designa la violencia y el acoso que van dirigidos de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado, e incluye el acoso sexual» (inc. 1, a y b). Por otra parte, también profundiza sobre las medidas de prevención, sensibilización y reparación tendientes a proteger los derechos de la mujer, a quien considera que se encuentra dentro de los «grupos en situación de vulnerabilidad que están afectados de manera desproporcionada por la violencia y el acoso en el mundo del trabajo» (art. 6).

En suma, mi interesa visibilizar que la violencia sexual en el contexto laboral –en el caso, el acusado era propietario del local bailable y la víctima prestaba servicios en el lugar–, tanto en el ámbito público como

en el privado, es una de las manifestaciones de los estereotipos de género que posibilitan, refuerzan y demarcan las relaciones de poder basadas en el género.

b-2.- Valoración de la prueba.

b.2 Sentado cuanto precede, debo adelantar que a mi entender el juez de la instancia anterior aplicó en forma satisfactoria los estándares probatorios antes delineados al caso.

Ello, pues para considerar acreditados los hechos constitutivos de la agresión sufrida por la víctima ponderó debidamente los elementos de juicio incorporados legítimamente al debate bajo los parámetros de valoración que impone la temática en estudio.

En primer orden, corresponde señalar que los agravios recursivos en este orden se centran en cuestionar la ponderación probatoria efectuada por el sentenciante en relación con la credibilidad del testimonio de la víctima y de los elementos de juicio que dieron sustento a los extremos de la imputación.

En efecto, el recurrente sostiene que el testimonio prestado por la víctima M.G.S.C. en audiencia de debate presentó contradicciones con lo manifestado al momento de formular denuncia.

En este sentido, señala como una contradicción, que en la primera oportunidad refirió el nombre de J. como la persona que ingresó a la pista mientras estaban aconteciendo los hechos de abusos, mientras que en su declaración en audiencia de debate aseguró no recordarlo.

Como otro punto de contradicción, refiere que M.G.S.C. sostuvo que cuando logró salir del lugar donde la había llevado el acusado se dirigió a la pista y se encontró con sus amigas, en tanto D. M. declaró que ésta venía llorando del baño.

Entiendo que corresponde desestimar los agravios esgrimidos en esta instancia recursiva. Ello, por cuanto la defensa a partir de un análisis sesgado, ceñido a sus intereses y concentrado en circunstancias que no son nucleares al hecho, pretende desvirtuar elementos de juicio relevantes que, analizados de manera integral y con la necesaria perspectiva de género, dan sustento a la solución alcanzada por el juez de sentencia.

Dicho en otros términos, el recurrente realiza su crítica a partir de elementos aislados en el plexo probatorio y sin considerarlos en su integridad.

De tal manera, no logra desvirtuar los fundamentos brindados por el juez de la instancia previa para sostener la responsabilidad del acusado en los hechos atribuidos. En este sentido, el sentenciante consideró que el testimonio prestado por M.G.S.C. «[...] se evidencia como lógico, coherente y veraz a lo largo de toda la investigación de la causa, y que ella no solo tiene anclaje de rigor en sus propios dichos, sino en prueba testimonial rendida en el juicio [...], en informes forenses y en la testimonial de la psicóloga forense cumplida en el debate» (ver fundamentos, fs. 148 vta.).

Consideró también el sentenciante –acertadamente a mi criterio– en cuanto a las contradicciones o imprecisiones en el relato de los testigos relativas a algunas circunstancias o cronología de lo acontecido, que debían considerarse las condiciones ambientales que normalmente presentan los locales bailables, en cuanto a la luminosidad del lugar, la música fuerte y la circulación de gente.

Entendió que tales aspectos «[...] no pueden dejar de tenerse en cuenta al tiempo de valorar los testimonios a los que vengo haciendo referencia, ya que ilógico sería –y hasta excesivo– pedir a las jóvenes que tuvieran una memoria «fotográfica» o de precisión de una determinada situación fáctica [...], ex ante de un evento dañoso, «conmovero o traumático» para alguna de ellas».

Agregó que construir a partir de ciertas inconsistencias en los relatos de los testigos «[...] una hipótesis del caso, **con una justificación carente de prueba; parece más una aventura, débil de anclaje probatorio y también débil según los principios de la sana crítica racional**» (ver fundamentos, fs. 149 y vta.).

En función de estas consideraciones, el juez arribó a la misma conclusión en relación con las declaraciones prestadas por D. M., R. S. y R. I., a las que la defensa considera falaces, en tanto afirma –pero no demuestra– que mintieron en aspectos centrales de los hechos.

En efecto, a lo ya analizado, el sentenciante en el desarrollo de sus fundamentos precisó las coincidencias en los relatos de M. y S. en las circunstancias previas al acontecer objeto de las presentes actuaciones, en tanto dieron cuenta que la víctima fue convocada por el acusado y que ambos ingresaron a la pista que se encontraba inhabilitada en aquella oportunidad.

Del mismo modo, destacó que estas testigos, junto a R. I., «[...] fueron **«testigos directos» de la primera consecuencia dañosa del delito, esto es, de la afectación anímica o psicológica** en S., de la sensación de ultraje y de abuso propio de las víctimas de ilícitos contra la integridad sexual». Concluyó que los referidos testimonios «[...] se verificaron como objetivos, creíbles y veraces, y sin ninguna animosidad con vocación de perjuicio respecto del imputado» (ver fundamentos, fs. 151).

Por otro lado, la defensa también cuestiona la valoración que realizó el sentenciante con relación al testimonio prestado por M. M., quien se desempeñaba como personal de seguridad en el local bailable donde acontecieron los hechos.

La defensa sostiene que el juez de la instancia previa descalificó lo declarado por M. –en el sentido que la llamada «...» permaneció cerrada toda la noche y sólo él tenía las llaves– por la sola razón de considerar atípico e ilógico que los dueños del lugar no dispusiesen de todas las llaves internas o externas del local. Entiendo que este agravio tampoco puede tener acogida favorable. Ello por cuanto la defensa, como se dijo, realiza un análisis aislado de los elementos de juicio que benefician su postura, lo que deriva en un déficit argumentativo en sus pretensiones.

En efecto, en primer orden, considero que el razonamiento del sentenciante se condice con las reglas que rigen la sana crítica racional, en el sentido de considerar que los titulares de inmuebles normalmente tienen las llaves de las puertas de ellos.

En segundo orden, tal presunción adquiere en el presente caso mayor fuerza, a partir de un análisis integrado de la prueba, en donde los testigos coincidieron al declarar que la víctima ingresó a la referida pista bailable.

En definitiva, el recurrente no explica de qué manera la declaración brindada por M. M. constituiría una prueba dirimente de la ausencia de responsabilidad de T. C., en función del acerbo probatorio analizado.

En otro orden, la defensa se agravia por entender que no se ha acreditado debidamente la relación de causalidad entre la lesión constatada por el informe físico realizado a M.G.S.C. y el hecho atribuido a T. C.. Entiendo que corresponde desestimar el agravio esgrimido en este sentido.

Al respecto, el juez de sentencia –en criterio que comparto–, a partir de un análisis integral de los elementos de prueba obrantes en la causa, brindó adecuadas razones para considerar que el referido informe corroboró los dichos de la víctima M.G.S.C.

De este modo, el juez de sentencia sostuvo que las lesiones constatadas a la víctima por el Cuerpo Médico Forese, las que fueron realizadas un día después del hecho, eran compatibles con el relato que brindó M.G.S.C. al momento de formular la denuncia y que mantuvo a largo de todo el proceso.

En este sentido, destacó que M.G.S.C. – al ser interrogada por el fiscal sobre la circunstancia en que fue lastimada, precisó que ello tuvo lugar cuando «logré abrir un poco como un portón...yo traté de irme...y él volvió a meterme otra vez para adentro».

Agregó el sentenciante que «[...] la equimosis observada por la médico forense, por su coloración, efectivamente se corresponde con la «temporalidad» del evento ilícito que M.S. denunció» (ver fundamentos, fs.152 y vta.).

En definitiva, frente a estas consideraciones la defensa no presenta argumentos que logren dervirtuar las conclusiones a las que arribó el sentenciante.

En función de ello, y como adelantara, debe desestimarse el planteo formulado en este sentido. Del mismo modo, corresponde desestimar los agravios vinculados al informe psicológico realizado a la víctima por la Lic. López Dardanelli y su declaración en audiencia de debate. En este punto la defensa cuestiona que el informe haya sido realizado tres o cinco meses después del hecho y que sin fundamento científico se vincule el estado emocional de la víctima con el hecho denunciado.

Al respecto, debe decirse, como adecuadamente afirmó el sentenciante, que la Lic. López Dardanelli pudo observar que «[...] la denunciante no padecía trastornos que reflejara -aún después de tres meses- los sentimientos de ansiedad, miedo y angustia derivados del hecho denunciado y que en definitiva su relato era creíble». Agregó el sentenciante que la Lic. López Dardanelli en audiencia de debate consolidó las conclusiones de su informe a través de las preguntas que le formularon las partes.

Si bien como lo sostiene la defensa, la testigo refirió que no existían criterios para establecer la veracidad del testimonio de un adulto, la testigo aclaró que «fundamentalmente lo que tomó en cuenta es si hay coherencia entre el sentimiento al efectuar el relato y la situación vivida, al recordar se recrean todas las situaciones y es esperable que se produzcan los mismos sentimientos» (ver fundamentos, fs. 151 vta. y 152).

En cuanto a la deficiente fundamentación científica que vincule el estado emocional de la víctima con el hecho investigado, debo aclarar que en oportunidad de celebrarse la audiencia preliminar la defensa adhirió a las pruebas ofrecidas por el representante del Ministerio Público Fiscal y por el querellante particular.

Luego, en el debate se incorporó con acuerdo de las partes la prueba instrumental, entre ellas el informe psicológico realizado a la víctima por el Cuerpo Médico Forense obrante a fs. 74 (ver, fs. 121).

Conforme a lo expuesto, entiendo que la defensa no demuestra lo que pretende. En razón de que, tal como lo consideró el juez de la instancia anterior, en el informe en cuestión se da debidamente cuenta de la afectación de la víctima por el hecho.

No obstante ello, es dable destacar que el caudal probatorio cargoso valorado para concluir que el testimonio de M.G.S.C. era creíble, no sólo se nutre del referido informe psicológico, sino de otros elementos de juicio que la defensa no ha logrado controvertir efectivamente, tal como se analizó precedentemente.

De acuerdo a lo referido, entonces, puede afirmarse en este punto que, aun asumiendo de manera hipotética el planteo de la defensa, en el sentido de cuestionar el valor probatorio del informe psicológico, la sentencia condenatoria cuenta con elementos de prueba suficientes que dan sustento a la solución a la que arribó la juzgadora.

Por lo precedentemente analizado y, no obstante ser cuestionados todos los elementos de prueba referidos ut supra por la defensa, lo cierto es que tal crítica obedece a una interpretación parcializada de cada uno de ellos, motivada en los intereses que representa, pero que no se verifican en la sentencia impugnada.

En definitiva, de lo expuesto surge que el juez de juicio en base a los elementos de prueba antes detallados, llegó a la certeza necesaria en esta etapa procesal –sin que pueda predicarse la existencia de

una duda que habilite la aplicación del principio *in dubio pro reo*— para adoptar la decisión que aquí se cuestiona, plasmando su análisis en una resolución sin arbitrariedades y motivada de una manera lógica y convincente en cuanto a la acreditación de los hechos y la intervención que le cupo al acusado.

b.3.- Sobre la errónea calificación legal de los hechos

Seguidamente, corresponde analizar los agravios casatorios fundados en los vicios sustantivos, es decir, los referidos a la arbitraria adecuación de los hechos al delito endilgado al acusado, por considerar el quejoso que de los elementos de juicio legítimamente incorporados al debate no se ha podido acreditar los **elementos objetivos y subjetivos del tipo penal** en cuestión.

Sin embargo, atento a la vinculación entre los agravios formales y sustanciales, el rechazo a los primeros conduce necesariamente a la negación de los segundos.

Es que al haberse **confirmado la plataforma fáctica que el juez de sentencia tuvo por acreditada en oportunidad de dictar sentencia condenatoria, la pretensión de la defensa debe ser rechazada.**

Dicho de otro modo, **si el agravio sustancial encuentra como único sustento una modificación de la plataforma fáctica** sobre la que se asienta la calificación legal, denegado el primero, debe ello tener virtualidad manifiesta sobre lo segundo.

Al respecto, cabe señalar la posición asumida por este Tribunal, con distinta integración, al sostener, para la procedencia de un **vicio sustancial, que «[e]l recurrente debe ceñir su pretensión impugnativa a los hechos acreditados, toda vez que quien invoca un vicio sustantivo no puede desconocerlos ni modificarlos.**

Esta exigencia formal deriva de la esencia misma del control que permite este motivo casatorio, ya que con él se procura analizar el **vicio "iuris" atribuido a la resolución objetada**, el que siempre versa sobre una interpretación propiamente jurídica, sin que se puede evaluar ni alterar el material fáctico alcanzado por esa interpretación, el que queda fijado por el Tribunal inferior» (LS 473-163). «[l]a invocación de un vicio sustantivo supone el respeto inexorable de los hechos fijados en la sentencia, por ende no puede esgrimirse un error en la aplicación de la norma sobre la base de un error en la motivación del fallo. Quien invoca un vicio in iudicando debe atenerse a los hechos fijados por el a quo, sin discutirlos ni modificarlos» (LS 464-080).

En función de las consideraciones expuestas, y oído el señor Procurador General, corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido, coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a las particularidades que asume la valoración de la prueba cuando se juzga —como en autos— delitos sexuales cometidos contra una víctima menor de edad, me remito a lo oportunamente señalado en «**Ojeda Pérez**», «**Biscontín Tobares**», «**Zurita**», «**Gómez Ayala**», «**Porcel Valero**», «**Molina**», «**Villegas Calabreto**», «**Mamani Calla**», por resultar aplicables en ese aspecto al presente caso. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación deducido por la defensa de D. J. T. C. y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 212 dictada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Segunda Circunscripción Judicial.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Téngase presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 17 de agosto de 2022.-

20- MOLINA RAMIREZ. 07-09-2022.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	-	NNA	-	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=899>

Lex: Art. 119, 3° párrafo, 55 del CPP. Ley 26485. CDN.

Vox: VG. NNA. ASI. Abuso sexual con acceso carnal. Número indeterminada de hecho. Concurso real. Víctima menor. Contexto familiar.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **ocho años de prisión** como autor responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal en un número indeterminado de hechos en concurso real (art. 119, tercer párrafo y 55 del CP). La víctima sufrió los vejámenes desde los 11 años hasta los 13. El SA es su primo.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 2 CPP). Estima que no fue valorada correctamente la prueba. En subsidio solicita que se le aplique el mínimo de la escala penal.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1884, pronunciada por el TPC N° 2°-1° CJ.

Precedentes relacionados:

- Ver Agüero Pérez. 25-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=777>

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Palermo (Licencia).

Fallo.

CUJ: 13-06794553-5/1((018602-16460)) FISCAL C/ MOLINA RAMIREZ, SERGIO DANIEL POR ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO (16460/20) (16460) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106048692*

En Mendoza, a los siete días del mes de septiembre del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 06794553-5/1, caratulada “FC./ M. R. S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO, segundo, DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero, DR. MARIO D. ADARO.

La defensa técnica de S. D. M. R. interpone recurso de casación (véase expte. digital) contra la sentencia n° 1.884 emanada del Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial que condena a aquél a la pena de ocho años de prisión como autor responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal en un número indeterminado de hechos en concurso real (art. 119, tercer párrafo y 55 del CP) en los autos n° P-16.460/20.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

I.- La sentencia recurrida

El juez de la instancia previa tuvo por acreditado, con la certeza requerida para el dictado de una sentencia condenatoria, el hecho individualizado en la pieza acusatoria, según el cual «[...] sin poder precisar las fechas, pero desde que la víctima, [P.R.] (nacida el 4 de diciembre de 2005) cumplió los 11 años de edad y hasta sus 13 años, S. D. M. R. abusó sexualmente de la niña en diversas oportunidades, en el interior de la vivienda ubicada en calle ..., en el que ambos residían. En efecto, en una primera oportunidad en que la niña se encontraba durmiendo en el interior de una habitación del domicilio, M. R. ingresó a la misma, se colocó sobre ella, le bajó los pantalones y la penetró vaginalmente provocándole dolor, para luego retirarse al escuchar ruidos de alguien que se acercaba. Situaciones semejantes tuvieron lugar en reiteradas ocasiones en que M. R. – siempre en el mismo domicilio– tomaba a la niña por la fuerza, le tocaba los pechos, la besaba y le introducía su pene en la vagina. Finalmente, cuando la víctima tenía ya 13 años de edad, en el interior de una habitación situada en el domicilio de referencia, mientras [P.R.] se encontraba jugando con un teléfono celular, M. R. ingresó al cuarto, le bajó los pantalones y la penetró vaginalmente» (véase expte. digital).

Para decidir en tal sentido, el juez valoró el testimonio de la víctima prestado en Cámara Gesell; las declaraciones de Á. O., L. P., M. C., L. F.; los informes practicados por los profesionales intervinientes, así como las demás pruebas válidamente incorporadas al proceso.

II.- El recurso de casación de la defensa

La defensa técnica de S. M. interpone su impugnación a tenor del art. 474, inc. 2 del CPP. Ello, en tanto considera que no se encuentra probada la materialidad del hecho, ni la autoría y responsabilidad penal del acusado.

A tales efectos realiza una **crítica global de la prueba** que sustenta la sentencia del juez de la instancia anterior.

Considera, en particular, que existieron inconsistencias en el relato de la supuesta víctima que hacen que no sea creíble su testimonio.

A partir de allí, la recurrente concluye que no se ha alcanzado un grado de certeza positiva que permita afirmar que S. M. fue el autor de los delitos que se le atribuyen.

Subsidiariamente al planteamiento anterior, solicita que se le aplique el **mínimo de la escala penal** para el delito por el que su representado fuera condenado.

Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General entiende que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto (fs. 6/9 vta.).

Después de resumir los argumentos defensivos, valida el análisis de la prueba llevado a cabo por el juez sentenciante y refuta los agravios esbozados por la parte recurrente.

En particular, pone de relieve que el testimonio de la víctima fue claro, consistente, coherente y con detalles explícitos –tal como lo determinó el juez sentenciante–. A su vez, destaca que el juez llegó a su decisión en función de la valoración del informe del Cuerpo Médico Forense y demás pruebas que corroboran aquella declaración.

Respecto del planteo subsidiario de aminoración de la pena, destaca que el impacto de las circunstancias atenuantes ya fue evaluado en contraposición a las agravantes, arrojando una valoración justa y equitativa.

En suma, sostiene que la sentencia se fundó sólidamente, analizando en profundidad las testimoniales rendidas en la audiencia de debate y el resto de las pruebas incorporadas a la causa, por lo que el recurso interpuesto no puede prosperar.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso interpuesto por la defensa del acusado M. R. entiendo, en función de los argumentos que continuación expongo, que corresponde el rechazo de la impugnación y, en consecuencia, debe convalidarse la sentencia recurrida en su totalidad.

a- Valoración del testimonio de la víctima.

a.- La defensa cuestiona la validez del razonamiento del juez en la sentencia a partir de la valoración del testimonio de P.R. Es que **en él se encuentran las coordenadas claves de la arquitectura del hecho imputado a S. M..**

La crítica relativa a la falta de credibilidad de la versión de P.R. se sustenta en lo que serían imprecisiones en su relato, en prueba que refutaría sus dichos y en el cuestionamiento del carácter científico de la labor desarrollada por los profesionales del Equipo de Abordaje de Abuso Sexual (EDeASS). A continuación, analizaré ordenadamente cada una de estas cuestiones.

La defensa sostiene que «los fundamentos son confusos al relatar que las presuntas discordancias no son relevantes, muy por el contrario, al encontrarse en una plataforma fáctica por demás general y difusa en el requerimiento acusatorio, cuando menciona que no pueden precisarse fechas, es porque la misma víctima en las distintas etapas de la investigación ha aportado datos difusos, que no hacen más que confundir todo y además demostrar que existe un relato mitómano» (véase expediente digital).

Es posible deducir que el recurrente hace referencia a que existiría una contradicción entre lo declarado por P.R. a D. C. y lo declarado al momento en el que la Dra. Herrera practicara el examen físico, pues en un caso dijo haber sido abusada por última vez el 15 de febrero y en el otro el 9 de febrero de 2020. Sin embargo, como el recurso defensivo es abstracto y se limita a realizar especulaciones –carentes de elementos que la avalen– en contra de P., no es posible determinar con precisión si se hace referencia a esta discordancia de fechas.

El método de la defensa consiste en comentar por completo la sentencia del juez sentenciante y reiterar su toma de postura respecto de cada uno de los elementos de prueba al momento de alegar, sin aportar argumentos que desvirtúen el razonamiento del juez de la instancia previa respecto del abordaje de aquellos planteos.

En particular, respecto de las fechas antes mencionadas, el juez sentenciante fue claro al refutar esta crítica en tanto en la descripción de los hechos no se mencionan fechas determinadas, sino que estos ocurrieron cuando P. tenía 13 años.

Durante la audiencia en Cámara Gesell, las entrevistadoras preguntaron inicialmente a P.R. qué pasó con el primo y respondió: «mi primo me hacía mucho el cochino y todo eso. Me manoseaba, todo».

Acto seguido, se la consultó específicamente cuántas veces puso su pene en la vagina, y ella respondió: «desde que tenía once [años] hasta los trece [años]», y después ratificó que «esto pasó a mis once años» (véase expediente digital).

La defensa continúa y resalta variaciones en el relato de la niña P.R., pues a su entender, sus dichos son incoherentes, ilógicos y poco creíbles.

En concreto, para descalificar el relato de P.R. en cuanto a la existencia de los abusos, la defensa hace referencia, por un lado, al testimonio brindado por el hermano del acusado, A.A.M., quien habría presenciado uno de los hechos y, sin embargo, al momento de declarar lo negó.

Por otro lado, con el mismo fin, destaca el testimonio de la hermana de P.R., J.R., quien cree que el hecho sucedió.

Ahora bien, estas cuestiones no permanecieron ajenas al análisis del juez de la instancia previa, quien explicó en la sentencia –satisfactoriamente, a mi entender– que A.A.M. tenía interés en mejorar la situación de su hermano, del mismo modo que hizo la madre del acusado. del mismo modo en que lo hizo con su madre.

Así lo expresó el magistrado en un fragmento de su sentencia cuando afirmó que «es contrario a las reglas de la lógica, la psicología y la experiencia común confrontar de igual a igual dos versiones de un mismo hecho cuando uno de los protagonistas ostenta un vínculo de parentesco directo con el imputado» (véase expte. digital).

A continuación, agregó: «En este legajo fue evidente durante la audiencia que el menor de edad asumió la misma postura que su madre N. d. C. R., procurando a toda costa poner distancia entre el imputado y la víctima, alegando que siempre estaba trabajando, que P. concurría a la escuela diariamente y que no había horario en los cuales pudieran coincidir la niña con su primo.

En otras palabras, quedó claro que tanto el menor [A.A.M.] como su madre hicieron todo lo posible para disculpar o mejorar la situación procesal de S. D. M. R., motivo por el cual colijo que la contradicción señalada por el defensor de ningún modo puede tener entidad para descalificar el relato de [P.R.]» (véase expte. digital). Por su parte, respecto de la hermana de la víctima, el juez sostuvo que su testimonio no alcanza para descalificar el testimonio de la niña P. pues, en verdad, lo que pretendería la testigo es desvincularse del hecho para no tener conflictos con la familia de su tía.

En consecuencia, este camino argumentativo, utilizado por la defensa para quitarle solidez a la versión de la niña P.R., debe ser descartado. Bien, después de analizar las razones brindadas por la defensa para anular la sentencia condenatoria y compulsar las presentes actuaciones, así como los fundamentos de la sentencia cuestionada por defensa (véase expte. digital), **entiendo que no se advierten contradicciones en el relato de la niña P. que hagan mella en la credibilidad de su testimonio.**

No debe olvidarse que las agresiones contra la integridad sexual se cometen usualmente en el ámbito de la intimidad y al margen de terceros, contexto que, junto con las prescripciones derivadas de compromisos internacionales asumidos por nuestro Estado, así como de la legislación nacional y provincial que protege los derechos del niño, impone poner en un lugar destacado el testimonio de la niña P. En estos casos se advierte una mayor vulnerabilidad por tratarse de un ataque contra la integridad sexual y por la edad de la víctima.

Vulnerabilidad que aumenta cuando la agresión se produce en el seno. Todo lo cual ha sido especialmente tenido en cuenta por el juez sentenciante.

Dicho lo anterior, deben dejarse de lado las suposiciones completamente infundadas realizadas por la defensa en relación con la invención del hecho por parte de la niña por haberse enamorado del autor y no haber sido correspondida.

Nada de esto se encuentra sustentado en prueba concreta y, por ello, debe ser descartado de plano.

Son contundentes en este sentido, las afirmaciones del juez de la instancia previa, cuando acertadamente afirmó: «Rechazo de plano esta hipótesis porque nunca dejó entrever esa posibilidad la víctima cuando declaró en Cámara Gesell; porque cuando el Lic. Ramos González fue preguntado por la existencia de conflictos con la novia del imputado no hubo ninguna mención sobre una cercanía afectiva con el primo y ligó exclusivamente el malestar con la joven a que esta “le hablaba mal o la rebajaba”; y porque la Lic. Anello no dejó plasmado en la pericia su opinión personal sobre el particular, agregándolo en el debate como una conclusión subjetiva que escapa al ámbito específico de actuación para el cual había sido convocada en esta causa como perito de parte».

Tampoco puede aceptarse la crítica al carácter científico de la labor de los profesionales pertenecientes al Equipo de Abordaje Abuso Sexual.

No solo dicha objeción carece de asidero teórico –ni siquiera ha sido articulado fundadamente– sino que olvida que la sentencia se basa en numerosos elementos de convicción que avalan el testimonio de la niña y le otorgan credibilidad.

Entre ellos, el examen físico practicado a aquella por el Cuerpo Médico Forense, según el cual tenía su «himen desflorado de antigua data con desgarró en hora 10 y 11».

Según la declaración en el debate de la Dra. Yolanda Herrera aquella situación está originada por la introducción de un elemento de borde romo o por una cirugía, descartada en este caso, por lo cual es altamente probable que haya sido por un elemento de borde romo o redondeado, como el pene o los dedos de una mano.

También, el juez de la instancia previa consideró que «[...] en el legajo del ETI el Dr. Luraschi describe en su informe que el Lic. Ramos “...al indagar sobre si la última vez que lo (su padre) vio hablaron de su madre o Nicolás o su tío, refiere que no hablaron de su mamá con su padre, refiere situación de malestar respecto a D., al indagar más la niña se angustia, a lo que se le pide que confié en el equipo, inmediatamente la niña expone que se quiere ir a vivir con su papá porque D. la toquetea, refiere “- en mi pieza...ha pasado muchas veces...pasaba desde antes de noviembre del 2019, también pasaba con mi hermana mayor J....”».

Además, valoró que durante el debate el Lic. Ramos ratificó que cuando se le preguntó por la dinámica

familiar, P.R. primero manifestó no llevarse bien con S. D. M., haciendo referencia a tratos que le generaron malestar, y antes de concluir el encuentro se angustió y expresó que fue objeto de tocamientos por parte de aquel.

Destacó que esos acontecimientos habían ocurrido en una habitación en distintas ocasiones, pero no se la interrogó porque conforman un equipo de guardia y derivaron el caso al equipo de abordaje. A esos elementos el juez sumó la consideración según la cual dos días después de la denuncia realizada por el Lic. Ramos, la niña fue examinada por la médica forense, «quien previamente relató que “su primo D. M. de 21 años, le daba besos en la boca, le tocaba las tetitas, los genitales y luego le metía los dedos abajo con dolor y sangrado posterior posteriormente con introducción de su pene en vagina sin uso de profiláctico. Esto ocurría casi a diario casi todos los días hasta el 09/02/20 inclusive».

Por su parte, encuentro de relevancia lo afirmado por el juez de la instancia previa sobre el cuestionamiento de la defensa, expuesto en esta instancia pero planteado durante sus alegatos, en tanto afirmó: «[...] además de la carencia de fundamentos científicos capaces de cuestionar la idoneidad de las pericias realizadas durante la investigación penal preparatoria, soslaya el defensor que la Lic. Natalia Anello, perito de parte de la defensa, participó en la Cámara Gesell y pericias posteriores, llegando a una conclusión común con el resto de los profesionales, en punto a considerar que ocurrieron actos de abuso sexual de los cuales fue víctima la niña P. R. y cuyo autor es el primo S. M. R.. Es más, dijo la Lic. Anello en el debate que “Se observó una vivencia traumática. La niña presentaba un discurso coherente y vivencial de los hechos, y por eso se llega a la conclusión.

Siendo esto así, antes que cuestionar la coherencia intrínseca del relato de P. R., la defensa debió contradecir a su propio perito de parte, pues la Lic. Anello afirma la existencia de hechos abusivos mientras el letrado defensor niega la materialidad de estos, así como la autoría de S. D. M. R., de modo tal que sus críticas se tornan inconsistentes para erosionar la hipótesis acusatoria».

En suma, el testimonio de la niña P., junto con el resultado del examen físico y los testimonios de los profesionales intervinientes en los diversos informes, son las principales pruebas de cargo valoradas por el juez de la instancia previa, tanto respecto de la materialidad del hecho, como de la autoría del acusado.

b.- Resta analizar la labor del juez al momento de individualizar la pena.

Esto, en razón de que, subsidiariamente, la defensa solicita se aplique el **mínimo** de la escala penal del delito por el que fuera condenado S. M., esto es, seis años.

En este segundo tramo del recurso se argumenta que la pena de ocho años de prisión es excesiva, en razón de la edad del acusado, la falta de antecedentes penales y el estado de vulnerabilidad verificado por su entorno socio-cultural.

Estos extremos, no obstante, no son desarrollados por la defensa, permaneciendo en un plano de abstracción que no permite vislumbrar cómo repercutirían en tanto atenuantes de la culpabilidad.

Su mera mención, si se considera la gravedad del hecho por el que S. M. fue acusado y que la pena impuesta no se aleja sensiblemente del mínimo de la escala penal (seis años), pero sí del máximo (cincuenta años al tratarse de un concurso real), no resulta un agravio que ponga en tela de juicio la determinación de la pena llevada a cabo por el tribunal de juicio. Por tal razón, se impone su rechazo.

Más aun, cuando **el juez de la instancia previa, valoró debidamente las circunstancias agravantes y atenuantes previstas por el art. 41 del CP en la sentencia.**

En este sentido, y entre las primeras, señaló que **«dentro del grado de injusto, las agresiones sexuales fueron llevadas a cabo sobre una menor, que es prima de S. D. M. R., quebrantando con ello la confianza y armonía que debe reinar en todo grupo familiar.**

Pondero también como circunstancia agravante que no estamos en presencia de una única ofensa a la libertad sexual de la niña, sino ante una **persistente actividad continuada en el tiempo** [...].

Puntualmente, informaron los peritos en el examen psíquico realizado a [P.R.] que, en tanto presenta recuerdos intrusivos recurrentes y sentimientos angustiosos vinculados a dichos recuerdos, su cotidianeidad se ha visto modificada por retraimiento social, alteraciones del sueño y bajo rendimiento escolar provocado por sentimientos de desgano, considerando que las vivencias soportadas se han constituido en psico-traumáticas (fs. 240/241)». .

Por su parte, en relación con las circunstancias atenuantes, considero «sus condiciones socioculturales (proviene de un grupo familiar asentado en un barrio marginal expuesto a un estado de vulnerabilidad psico-social), sus rasgos de personalidad entre los que destaca la inmadurez emocional, y su juventud, pues habría iniciado las agresiones sexuales apenas cumplidos los dieciocho años, todo lo cual acrecienta sus posibilidades de encauzamiento y reinserción social.

Igualmente considero favorable que M. R. carece de antecedentes penales computables, lo que facilita su tratamiento penitenciario» (véase expte. digital).

c.- Sobre la base de lo señalado considero que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado y, en consecuencia, convalidar en su totalidad la sentencia puesta en tela de juicio.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

Sobre la misma cuestión el DR. JOSÉ V. VALERIO, adhiere por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO: Conforme lo anterior, corresponde omitir pronunciamiento en este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse como afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere, al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de esta Suprema Corte de Justicia de Mendoza, fallando en forma definitiva se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de S. D. M. R..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 7 de septiembre de 2022.-

21- AGUERO OLMOS. 12-09-2022.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	-	NNA	-	PCE	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=901>

Lex: Art. 119, 3° párrafo; 55; 119, 1° párrafo; 55 del CP.

Vox: VG. NNA. A.S.I.. Abuso sexual con acceso carnal. Abuso sexual simple. Concurso real. Pluralidad de SP.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **doce años de prisión** como autor responsable de los delitos de abuso sexual con acceso carnal – dos hechos– en concurso real con abuso sexual simple, todo en concurso real, previstos en los arts. 119, 3° párrafo; 55; 119, 1° párrafo; 55; 12; 40 y 41 del CP.

La defensa interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 -2 CPP). Estima que no se realizó actividad valorativa por el juez sentenciante.

El Procurador General entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La SCJM rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1249. TPC N° 2-1° CJ.

Precedentes citados

a-CSJM

- Ver «Galdeano Reyes», «Merlo Lassa», «Basualdo Reyes».
- Vargas Riquelme. 02-12-21. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=743>
- Ver «Teves Lucero», «Italiani», «Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa», «Ojeda Pérez», «Brancello», «Ortega Ragonesi», «Biscontín», «Tobares, Zurita» y «Gómez Ayala».
- Ver «Mejía Salvador» y «Di Césare Morales»

b-CIDH

«Castro Castro vs. Perú». Fondo, 25-05-06.

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf

Caso Rosendo Cantú vs. México. 31-08-10

https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339

Caso «Fernández Ortega y otro vs. México». 30-08-10.

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/fernandez_ortega/esap.pdf

Doctrina citada.

CSJM. Dres.: **Adaro**. Valerio. Palermo.

Fallo.

CUIJ: 13-06827959-8/1((018601-747087)) F. C/ AGUERO OLMOS RODOLFO RICARDO P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL Y ACUMULADOS N° 747057/19 Y 746676/19 (747087/19) (747087) (747057/19) (747057) (746676/19) (746676) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106079814*

En Mendoza, a los doce días del mes de septiembre del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06827959-8/1 caratulada “F. C/ A. O. R. R. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL Y ACUMULADOS N° 747.057/19 Y 746.676/19 (747.087/19) (747.087) (747.057/19) (747.057) (746.676/19) (746.676) S/ REC. EXT. DE CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa oficial de R. R. A. O. interpone recurso de casación contra la sentencia n° 1.942 y sus fundamentos leídos en audiencia registrada en soporte digital, que lo condena a la pena de doce años de prisión como autor responsable de los delitos de abuso sexual con acceso carnal – dos hechos– en concurso real con abuso sexual simple, todo en concurso real, previstos en los arts. 119, 3° párrafo; 55; 119, 1° párrafo; 55; 12; 40 y 41 del CP, en las causas n° P-747.087/19; P747.057/19 y P-746.676/19.

El pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La sentencia impugnada tiene por acreditado en los autos n° P-747.087/19, que el día 1 de setiembre de 2019, aproximadamente a las 21:00 horas, R. R. A. O. hizo ingresar, contra su voluntad, al interior de su domicilio sito en Barrio ..., Mendoza, a la víctima en autos MBM, menor de 12 años de edad, quien se dirigía acompañada de GVM, menor de 12 años de edad, a quienes el encausado les manifestó que si no se quedaban calladas les iba a pasar algo a sus hermanitos.

Seguidamente A. O. hizo ingresar, contra su voluntad, a MBM al interior del baño de la propiedad, y previo sacarle toda la ropa le introdujo su pene en la vagina eyaculando en su interior, luego la niña MBM logró quitárselo de encima y junto a G. pudieron escaparse del lugar (registro audiovisual de fecha 13 de octubre de 2021, a partir del minuto 05:24 a 06:18).

Asimismo, tuvo por acreditado en los autos n° P-747.057/19 que, en fecha no precisada, aproximadamente en el mes de agosto del año 2016, alrededor de las 20:00 hs., en momentos en que EBGGM, menor de 13 años de edad, circulaba por calle ..., fue interceptada por R. A., quien se bajó de un vehículo, tomó a EBGGM, le tapó la boca y la hizo ingresar al interior del auto.

Posteriormente le quitó las prendas de vestir, introdujo su pene en la boca de la menor de edad y luego en su vagina, y le manifestó que si decía algo iba a matar alguno de sus hermanos (art. 119, 3° párrafo del CP), (registro audiovisual de fecha 13 de octubre de 2021, a partir del minuto 09:00 a 09:50).

Para así decidir en autos n° P-747.087/19, el juez de la instancia previa meritó pruebas instrumentales y testimoniales recibidas en la audiencia, tales como las testimoniales de las progenitoras de las menores

afectadas, el informe proporcionado por el Centro Estratégico Operacional de fs. 20/23, el informe psíquico realizado a la menor MBM por el Equipo de Abordaje de Abuso Sexual (EDeAAS) y las testimoniales de profesionales que intervinieron, el informe elaborado por el Programa Provincial de Maltrato Infantil (PPMI) de fs. 29/30 y las declaraciones de profesionales intervinientes, entre otras pruebas.

En cuanto a los autos n° P-747.057/19, el sentenciante valoró la declaración de la menor EBGm brindada en Cámara Gesell, así como pruebas instrumentales y testimoniales recibidas en la audiencia para arribar a la certeza del dictado de la sentencia condenatoria al tener por acreditados los hechos expuestos en la acusación.

2.- Recurso de casación

El recurrente sustenta el recurso de casación en el inc. 2 del art. 474 del CPP, por entender que en la sentencia cuestionada en los autos P-747.087/19 y P-747.057/19 se transcribió el requerimiento acusatorio, prueba instrumental y testimonial recibida en la audiencia, pero no se realizó actividad valorativa al respecto por lo que, en su opinión, carece de motivación y debe concluirse con la absolución de sus asistido por el beneficio de la duda a tenor del artículo 2 del CPP.

2.1.- Autos n° P-747.087/19

La defensa esgrime que la menor MBM **no declaró en Cámara Gesell y que, por tanto, no se pudo apreciar su relato en primera** persona acerca de lo sucedido en el inmueble de A. O, y entonces debe cotejarse el resto del material probatorio incorporado de forma objetiva.

Expresa que si bien en el bóxer del encausado, secuestrado en el allanamiento realizado en su domicilio donde residía en Barrio ..., se observaron cabezas de espermatozoides no se acreditó que guardara relación con el hecho investigado.

Agrega que en las prendas de la menor MBM tampoco se halló antígeno prostático, fosfatasa ácida prostática ni cabezas de espermatozoides que demostraran contacto del acusado con la menor MBM. Relacionado con lo anterior, afirma que la Dra. María Gabriela Casa y la Dra. Silvina Gringuer, profesionales del Cuerpo Médico Forense (CMF), concluyeron que la menor no presentaba al momento del examen físico lesiones traumáticas recientes en la superficie corporal, y que en el examen ginecológico observaron en región genital y para genital himen íntegro con escotadura en hora 5 y 7, región anal y peri anal con pliegues del ano conservado sin lesiones recientes.

Señala que en la audiencia la profesional de Cuerpo Médico Forense descartó que la menor haya sido accedida carnalmente, y que las escotaduras observadas en la zona genital son variaciones anatómicas que cualquier persona puede tener y no constituyen desgarró.

Concluye que, en su criterio, no existieron pruebas suficientes que sustenten la condena de su asistido, por lo que la sentencia impugnada violó el art. 2 del CPP.

2.2.- Autos n° P-747.057/19

La defensa indica que esta causa se inició por la denuncia que realizó el día 4 de setiembre de 2019, M. B. B., madre de EBGm de 16 años de edad. Agrega que en la audiencia se reprodujo el testimonio de la menor en Cámara Gesell según el cual manifestó **que no vio al autor del hecho**, que circulaba solo en el auto y que aludió a A, O,, pero que no se precisó las características del vehículo porque el acusado no posee un auto de color rojo.

Expone que la menor relató que le contó lo sucedido a la maestra de la Escuela ... de nombre A, y a su novio M., pero que tanto A. Z. como M. A. C. negaron que les hubiera comentado que fue abusada sexualmente por el acusado.

La defensa concluye que corresponde absolver por la duda a A. O., en razón que no existe plexo probatorio que demuestre con certeza la condena impuesta por el tribunal interviniente.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General opina que formalmente el recurso de casación interpuesto es procedente, pero que sustancialmente no puede prosperar en razón que **la sentencia atacada no adolece de los vicios alegados por la defensa de A. O..**

En tal sentido, afirma que el sentenciante concluyó en la autoría del acusado en los hechos imputados en los autos citados luego de analizar y cotejar en conjunto y en su totalidad el plexo probatorio. Expresa que en los autos n° P-747.087/19, si bien la **menor MBM no declaró en Cámara Gesell por no reunir las condiciones psíquicas necesarias**, se estableció en el informe psíquico realizado en el EDeAAS que la niña pudo manifestar en la entrevista preliminar los acometimientos de los que fue víctima por parte del acusado, y que presentaba **indicadores de trauma** que fueron enumerados y ejemplificados.

Señala también otras pruebas que coincidían con su relato y que acreditaron la existencia del abuso sexual investigado, tales como el informe del PPMI del que surgió que la menor relató el hecho tal como se investigó, el examen bacteriológico efectuado que arrojó la existencia de una **infección vaginal que no era compatible con la edad de la niña, la presencia de tejido hemático en la bombacha de la misma y restos encontrados en el calzoncillo del acusado.**

En lo relativo a los autos n° P-747.057/19 indica que la menor relató el hecho ocurrido, describió el accionar desplegado por el acusado, y que el agravio referido al color rojo del vehículo es una circunstancia secundaria que no alcanza a descartar los aspectos primordiales.

En tal sentido, expone que del informe psíquico practicado a la menor se concluyó en la confiabilidad y credibilidad del relato con detalles de contexto y elaboración inestructurada, y que por su estado anímico y vivencia traumática vivida se determinó la ausencia de influencia externa o familiar.

En definitiva, afirma que los agravios planteados por la defensa reflejan su discrepancia con la interpretación dada por el sentenciante respecto del material probatorio.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento adelanto que, a mi entender, corresponde desestimar el recurso de casación interpuesto por la defensa de R. R. A.güero O. y confirmar la sentencia pronunciada por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial. Veamos las argumentaciones que sustentan mi decisión en los autos recurridos.

4.1.- Consideraciones acerca los cuestionamientos respecto de los autos n° P747.087/19

En la presente causa advierto que el jugador, al comienzo de la sentencia, detalló las pruebas instrumentales y testimoniales recibidas en la audiencia, y a partir del párrafo 28 de la sentencia profundizó el análisis y valoración de los elementos probatorios dentro del sistema de la sana crítica racional y perspectiva de género (ver párrafos n° 23 a 30 de la sentencia).

En efecto, el juez de la instancia previa meritó las pruebas en el contexto y en forma integrada para validar las declaraciones de la niña MBM brindadas en la entrevista preliminar y en la psicológica, de las que surgieron indicadores de credibilidad, de trauma psíquico y de ausencia de influencias de terceras

personas, consignados en el informe psíquico de fecha 26 de mayo de 2020 elaborado por las licenciadas Johana Jardón y María Celeste Alfandari, profesionales del Equipo de Abordaje de Abuso Sexual (EDeAAS). Así, por un lado, consignó –conforme la declaración de la Lic. Johana Jardón– que de la entrevista preliminar que le realizó a MBM «[...] surgió que no se encontraba en condiciones de prestar declaración a través de una Cámara Gesell» (párrafos 27 de la sentencia, cfr. párrafo 28 de la sentencia).

Por otro lado, el juez valoró elementos aportados por MBM en las entrevistas aludidas, a los que consideró valiosos porque, según declaró la Lic. Jardón en la audiencia, MBM «[...] [i]dentificó al agresor como R. A.. Dijo que abusó de ella y de su prima G. Pasó una sola vez, cuando ella estaba en sexto grado. Fue de noche, como a las nueve. Su mamá y su tía las habían mandado a comprar pan, porque los primitos querían tomar el té. Su tía M. y sus primos habían ido a visitarlos a su casa. Estaban hablando con G. y pasó un auto, se les cruzó y las hizo subir, Las llevó hasta la casa de él.

Cerró la puerta y la trancó. Ellas gritaban pero no las escuchaban. R. la encerró en el baño y a la prima en la habitación. Le bajó la ropa, primero la de abajo, el pantalón y la bombacha y después la de arriba y la penetró por la vagina con su pene. Para hacerlo se bajó el pantalón. Estaba muy angustiada cuando hablaba. Su prima le empezó a pegar por atrás. Les abrió la puerta y salieron corriendo. Antes R. les dijo que si decían algo le contaban a alguien las iba a matar, al igual que a sus hermanos. Esa noche no pudieron contar nada a sus madres.

Al otro día, el lunes, su prima G. que se había ido con su madre a su casa le contó lo ocurrido y ésta se lo dijo a su mamá» (párrafo 27 de la sentencia).

También se consideró en la sentencia que en el punto cuarto del **informe psíquico citado** se informó que MBM «[...] relató los hechos de manera coherente, verosímil, sin contradicciones, con estructura lógica, con referencia a detalles, con indicadores. Ella dentro de sus límites describió interacciones, interrupciones.

Su estado mental. Tiene miedo. Presenta un estado afectivo con retracción, angustia. Con las técnicas gráficas se ilustra y con las entrevistas de la pericia. El impacto psíquico determinó que MB presentara indicadores de haber sido víctima de sucesos de carácter traumático.

Presenta angustia, pesadillas, aumento de los períodos de sueño, fluctuaciones en el apetito, aislamiento social, irritabilidad, enojo, conducta impulsiva, temor a las relaciones interpersonales, inestabilidad emocional» (párrafo 27 de la sentencia; ver registro audiovisual de fecha 4 de noviembre de 2021, a partir del minuto 10:05).

Además, debe tener en cuenta que la Lic. Jordán subrayó en la audiencia que por el estado de malestar, angustia, ansiedad y afectación por los hechos de abuso sexual padecidos por la niña, se encontraba muy inhibida y no estaba apta para atravesar el proceso en Cámara Gesell, pero que durante la entrevista preliminar realizada el día 1 de octubre de 2019, describió el hecho de abuso sexual perpetrado por el acusado, lo que se plasmó en el informe psíquico aludido. Explicó que la niña aportó datos con bastante malestar, identificó al agresor como R. y dijo que «abusó a mí y a mi prima», y al preguntarle a qué prima se refería, respondió «a la L.».

Aclaró que fue en el baño de la casa de R. a las 9 hs., en ocasión de ir caminando y hablando a comprar pan, cuando de repente se paró un auto, un hombre les tapó la boca, las llevó a su casa, ellas gritaban y no las escuchaban, que manejaba R. y que al hombre que le tapó la boca no lo conocía (ver audiencia de fecha 4 de noviembre de 2021, a partir del minuto 17:22).

La profesional mencionada también se refirió en la audiencia acerca de los indicadores de credibilidad que surgen del relato de MBM evaluados en el proceso pericial, mediante las entrevistas y técnicas gráficas –

contenidos en el punto 4 y valorados en la sentencia– tales como, coherencia, verosimilitud, sin contradicciones, con una estructura lógica, referencia a detalles, indicadores situacionales, descripciones de asociaciones externas al suceso investigado, interacciones, interrupciones, estado referencial subjetivo por el miedo, relato brindado en un contexto marcado por inhibición, retraimiento, angustia, entre otros aspectos (ver párrafos 27 y 28 de la sentencia, registro audiovisual de fecha 4 de noviembre de 2021, a partir del minuto 25:50).

Asimismo, la credibilidad del relato de MBM se validó en la audiencia con las testimoniales de la tía de la niña, M. R. M. y su progenitora, M. B. M., quienes declararon que el develamiento del hecho de abuso sexual perpetrado por A. O. contra MBM se produjo al día siguiente de su ocurrencia cuando GM se lo comentó a su madre y MBM a su madre, respectivamente (ver párrafo 28 de la sentencia).

En tal sentido, M. R. M. manifestó en la audiencia que ese día habían enviado a EBGM y a MBM a comprar pan y no sabían por qué tardaban, salieron a buscarlas con su otra sobrina y las encontraron paradas en la placita.

Declaró la testigo que ese día las niñas no dijeron nada hasta el día siguiente en la noche en que EBGM le contó a su otra hija (J.) porque tenía vergüenza de decirle a ella que era su madre, tenía miedo que le hiciera algo, que le pegara, y ella le dijo que no le haría nada y no debía callarse eso que le pasó.

Agregó que EBGM le contó a su otra hija que el encausado las había subido al auto y las habían llevado a la casa de él, las había encerrado en la casa mientras abusaba de la otra niña, de la prima que había metido al baño, trabó la puerta y su hija quería salir y no podía, su hija se puso muy nerviosa al hablar del tema, le dijo que la llevó A. a su casa, las niñas llegaron sin las compras porque el almacén estaba cerrado. Expuso que al día siguiente en su casa su hija le dijo todo, lo que le había pasado a MBM, le dijo que a EBGM A. O. la había abusado y después le abrió la puerta para que salieran.

Refirió, además, que a partir de entonces su hija estaba rebelde, le contestaba mal después de esa situación, fue a la psicóloga en el hospital de L. durante meses y después con la pandemia no le dieron más turnos, con el tratamiento se sentía mejor (ver audiencia de fecha 13 de octubre de 2021, a partir del minuto 16:50).

En el mismo sentido declaró la madre de MBM, M. B. M., quien manifestó que le preguntó a su hija B por qué motivo no le comentó lo sucedido el mismo día, y le respondió llorando que A. O. la amenazó a ella y a EBGM que las iba a matar y a sus hermanitos, ocasión en que MBM le dijo que la violó en el baño de su casa, que gritaron pero había música en la casa, le dijo que le exigió que le hiciera sexo oral y la penetró. Agregó que habló con el acusado y le preguntó por qué había abusado de su hija siendo que se conocen desde hace años, y que aquél le respondió sonriendo que ella era una «vieja loca» y la iba a denunciar (audiencia de fecha 13 de octubre de 2021, a partir de hora 1.30:57).

De modo entonces que no puede prosperar el agravio relativo a la falta de ponderación de una declaración de MBM en Cámara Gesell, porque de conformidad con lo expuesto, en la sentencia el juez consignó que las licenciadas Jardón y Alfandari informaron sobre la falta de condiciones psíquicas de la niña para relatar nuevamente el hecho y consideraron desaconsejable una nueva entrevista en Cámara Gesell y que además, brindaron elementos valiosos con detalles del hecho de abuso sexual consignados por las profesionales mencionadas en el informe psíquico agregado a fs. 213/214 de autos P-747.087/19, de los que surgen indicadores de trauma por el hecho de abuso sexual cometido por el acusado (párrafo 28 de la sentencia).

En lo relativo a la valoración de pruebas con perspectiva de género me he pronunciado en antecedentes jurisprudenciales, por ejemplo, «Galdeano Reyes», «Merlo Lassa», «Basualdo Reyes», «Vargas

Riquelme», en los que me he referido a la ponderación amplia e integrada que debe realizarse de los elementos probatorios obrantes en causas como la aquí analizada, de acuerdo a los estándares internacionales construidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en cuanto a la declaración de mujeres víctimas de violencias (cfr. Corte IDH, Caso del penal «Castro Castro vs. Perú». Fondo, Reparación y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N° 160; Corte IDH, Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216; Caso «**Fernández Ortega y otro vs. México**». Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215; y C.S.J.N. in re «Leiva, María Cecilia», entre otros).

Así pues, en los fallos antes citados, he afirmado que en el ámbito nacional, la ley 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, «establece criterios amplios en la interpretación de las pruebas, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para juzgadores y juzgadas de valorar las pruebas con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática y análisis de las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrollan los hechos de violencias».

Ello así, el art. 16 de la citada normativa establece la garantía que la investigación se realice bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos, «teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos», y el art. 31 conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes.

Además, en «**Vargas Riquelme**» he sostenido que la Corte IDH en casos de niñas, niños y adolescentes afirmó que además del acatamiento de los estándares establecidos en casos de violencia y violación sexual contra mujeres adultas, en el marco del artículo 19 de la Convención Americana, se debe aplicar medidas particularizadas y especiales con base a cuatro principios rectores de la Convención Sobre los Derechos del Niño : «[...] principio de no discriminación, el principio del interés superior de la niña, el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, el principio de respeto a la opinión de la niña en todo procedimiento que la afecte, de modo que se garantice su participación, en lo que resulte pertinente para identificar las medidas especiales que son requeridas para dotar de efectividad a los derechos de niñas, niños y adolescentes cuando son víctimas de delitos de violencia sexual» (**Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C. No. 350, párr. 155).

A lo expuesto, también en este caso debe destacarse lo dispuesto por el art. 3 inc. k) de la ley 26.485 y el art. 3 inc. k) del Dec. Regl. 1011/2010, que disponen que debe garantizarse en el ámbito judicial el derecho a un trato respetuoso y evitarse conductas, actos u omisiones que produzcan revictimizaciones, tales como el sometimiento de la mujer a declaraciones reiteradas. Sobre el particular, la Corte IDH ha subrayado en casos de violencia sexual, «que se debe intentar evitar en lo posible la revictimización o reexperimentación de la experiencias traumática de la presunta víctima» (**Caso «Espinoza Gonzáles vs. Perú», párr. 256; Caso «Fernández Ortega y otros vs. México», párr. 196; Caso «Rosendo Cantú y otra vs. México», párr. 180**).

Relacionado con ello, destaco que en la sentencia se valoró también el examen ginecológico realizado a MBM y la declaración de la Dra. Graciela Mónica García Foschi, médica ginecóloga del Hospital Notti e integrante del Programa Provincial de Maltrato Infantil (PPMI), quien examinó a MBM en el año 2019

cuando tenía 12 años de edad. Con sustento en estas pruebas el juzgador afirmó que las características fisiológicas del himen íntegro con pliegues y escotaduras en hora cinco y hora siete debe analizarse con el relato de MBM en las entrevistas antes referidas, y el examen bacteriológico de flujo practicado a la niña «[...] que arrojó como resultado la presencia de gardenella vaginal, la cual si bien no es contundente de encontrarnos en presencia de un abuso sexual, en pacientes menores de edad, como es el caso, sí se sospecha de un abuso sexual porque es una bacteria de un bulbo vaginitis específico y que ello no es habitual en niñas de tan corta edad.

En razón de las explicaciones técnicas que brindó, basadas en comportamientos químicos de la bacteria concluyó que siempre que se encuentra la misma en niñas se sospecha de estar en presencia de un abuso sexual» (párrafo 28 de la sentencia, ver registro audiovisual de fecha 14 de octubre de 2021, a partir del minuto 18:40).

También aclaró la Dra. García Foschi en la audiencia, que la bacteria gardenella vaginal hallada en MBM se transmite por contacto sexual por la secreción, la que se podría considerar como una enfermedad venérea y se cura con antibióticos (ver a partir del minuto 44:44).

Luego, el informe físico de fecha 3 de setiembre de 2019 elaborado por la Dra. María Gabriela Casa, profesional del Cuerpo Médico Forense –agregado a fs. 91 de autos n° P747.018/19– que informó que MBM no presentaba lesiones traumáticas y recientes en la superficie corporal y su declaración en la audiencia, deben ponderarse en forma integrada con la historia clínica elaborada en el Hospital Notti donde estuvo internada y la declaración de la Dra. Graciela Mónica García Foschi.

Asimismo, es dable aclarar que la Dra. Casa manifestó en la audiencia que la circunstancia de tener un **himen íntegro con escotaduras anatómicas, extensible, no descarta la existencia de un hecho de abuso sexual en una niña**, porque son muchas cosas las que hay que tener en cuenta, y explicó que para evitar revictimizaciones se observó si MBM se encontraba o no en condiciones de hablar sobre el hecho de abuso sexual denunciado. Aclaró que el himen mamelonado es festoneado y con escotaduras en hora cinco y en hora siete en solución de continuidad, lo que coincidió con lo informado por la médica del PPMI si bien hizo referencia a solución de continuidad (ver audiencia de fecha 13 de octubre de 2021, a partir de la hora 1:19:36).

En efecto, la Dra. García Foschi declaró que MBM ingresó a la guardia por internación, presentaba un himen mamelonado amplio con solución de continuidad, es decir, que podía estirarse, elástico, con posibilidades de ampliarse, con impregnación hormonal de los estrógenos, lo que debía evaluarse en el contexto y con el resto de las profesionales del equipo interdisciplinario que intervino, y en estos casos había sospecha de un abuso sexual hasta que se demostrara lo contrario (párrafo 26 de la sentencia, registro audiovisual de fecha 14 de octubre de 2021, a partir del minuto 07:15).

Sentado cuanto antecede, corresponde desestimar el agravio que cuestiona la **falta de lesiones externas** en los genitales de la niña.

Al respecto, en el **caso «Vargas Riquelme»** he destacado –con cita de jurisprudencia de la Corte IDH– en cuanto a la «obligación estatal reforzada de debida diligencia» cuando las investigaciones y el proceso penal se da en el marco de violaciones sexuales contra niñas, la adopción del enfoque interseccional que considera la condición de género y la edad de la niña, y que en caso de no contar con exámenes ginecológicos de niñas abusadas sexualmente, «en ninguna circunstancia debe servir como excusa para desacreditarla y/o impedir la investigación» (**Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C. No. 350, párrafos 154; 155 y 169, respectivamente).

Ahora bien, en cuanto a la ausencia de elementos de antígeno prostático en las prendas interiores del acusado tampoco puede prosperar.

En efecto, el juez interviniente valoró el examen practicado en el calzoncillo del acusado –secuestrado de su domicilio y que guardó en una bolsa de nylon– en cuanto arrojó la presencia de cabezas de espermatozoides, como también, el informe incorporado a fs. 138/142 analizado por profesionales del CMF, de cuyas conclusiones se desprendió que la bombacha de la niña que tenía puesta durante el hecho denunciado y que fue secuestrada presentaba tejido hemático. Estas pruebas, a su vez, fueron meritadas integradamente con el relato de MBM brindado ante entrevistadoras del PPMI en cuanto dijo que sufrió dolor y advirtió presencia de sangre durante la penetración por parte el acusado.

Finalmente, el sentenciante también ponderó el informe psíquico realizado a A. O. en fecha 22 de noviembre de 2019 por el CMF y agregado a fs. 210 de autos P-747.087/19 (párrafo 30 de la sentencia). Al respecto, la Lic. Mathus explicó en la audiencia, en relación con las características psíquicas contenidas en el informe aludido, que el examinado no se responsabilizaba de las propias conductas, con manejo inadecuado de los impulsos, escasa tolerancia, rasgos de la personalidad que se podían proyectar en el área de la sexualidad sin tener en cuenta las necesidades y voluntad de la otra persona (ver audiencia de fecha 18 de octubre de 2021 a partir del minuto 03:35).

En suma, aplicada la jurisprudencia reseñada a los agravios esgrimidos en el escrito casatorio, advierto que las valoraciones efectuadas por el juez de la instancia previa de pruebas recibidas en la audiencia han sido ponderadas forma integrada y con perspectiva de género e interseccionalidad y no en forma aislada y descontextualizada como afirma la defensa. En consideración a las argumentaciones expuestas estimo que debe rechazarse el recurso de casación interpuesto respecto de los cuestionamientos relacionados con la causa nº P747.087/19.

4.2.- Análisis de las críticas de la defensa respecto de los autos nº P-747.057/19

Previo a todo, observo que en la presente causa, al igual que en la anterior, el juez de la instancia previa, en los párrafos 2 a 9, hizo referencia a las pruebas recibidas en la audiencia, y a partir del párrafo 9 al 23 valoró las pruebas dentro de la sana crítica y una perspectiva de género, por lo que anticipo que el recurso de casación no puede prosperar y corresponde la confirmación de la decisión impugnada.

Ello, por cuanto la defensa cuestiona la declaración de EBGM en Cámara Gesell, por entender que la menor no vio al autor y se refirió a un vehículo que no es propiedad del acusado.

Sin embargo, del relato de EBGM surgió con claridad y precisión que identificó a A. O. como el autor del abuso sexual denunciado, porque lo conocía de tiempo atrás, ya que se juntaba con su padre y su madre, y había sido pareja de su tía. Al respecto, se consignó en la sentencia que en el acta de Cámara Gesell la niña dijo: «Fue él, por la forma que hablaba y la cara, lo conocí» (párrafo 8).

También relató que A. O. le sacó la ropa, le metió el pene en su boca, le chupó los pechos, la accedió carnalmente –lo que le produjo dolor– y posteriormente la amenazó para que no hablara. Destacó, además, que ella gritaba pero no había nadie (párrafo 17 de la sentencia; ver registro audiovisual de fecha 14 de octubre de 2021, video segundo, a partir del minuto 15:40).

La credibilidad y confiabilidad de la declaración de EBGM, también fue validada con el informe psíquico de fecha 23 de junio de 2020, realizado por profesionales del EDeAAS, Lic. Francisco Izura y Lic. Julieta Mama, incorporado a fs. 77/78 de autos nº P-747.057/19 y como prueba instrumental y la declaración de la Lic. Mama recibida en la audiencia.

Con sustento en dichas pruebas, el juzgador expresó que la credibilidad de la declaración surgió de indicadores de abuso sexual, de «un relato organizado, en el que describió un único hecho de transgresión

a los límites de su sexualidad, con estructura lógica y elaboración inestructurada, con detalles de contexto, situación y detalles superfluos con anclaje temporal de los hechos que refiere» (párrafo 17 de la sentencia; punto 5 del informe mencionado; registro audiovisual de fecha 2 de noviembre de 2021, a partir del minuto 31:45).

Asimismo, en la sentencia el juez hizo referencia a indicadores inespecíficos de abuso sexual, tales como «modificaciones en su estado anímico, angustia, malestar interno, alteración de la conducta del sueño, sueño intermitente, pesadillas, etc.» (párrafo 17 de la sentencia, punto 4 del informe; registro audiovisual citado, a partir del minuto 32:48) y la ausencia de indicadores compatibles con influencias externas y gananciales (párrafo 21 de la sentencia; punto 6 del informe; registro audiovisual de fecha 2 de noviembre de 2021, a partir del minuto 34:44).

Además, el sentenciante meritó, en forma integrada y con perspectiva de género, la entrevista preliminar realizada por profesionales del EDeAAS, en la que EBGM manifestó espontáneamente que A. O. la interceptó con un vehículo cuando circulaba en bicicleta, la tomó de atrás, la tiró de la bicicleta a la calle y la llevó abajo del canal donde la abusó sexualmente (ver párrafo 16 de la sentencia; punto 5 del informe citado; registro audiovisual de fecha 2 de noviembre de 2021, a partir del minuto 30:30). El juez de la instancia en el proceso de valoración de los elementos probatorios, también ponderó el informe físico de EBGM –realizado por el CMF y agregado a fs. 32–, que consignó que presentaba himen desflorado de antigua data con desgarros en hora 3 y 9, y que EBGM le refirió a la Dra. Herrera –profesional del CMF– que A. O. la besó y le tocó sus partes íntimas, le solicitó le realizara sexo oral y luego la penetró sin protección alguna (párrafos 10 y 19 de la sentencia).

Cabe señalar también, que en la sentencia se meritaron las declaraciones de la madre de la menor, M. B. M. y de su tía, R. M. M., las que fueron coincidentes con el relato de la menor y resultaron claras, precisas y coincidentes con el resto del material probatorio (párrafo 15 de la sentencia).

De la ponderación de estas pruebas surgió que la develación del abuso sexual ocurrió tres años después y en ocasión que su madre hablaba del abuso sexual sufrido por MBM e investigado en autos P-747.087/19 (párrafo 6 de la sentencia).

Así pues, en lo relativo a la valoración del relato realizado por EBGM, a la jurisprudencia citada al tratar el recurso de casación anterior, debo agregar que en el **caso «Vargas Riquelme»** sostuve que en situaciones **de violación sexual contra mujeres, la Corte IDH enfatizó que por el tipo de agresión, contextos sin testigos y la «naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales, y por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho» (Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México, párr. 100).**

También expuse que por tratarse la violencia sexual de un **momento traumático, su impacto puede derivar en imprecisiones al recordarcelo**, lo que no significa que los hechos sean falsos o carezcan de veracidad (**Caso Espinoza vs. Perú, Sentencia de 20 de noviembre de 2014, párr. 150**).

Por tanto, considero que el cuestionamiento a la **falta de precisión de las características** del vehículo por parte de la menor, no es un dato relevante para restarle credibilidad a su declaración, en razón que, como surge del propio relato de la niña, el acusado la interceptó intempestivamente en un horario sin luz solar y la llevó a una calle oscura donde la abusó sexualmente. Estas circunstancias y el estado emocional de temor que le generó el ataque sexual por parte de una persona conocida a quien identificó, quien también la amenazó de muerte para que silenciara el abuso sexual, pudieron afectar la precisión de detalles de características del vehículo utilizado por el acusado.

Téngase presente al respecto, que el informe psíquico del EDeAAS – realizado después de tres años y diez meses de ocurrido el hecho–, consignó además de los indicadores de abusos sexuales referidos, vivencias psicotraumáticas entre las que se mencionó que EBGGM no podría «llevar a cabo relaciones sexuales luego de los hechos vivenciados» (punto 4 del informe citado).

Finalmente, resta analizar el agravio relacionado con las declaraciones de M. A. C. y A. A. Z.. Durante la audiencia, el testigo M. C. manifestó que conocía a A. O., que estuvo de novio con EBGGM en el año 2019 y que no recordaba la declaración efectuada en la instancia previa. Luego se procedió a dar lectura de la declaración testimonial en la que manifestó que EBGGM le había comentado que fue víctima de abuso sexual, y expuso al respecto lo contrario (ver registro audiovisual de fecha 2 de noviembre de 2021, a partir del minuto 40:40).

En cuanto a la testigo A. Z. declaró en la audiencia que fue docente de EBGGM y que la menor no le contó de una situación de abuso sexual, que citó a su madre por las inasistencias al colegio e incluso que se realizó una derivación a la asistente social por esa situación, que el rendimiento escolar era bajo porque le costaba bastante estudiar y que no se relacionaba bien con sus compañeras porque hablaba poco. Agregó que la madre de EBGGM comunicó en el colegio que sus hijas MBM y EBGGM habían sido abusadas sexualmente (ver registro audiovisual de fecha 18 de noviembre de 2021, a partir del minuto 29:18).

De modo entonces que las pruebas testimoniales aludidas meritadas integradamente y con perspectiva de género e interseccionalidad con las anteriormente señaladas, carecen de entidad suficiente para restarle credibilidad y confiabilidad al relato de EBGGM, teniéndose en cuenta también, que el develamiento se produjo después de tres años de acontecido el hecho de abuso sexual investigado. Ello así, corresponde el rechazo del agravio en revisión. Expuesto lo que antecede, corresponde también el rechazo del recurso de casación en relación con los autos n° P-747.057/19.

4.3.- Conclusión

Por todo lo referido, considero que debe responderse de manera negativa a la primera cuestión planteada y, en consecuencia, debe rechazarse el recurso interpuesto y confirmarse la sentencia cuestionada. En función de ello, estimo que debe responderse de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución al que llega mi colega preopinante, y en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en «**Teves Lucero**», «**Italiani**», «**Cruz Caporiccio**», «**Merlo Lassa**», «**Ojeda Pérez**», «**Brancello**», «**Ortega Ragonesi**», «**Biscontín**», «**Tobares, Zurita**» y «**Gómez Ayala**», por resultar aplicables en este aspecto al presente caso. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA PRIMERA CUESTIÓN, DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Puesto a resolver el recurso interpuesto, coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante. En relación con la valoración de la prueba con perspectiva de género, considero remitirme, en lo pertinente, a lo señalado en los precedentes «**Mejía Salvador**» y «**Di Césare Morales**». Por las razones expuestas, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede. ASÍ VOTO.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de R. R. A. O..
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

22- OLMEDO ARRIETA. 12-09-2022.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	EG	NNA	-	PCE	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=902>

Lex: Art. 119, 3° párrafo, 4° párrafo inc. b) y 55 del CP. Ley 26485. Convención de Belém do Pará. CDN.

Vox: VG. NNA. A.S.I..Abuso sexual con acceso carnal. Encargado de la guarda. Número indeterminado de hechos. Concurso real.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **doce años de prisión** por el delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por ser encargado de la guarda, reiterado en un número indeterminado de hechos (siete hechos) en concurso real (art. 119 tercer párrafo en función con el art. 119 cuarto párrafo inc. b) y art. 55 del CP). El SA es pareja de la abuela de la víctima, menor de trece años.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 2 CPP). Expone que la sentencia contiene motivación contradictoria, ilegítima, ilegal, arbitraria y en transgresión de las reglas de la sana crítica, apartándose de la lógica, la experiencia y la psicología. Agrega que la resolución impugnada no observó las normas internacionales, tales como los arts. 8.1, 8.2, 8.2.b, 8.2.c, 8.2.f de la CADH, el derecho de defensa en juicio, los principios de congruencia, inmediación, contradicción e imparcialidad del juzgador. El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1947. TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-CSJM

I-Interpretación y valor del relato de menores de edad de abusos sexuales en contextos familiares:

- «Oliva». 28-02-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=10>
- «Gómez Ayala». 17-05-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=662>
- «Ficara».

II-Perspectiva de género. Valoración probatoria en materia de violencia de género.

- Ver«Galdeano Reyes», «Merlo Lassa», «Basualdo Reyes»,«Baltazar Cruz».
- Vargas Riquelme. 02-12-21. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=743>
- Ver «Teves Lucero», «Italiani», «Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa», «Ojeda Pérez», «Brancello», «Ortega Ragonesi», «Biscontín», «Tobares, Zurita» y «Gómez Ayala».
- Ver «Mejía Salvador» y «Di Césare Morales

b-CIDH

«Castro Castro vs. Perú». Fondo, 25-05-06.

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf

Caso Rosendo Cantú vs. México. 31-08-10

https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339

Caso «Fernández Ortega y otro vs. México». 30-08-10.

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/fernandez_ortega/esap.pdf

Doctrina citada

Ulf Christian Eiras Nordenstahl. ¿Dónde está la víctima?: Apuntes sobre Victimología. 2008. p. 81. Buenos Aires: Librería Histórica.

E. Echeburúa Odriozola y C. Guerraechevarría. Especial consideración de algunos ámbitos de victimización: Abusos sexuales de menores. En: E. Baca, E. Echeburúa y J.M. Tamarit (Coords.), Manual de Victimología, 2006. pp. 131/132. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Doctrina citada por el juez de instancia anterior

Zanetta Maggi, Mariela. La Cámara Gesell en la investigación de los delitos sexuales. Cita Web: es.scribd.com/maggi

Terrón, Sergio Manuel. Aspectos probatorios en los delitos contra la integridad sexual. Ed. INFOJUS. Buenos Aires, Argentina. Año 2012. Páginas 02 y ssgtes.

Caferatta Nores, José Ignacio. Bianciotti, Daniela. ¿Puede el derecho procesal penal hacer algún aporte para la prevención de los delitos de género? En AA.VV. Homenaje a la escuela procesal penal de Córdoba. Ed. Municipalidad de Córdoba. Córdoba, Argentina. Año 2015. Páginas 37/43.

CSJM. Dres.: **Adaro**. Palermo.Valerio.

Fallo.

CUIJ: 13-06831860-7/1((018601-2829)) F.C/ OLMEDO ARRIETA, ERNESTO ESTEBAN P/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL (2829/20) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106083540*

En Mendoza, a los doce días del mes de septiembre del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06831860-7/1 caratulada “FC/ O. A., E. E. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL (2829/20) S/ REC. EXT. DE CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO.

La defensa de E. E. O. A. interpone recurso de casación contra la sentencia n° 1.947 y sus fundamentos dictados en audiencia oral por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción, que lo condena a la pena de doce años de prisión por el delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por ser encargado de la guarda, reiterado en un número indeterminado de hechos (siete hechos) en concurso real (art. 119 tercer párrafo en función con el art. 119 cuarto párrafo inc. b) y art. 55 del CP) que se le atribuye en los autos P-2.829/20, conforme lo dispuesto por el art. 12, art. 29 inc. 3° del CP; art. 557, 560 y cc. del CPP.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver: PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto? SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde? TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El tribunal de la instancia previa tuvo por acreditado que «para fecha no precisada a este punto de la investigación pero situable aproximadamente entre el día 28 de agosto del año 2018 y el día 24 de diciembre de 2019, E. E. O. A. en circunstancias en que iba a comprar en su camioneta de color gris al distrito de ... a solas y al cuidado de la nieta de su pareja, la menor MDE de 13 años de edad, en varias oportunidades (al menos siete) y en algunas ocasiones mientras circulaban por calle ... del distrito ut supra mencionado, detuvo la camioneta y en el interior de la misma, tanto en los asientos delanteros como en la parte de atrás, luego de quitarle la ropa a la niña, le sujetaba los brazos e introducía su pene en la vagina de la menor contra la voluntad de la misma» (ver registro audiovisual de fecha 22 de diciembre de 2021, a partir del minuto 2:45).

Para así decidir, el juez de la instancia previa ponderó las pruebas testimoniales y documentales recibidas en la audiencia de debate, tales como el relato de la menor en soporte de audio y video con la transcripción de la Cámara Gesell, entre otras.

2.- Recurso de casación

La defensa de O. A. plantea recurso de casación con fundamento en los dos incs. del artículo 474 del CPP, por entender que la sentencia aplicó erróneamente las normas sustanciales y las previstas por el CPP bajo pena de nulidad.

En cuanto al motivo previsto en el inc. 2 del art. 474 del CPP, expone que la sentencia contiene motivación contradictoria, ilegítima, ilegal, arbitraria y en transgresión de las reglas de la sana crítica, apartándose de la lógica, la experiencia y la psicología. Agrega que la resolución impugnada no observó las normas

internacionales, tales como los arts. 8.1, 8.2, 8.2.b, 8.2.c, 8.2.f de la CADH, el derecho de defensa en juicio, los principios de congruencia, inmediación, contradicción e imparcialidad del juzgador.

Afirma que la motivación de la sentencia es falsa porque da por cierta la declaración de la menor MDE en Cámara Gesell, a pesar que el audio no es del todo claro.

Indica que el sentenciante consideró el testimonio de D. A. L. G. que era una testigo de oídas, quien no aportó nada sustancial para sostener las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos investigados en la causa, e incluso, que la testigo dio a entender que la niña era problemática al referirse a la posibilidad de haber podido tenerla a su cuidado en su casa.

Expone que el juzgador tuvo en cuenta el testimonio de O. Edgardo L. G., quien al igual que el anterior es un testigo de oídas quien no habló del tema con la menor.

Esgrime que también el juez de la instancia anterior se apartó de las reglas de la sana crítica racional al ponderar los testimonios de C. J. V. y L. G. S. M. –profesionales del ETI– porque sólo realizaron una intervención con la menor en la que manifestó el supuesto hecho, pero no la indagaron profundamente para reservar su intimidad y la entrevista no tuvo como objetivo responder acerca de la existencia de indicadores de abuso sexual.

Se agravia porque se consideró la declaración de M. D. Maldonado L. –hermana de la denunciante– quien refirió que el supuesto hecho de abuso sexual sucedía en la casa mientras la abuela dormía, lo cual desdice el hecho fáctico de que ocurría en la camioneta en los viajes al distrito ... y por calle ... de dicho distrito.

Cuestiona la valoración del testimonio de Marcelo Luis Marlia Quevada –médico psiquiatra que realizó el tratamiento a la menor– por tratarse de un juicio moral y no de carácter sustancialista, en cuanto declaró que «[e]n este caso **no se verificó la verosimilitud, porque nosotros no trabajamos con la verdad, sino con la realidad psíquica del paciente**, como ya la habían apartado del hogar del agresor y estaba con los abuelos, hasta allí llegó nuestra intervención los abuelos pasaban de vez en cuando y no daba la sensación de que estuviese ocurriendo algo raro».

Finalmente, esgrime que la motivación no cumple con el requisito de legitimidad porque no se sustenta en pruebas legales y válidas y se omitió considerar pruebas válidas y significativas. Efectúa reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General expresa que formalmente procede el recurso de casación, pero resulta improcedente en su aspecto sustancial, por lo que corresponde la confirmación de la sentencia recurrida. En tal sentido, señala que no advierte valoración parcializada de las pruebas y que el sentenciante realizó un análisis pormenorizado del plexo probatorio.

En cuanto al audio de la Cámara Gesell, indica que el juez dejó sentado que no era claro del todo, pero en el expediente se agregó la transcripción que da cuenta de los abusos sexuales que consistieron en tocamientos de las partes íntimas de la menor, de la penetración del pene en la vagina y del lugar y modo en que ocurrió.

Expresa que el juzgador sostuvo la credibilidad del relato de MDE con sustento en sus declaraciones ante diversos efectores públicos judiciales y extrajudiciales, los que fueron coincidentes en los aspectos esenciales sin advertirse indicadores de mitomanía, fabulación o ganancialidad.

Afirma que el juez de la instancia previa también tuvo en consideración que la menor develó los hechos a su hermana D., quien no sólo declaró que los abusos sexuales ocurrieron cuando estaba durmiendo en su habitación, sino también que ocurrían cuando salía a hacer compras en un campo por la calle ..., con

destino a ... Refiere en cuanto a los parámetros de credibilidad del relato de la menor, que el sentenciante los sustentó en la declaración de los profesionales del ETI, del EDeAAS y del CMF.

En relación con la valoración del testimonio del Dr. Marlia señala que el juzgador, conforme lo declarado por el profesional, hizo referencia a la situación de victimización múltiple y al momento del develamiento. Por último, expone que los testigos de oídas confirman los hechos de abusos sexuales y también estas pruebas fueron ponderadas de acuerdo a los testimonios prestados en la audiencia.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa de O. A. donde, en una **recapitulación de los agravios esgrimidos**, se hace referencia a valoraciones efectuadas por el juez de la instancia anterior del relato de la menor en Cámara Gesell y testimoniales recibidas en la audiencia, considero la impugnación no puede prosperar.

Ello, en tanto estimo que en la sentencia cuestionada no existe apartamiento de las reglas de la sana crítica racional ni de la perspectiva de género y estándares internacionales de protección de niñas víctimas de abuso sexual, como expondré a continuación.

En primer lugar, advierto que el juzgador refirió, en relación con la declaración de la menor MDE en Cámara Gesell en soporte de audio y video, que si bien el audio no era del todo claro, en la audiencia se había dispuesto su reproducción en forma individual con la salvedad de planteos de incidencias al respecto, y las partes no formularon oposición.

Además, se realizó la transcripción de su contenido y se agregó al expediente, por lo que es una prueba válida de la que surgió claramente que MDE relató que el acusado abusó sexualmente de ella en oportunidad de trasladarse a realizar compras en una camioneta gris de su propiedad en una zona alejada sobre calle ... de la localidad de ... (ver sentencia y registro audiovisual de fecha 22 de diciembre de 2021, II parte, a partir del minuto 33:15).

Asimismo, el juzgador afirmó que el relato de MDE era creíble porque expuso en Cámara Gesell acerca de los manoseos y tocamientos en sus partes íntimas por parte de O. A., de la penetración del miembro viril por la vagina, que **no advirtió indicadores de mitomanía, fabulación o ganancialidad**, y que ello fue corroborado con el resto del plexo probatorio e informes psíquicos.

Señaló también la notable diferencia de edad entre el acusado y la menor, las implicancias propias de los roles que ambos tenían en el ámbito familiar que demostraron manifestaciones de violencia de género amparadas por la **Convención de Belém do Pará y la ley 26.485**.

Además, el sentenciante ponderó el relato de MDE en Cámara Gesell en forma integrada con las pruebas agregadas al legajo digital incorporadas a la audiencia y las testimoniales recibidas (ver registro audiovisual de fecha 27 de diciembre de 2021, a partir del minuto 13.33).

De tal manera meritó lo señalado por la menor a profesionales del Equipo Técnico Interdisciplinario (ETI) de L. que la entrevistaron, C. J. G. V. y L. G. S. M., oportunidad en que les manifestó que el acusado era su abuelo y «le había metido el pene entre las piernas» cuando era más chica e iban a hacer compras en la camioneta en un descampado por calle ..., sin recordar el número de veces. Refirieron aquel y aquella profesional que MDE les dijo que «le metió el pene en la vagina» y se realizó la denuncia penal al evaluar su relato espontáneo y fluido.

El juzgador expuso que del informe del ETI surgió la necesidad del dictado de nuevas medidas de protección de derechos a favor de MDE y que su relato es coincidente, en lo sustancial, con su declaración posterior ante los profesionales del Equipo de Abuso Sexual (EDeAAS), sin presentar indicadores de

ganancialidad, fabulación o mitomanía (ver sentencia y registro audiovisual de fecha 22/12/2021, a partir del minuto 4:30).

En este orden, el juez también consideró la declaración del Lic. Spigarolo Morales quien en la audiencia de debate manifestó que el relato de MED fue espontáneo y fluido, y que si bien aclaró en la entrevista no indagó en mayores detalles sobre los abusos sexuales –porque su función era evaluar la situación emocional y redes comunitarias para dictar una medida de protección con la correspondiente derivación, para evitar revictimizarla (ver registro audiovisual de fecha 22/12/2021, a partir del minuto 25:03)–, ello no le resta eficacia a su intervención, en razón que no debe ser valorada en forma aislada –como pretende la defensa– sino integrada con el resto del plexo probatorio analizado en la sentencia y dentro de estándares internacionales de protección de violencias sexuales contra niñas y adolescentes perpetradas por familiares.

Así pues debe señalarse que en la sentencia también se valoró la declaración de la Lic. Andrea Olivera Rivero en cuanto hizo referencia a indicadores de abuso sexual observados en MDE, su falta de capacidad para enfrentarlos por la situación de alta vulnerabilidad que atravesaba, por cuanto fue a vivir con su abuela por disposición de una medida de protección a su favor al haber sufrido anteriormente abusos sexuales por parte de su padrastro, ser victimizada nuevamente a raíz de los abusos sexuales perpetrados por su abuelo a las dos semanas de la convivencia, el contexto familiar en que ocurrieron los hechos en el que no la dejaban jugar, la tenían en situación de servidumbre, y porque brindó un relato específico de los hechos investigados (ver sentencia y registro audiovisual de fecha 23 de diciembre de 2021, a partir del minuto 8:30).

Cabe agregar que la Lic. Olivera Rivero hizo mención a indicadores de trauma por el impacto que le provocaron los abusos sexuales, la falta de recursos y el daño psíquico ocasionado por efectos incalculables.

La profesional explicó que el develamiento ocurrió cuando MDE le contó sobre los abusos sexuales a su hermana y que, para comprender por qué ocurrió en este momento, había que tener en cuenta la historia de la niña, que la abuela le ejercía violencia física, que no tenía espacio de confianza y ya venía dañada, que su hermana manifestó que nunca podía estar sola cuando la visitaba, que no tenía teléfono y que estaba permanentemente controlada, entrampada en ese contexto familiar.

Aclaró que la circunstancia que la menor no le haya contado los abusos al psiquiatra que la atendió no le resta credibilidad al relato, porque hay pacientes que recién en la adultez pueden develar los abusos sexuales de sus infancias, depende de los tiempos psíquicos que generan mecanismos defensivos para sobrellevarlos.

Destacó así que todo es muy complejo, el hecho que una persona realice terapia no significa que pueda develar los abusos a ese profesional. Señaló que también observó en el relato de MDE que no quería vivir, y un estado de apatía, de deseo vital (ver registro audiovisual de fecha 23 de diciembre de 2021, a partir del minuto 26:00).

Asimismo, las pruebas referidas también fueron meritadas en la sentencia con la declaración en la audiencia de la Dra. Cecilia Alejandra Herrera, médica del Cuerpo Médico Forense, quien observó anamnesis en el comienzo del examen y que la niña le relató que fue abusada con acceso carnal por la pareja de su abuela paterna y, por ese motivo, le habían colocado un chip, es decir, un anticonceptivo intradérmico (ver sentencia y registro audiovisual de fecha 23 de diciembre de 2021, a partir del minuto 01:40).

De modo entonces que corresponde desestimar los agravios correspondientes a las críticas defensivas respecto de la valoración de las testimoniales de los profesionales del ETI de Lavalle y del EDeAAS efectuada por el juez de la instancia anterior.

Ello, en tanto no se observa vicio alguno en la labor de ponderación.

Como expondré a continuación, tampoco le asiste razón al cuestionamiento de la ponderación de la declaración del Dr. Marcelo Luis Marlia Quevada, médico psiquiatra que realizó el tratamiento a la menor después que fue abusada sexualmente por su padrastro. Pues, a las explicaciones que surgen de la declaración de la Lic. Olivera Rivero en la audiencia –referidas en el párrafo anterior– debe agregarse que el Dr. Marlia Quevada en la audiencia manifestó que realizó un tratamiento por posibles secuelas de abusos sexuales mientras, en paralelo, la menor recibía atención por el OAL –actualmente ETI–, por lo que en su intervención no indagó sobre detalles de abusos sexuales, pues ya había una medida de protección y la menor le fue derivada por el OAL por poco tiempo, hasta el mes de abril del año 2019 (ver registro audiovisual de fecha 27 de diciembre de 2021, a partir del minuto 4:22).

Agregó que no le pareció «raro, llamativo» que la niña no le hiciera referencia a abusos sexuales que pudieran estar sucediendo, **«porque las realidades subjetivas son muy particulares, singulares, hay personas que cuentan las cosas mucho tiempo después».**

Asimismo, señaló que las entrevistas duraron entre quince y veinte minutos, transcurrieron en un diálogo coloquial en las que trató de generar una demanda y luego pasaban los abuelos que le decían que todo estaba bien (ver registro citado a partir del minuto 9:56).

Aunado a lo que antecede, la credibilidad del relato de MED también fue validado en la sentencia con las testimoniales de su hermana MDML, quien expuso acerca del momento del develamiento de los abusos sexuales perpetrados por su abuelo, y manifestó que los hechos ocurrían tanto en la habitación de la vivienda donde ella dormía como en la camioneta del acusado cuando iban ellos solos a hacer compras por calle Declaró que su hermana le dijo que la llevaba al campo donde la manoseaba, la penetraba, le gritaba, la trataba muy mal, y tenía miedo porque la amenazaba con dejarla en la calle y ahorcarla si lo denunciaba (ver sentencia y registro audiovisual de fecha 23 de diciembre de 2021, a partir del minuto 6:32). También refirió que su hermana sintió confianza con ella para contárselo porque estaba cansada de seguir en esta situación, que la abrazó y lloró al decírselo y después cada vez que recordaba los abusos sexuales padecidos se ponía muy mal (ver registro citado, a partir del minuto 17:20).

Ello así, **la credibilidad y validación de la declaración de la menor** MED fue acabadamente probada en la sentencia en crisis, tanto por las pruebas instrumentales como testimoniales de profesionales que la entrevistaron en los diferentes exámenes y por el testimonio de la hermana anteriormente aludido.

Al respecto, debe tenerse presente que sobre **interpretación y valor del relato de menores** de edad de abusos sexuales en contextos familiares, esta Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia se ha pronunciado en reiterados precedentes jurisprudenciales de –por ejemplo– **«Oliva», «Gómez Ayala», «Ficara».**

En esas ocasiones se hizo hincapié en las condiciones de vulnerabilidades en la que se encuentran aquellas personas, por la vinculación afectiva con el denunciado, la falta de testigos presenciales en muchas ocasiones y dificultad probatoria, así como las relaciones desiguales de poder existentes por la asimetría etaria, roles y capacidad de manipulación del autor a través de violencia física, amenazas, abuso de confianza, entre otras circunstancias.

Asimismo, he afirmado en **«Vargas Riquelme» y «Baltazar Cruz»**, que desde una perspectiva de género es aplicable la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) recaída en el

Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C. No. 350, ocasión en que se pronunció acerca de estándares específicos de protección aplicables en el proceso penal a niñas víctimas de violencias sexuales en contexto familiar. Al respecto sostuvo que «[...] sin perjuicio de los estándares establecidos en casos de violencia y violación sexual contra mujeres adultas, los Estados deben adoptar, en el marco del acatamiento del artículo 19 de la Convención Americana, medidas particularizadas y especiales en casos donde la víctima es una niña, niño o adolescente, sobre todo ante la ocurrencia de un acto de violencia sexual y, más aún, en casos de violación sexual» (párr. 155).

También afirmó en relación a las medidas estatales especiales de protección, que «se basan en el hecho de que las niñas, niños y adolescentes se consideran más vulnerables a violaciones de derechos humanos, lo que además estará determinado por distintos factores, como la edad, las condiciones particulares de cada uno, su **grado de desarrollo y madurez, entre otros**. En el caso de las niñas, dicha vulnerabilidad a violaciones de derechos humanos puede verse enmarcada y potenciada, debido a factores de discriminación histórica que han contribuido a que las mujeres y niñas sufran mayores índices de violencia sexual, especialmente en la esfera familiar» (párr. 156 del citado precedente de la Corte IDH).

En esta oportunidad subrayo que la Corte IDH en el caso mencionado hizo referencia para el abordaje y examen del fondo en el proceso penal del caso de abuso sexual en perjuicio de una niña por su progenitor, al cumplimiento del deber de debida diligencia reforzada, de no revictimización, perspectiva de género y niñez, enfoque interseccional y protección especial, junto con las obligaciones previstas en el artículo 7.b de la Convención de Belém do Pará (párrafos 140, 141y 154).

En este sentido, advirtió que cuando niñas, niños y adolescentes víctimas de violencias sexuales participan en un proceso penal, pueden experimentar una nueva victimización por los órganos estatales –cuya función es justamente proteger sus derechos–, por lo que la intervención estatal debe limitarse a las diligencias y actuaciones estrictamente necesarias, porque la violación sexual tiene un impacto profundo al sufrir un trauma diferenciado al de personas adultas, particularmente cuando el agresor mantiene un vínculo de confianza y autoridad con niñas, niños y adolescentes (párrafo 163).

También considero importante mencionar aportes doctrinarios relativos al momento del develamiento de los hechos de abusos sexuales en menores de edad, para un mayor entendimiento de la situación de MDE según las pruebas referidas.

Así, se explica que al hablar del **relato de víctimas de abuso sexual**, también hay que analizar acerca del **«silencio»**, para comprender la capacidad discursiva de la víctima y el momento de su develamiento, y entre los factores más comunes que influyen se menciona el horror, el temor, la vergüenza y el riesgo por el estado de vulnerabilidad y la ausencia o debilidad de redes familiares e institucionales (Ulf Christian Eiras Nordenstahl. ¿Dónde está la víctima?: Apuntes sobre Victimología. 2008. p. 81. Buenos Aires: Librería Histórica).

Pues, los abusos sexuales perpetrados **en contextos familiares** tienden a mantenerse en secreto, de ahí que pueda salir a la luz de una forma accidental cuando la víctima puede revelar lo sucedido bastante tiempo después de ocurrido (meses o años) de los primeros sucesos, como se demostró que ocurrió en la situación de MDE (E. Echeburúa Odriozola y C. Guerraechearría. **Especial consideración de algunos ámbitos de victimización: Abusos sexuales de menores**. En: E. Baca, E. Echeburúa y J.M. Tamarit (Coords.), **Manual de Victimología, 2006. pp. 131/132. Valencia: Tirant Lo Blanch**).

Ahora bien, entiendo que tampoco puede prosperar el agravio relativo al testimonio de D. A. L. G. –tía de la menor–, en cuanto es cuestionado por la defensa por tratarse de una testigo de oídas que declaró que

la niña sería problemática y por ello no la habría tenido a su cuidado. Al respecto caben las siguientes consideraciones.

Por un lado, el juez de la instancia previa en la sentencia cuestionada por la defensa afirma –según declaró aquella testigo en la audiencia– que cuando el ETI derivó a la niña a su casa, informó que solo podía tenerla a su cuidado una semana, ocasión en que la menor le dijo que el acusado había abusado de ella y que por miedo a sus amenazas no lo dijo antes, y que no podía tenerla por más tiempo porque en su casa vivían varones (ver audiencia de fecha 22 de diciembre de 2021, III parte, a partir del minuto 1:30).

Por otro lado, advierto que la defensa le resta valor a esta testimonial sin realizar un análisis completo de la declaración de la testigo y en forma aislada del resto del plexo probatorio ponderado por el juzgador, por lo que también corresponde desestimar este agravio.

Así se ha pronunciado este Tribunal en diversas ocasiones en relación con el modo de valoración de la prueba (ver, al respecto, L.S. 393-243, 382-107, 381-233, entre otros).

Para finalizar, resta señalar que el juzgador también valoró en forma integrada el examen psíquico realizado al acusado en el proceso según lo dispuesto por el artículo 97 del CPP. Al respecto, en la audiencia la Lic. Laura Mabel Esquilario Ferrari, psicóloga y perito del Cuerpo Médico Forense, declaró que realizó el examen a O. A. mediante entrevista diagnóstica, y observó manipulación en la información que le brindaba por la causa que se encontraba imputado, estaba centrado en sí mismo desde sus afectos, con baja tolerancia a la frustración y de aceptación de límites, con dificultad en el control de los impulsos y para generar procesos reflexivos.

Aclaró que la omnipotencia es comportarse sin tener en cuenta las opiniones de otra persona, sus deseos, expectativas, manipulación del medio ambiente según las propias necesidades, limitada capacidad empática, características de personalidad que son compatibles con abusos sexuales como los que se investigaban en este proceso penal (ver registro audiovisual de fecha 23 de diciembre de 2021, a partir del minuto 2:27).

Por último, considero que no corresponde acoger el vicio sustancial invocado por la defensa técnica, en tanto no argumenta en qué consistiría la errónea aplicación del artículo 119 del CP a fin de habilitar la revisión pretendida por vía casatoria.

Ello, de acuerdo, por un lado, con los hechos que resultaron acreditados, en función de la valoración de la prueba que es confirmada en la presente resolución, tal como se refirió precedentemente, y por el otro, con la debida fundamentación de la calificación legal por parte del juzgador, la que no logra ser desvirtuada por el recurrente. En definitiva, de acuerdo con todo lo analizado me pronuncio por el rechazo del recurso de casación y la confirmación de la sentencia recurrida, en razón que el proceso valorativo de la prueba efectuado por el juez de la instancia previa y cuestionado por la defensa, se ajusta a los estándares específicos de protección de niñas víctimas de abusos sexuales en contexto familiar anteriormente mencionados.

Asimismo, debido a que los hechos probados han sido adecuadamente calificados.

Por lo expuesto, considero que debe responderse de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO: Puesto a resolver el recurso interpuesto, coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante.

En relación con la valoración de la prueba con perspectiva de género, considero remitirme, en lo pertinente, a lo señalado en los precedentes «**Mejía Salvador**» y «**Di Césare Morales**».

En efecto, en casos como el de autos es importante tener presente que la normativa nacional e internacional impone la incorporación de la perspectiva de género al momento de ponderar el plexo probatorio y atribuir la calificación jurídica correspondiente a los hechos denunciados en casos en los que una mujer es víctima de violencia sexista, siendo la violencia sexual un claro ejemplo de ello.

En este sentido, una perspectiva integral en relación a los criterios de interpretación, establecidos en la ley 26.485 (de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales), exhorta a los operadores judiciales a que al momento de tener por acreditado un hecho ocurrido en contexto de violencia de género, valoren todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes («Mejía Salvador»).

Ello es, tal como se detalla en el voto preopinante, lo que ocurre en las presentes actuaciones, en tanto el juez de la instancia previa tuvo en cuenta las consideraciones antes referidas al momento de expedirse en relación con los hechos atribuidos al acusado. Por las razones expuestas, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada y confirmar la sentencia impugnada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución al que llega mi colega preopinante, y en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en «Teves Lucero», «Italiani», «Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa», «Ojeda Pérez», «Brancello», «Ortega Ragonesi», «Biscontín», «Tobares, Zurita» y «Gómez Ayala», por resultar aplicables en este aspecto al presente caso. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de E. E. O. A..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

23- ALMONACID VALLEJOS. 26-09-22

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	EG Conv.	NNA	-	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=898>

Lex: Art. 119, 1°, 3°, 4° párrafo, inc. b y f, art. 55 del CP.

Vox: VG. NNA. A.S.I..Abuso sexual simple y con acceso carnal. Encargado de la guarda. Convivencia. Modalidad de delito continuado. Pluralidad de víctimas.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **trece años de prisión** por considerárselo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal, doblemente agravado por ser cometido por el encargado de la guarda y por tratarse de una menor de 18 años, aprovechándose de la convivencia preexistente (tres hechos en concurso real) en concurso real con abuso sexual simple agravado por ser cometido por el encargado de la guarda y por tratarse de una menor de 18 años, aprovechándose la situación de convivencia preexistente en la modalidad de delito continuado respecto de la adolescente M.L.J.R. (art. 119, cuarto párrafo, inc. b y f en función del art. 119, tercer párrafo y art. 55 del CP) y del delito de abuso sexual simple doblemente agravado por ser cometido por el encargado de la guarda y tratarse de una menor de 18 años aprovechándose de la situación de convivencia preexistente (un hecho) respecto de la menor D.G.R.A. (art. 119 cuarto párrafo inc. b y f en función del art. 119, tercer párrafo y art. 55 del CP). El SA era pareja de la madre de las niñas, convivía con ellas y era encargado de su guarda. Los abusos ocurrieron cuando las víctimas tenían 12 años-y hasta los 14- y 10 años respectivamente. La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 -2 CPP). Considera que la sentencia impugnada adolece de vicios formales que la invalidan como tal. Pone énfasis en la ausencia de lesiones en el cuerpo de la víctima.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° .1577, pronunciada por el TPC N° 1- 2° CJ.

Precedentes citados

a-CSJM

- Ver «Mejía Salvador» y «Di Césare Morales
- «Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa», «Quiroga Morales»; «Ojeda Pérez», «Vázquez Tumbarello», «Navarro Orta»; «Kraus»; «Castillo Orozco»; «Aracena»; «Valdatta», «Benavidez Porcel» y «Montenegro Fisigaro»

b-CIDH

“Caso Bámaca Velázquez vs. Guatemala

https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=244

«Castro Castro vs. Perú». Fondo, 25-05-06.

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf

Caso Rosendo Cantú vs. México. 31-08-10

https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339

Caso «Fernández Ortega y otro vs. México». 30-08-10.

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/fernandez_ortega/esap.pdf

CSJM. Dres.: **Adaro**. Palermo. Valerio.

Fallo.

CUIJ: 13-06794548-9/1((028601-51880)) F C/ ALMONACID VALLEJOS ABDON VALENTIN P/ ABUSO SEXUAL - ART 119 1 PARRAFO (51880) (51880/21) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106048687*

En Mendoza, a los veintiséis días del mes de septiembre del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva en la causa n° N° 13-06794548-9/1 caratulada "F. C/ A. V., A. V. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO. La defensa de A. V. A. V. interpone recurso de casación contra la sentencia n° 1.577 y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado de la Segunda Circunscripción Judicial en los autos n° P-51880/21.

Ello, en tanto se condena a aquél a la pena de trece años de prisión por considerársele autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal, doblemente agravado por ser cometido por el encargado de la guarda y por tratarse de una menor de 18 años, aprovechándose de la convivencia preexistente (tres hechos en concurso real) en concurso real con abuso sexual simple agravado por ser cometido por el encargado de la guarda y por tratarse de una menor de 18 años, aprovechándose la situación de convivencia preexistente en la modalidad de delito continuado respecto de la adolescente M.L.J.R. (art. 119, cuarto párrafo, inc. b y f en función del art. 119, tercer párrafo y art. 55 del CP) y del delito de abuso sexual simple doblemente agravado por ser cometido por el encargado de la guarda y tratarse de una menor de 18 años aprovechándose de la situación de convivencia preexistente (un hecho) respecto de la menor D.G.R.A. (art. 119 cuarto párrafo inc. b y f en función del art. 119, tercer párrafo y art. 55 del CP).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El juzgador tuvo por acreditado el hecho contenido en el requerimiento fiscal de elevación a juicio que, en lo pertinente, da cuenta que «en fecha y hora no determinada, pero cuando M.L.J.R., de quince años de edad, tenía entre doce y catorce años de edad, A. V. A. V., en tres oportunidades penetró con su pene la vagina de M.L.J.R ocasionándole dolor, manifestándole a la niña que si decía algo iba a ir preso y que iba a hacerle daño a su madre. Además, en otras oportunidades, en el mismo lapso de tiempo y en el mismo lugar, la tocó en sus pechos y con sus dedos en la zona genital por debajo de la ropa. Todo esto en el domicilio sito en Asimismo, en fecha y hora no determinada, pero cuando D.G.R.A., de once años de edad, tenía diez años de edad, en el domicilio sito en ..., A. V. A. V. tocó con sus dedos de la mano la vagina de D. por debajo de la ropa mientras la niña estaba acostada en la cama de su madre. Todos los hechos ocurrieron mientras A. V. A. V. convivió como pareja con la progenitora de las niñas, C. A. G. y con D. y M. en el domicilio mencionado y mientras las niñas estaban a su cuidado cuando su madre trabajaba o dormía».

Para así decidir, el juez de la instancia previa valoró, entre otros elementos probatorios, la declaración testimonial de C. C. A. G., de C. T., de J. G., de M. S. C., de M. D. S. y las declaraciones prestadas por las menores M.L.J.R y D.G.R.A. en Cámara Gesell.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa interpone el recurso de conformidad al art. 474 inc. 2 del CPP, en tanto considera que la sentencia impugnada adolece de vicios formales que la invalidan como tal.

En este sentido, entiende que la resolución de la instancia previa es arbitraria pues ha concluido en la responsabilidad penal de su asistido sin prueba suficiente que acredite legítimamente la existencia del hecho que se reprocha a su defendido.

Niega la existencia del acceso carnal en relación con M.L.J.R y, considera en tal sentido, que por la edad temprana de la víctima, de haber existido el hecho, **hubiera dejado huellas que indefectiblemente** hubieran acreditado el acceso y, expresa que no ha quedado acreditado lo relativo al acceso sexual. Considera que las declaraciones del Dr. Tomczyszyn rendidas en el debate, han sido erróneamente valoradas e interpretadas por el juzgador.

Agrega que el Dr. Cuaranta afirmó enfáticamente que la escotadura es de origen congénito, por lo que sostiene el carácter anfibológico del informe del Dr. Tomczyszyn, cuestión que impide adquirir certeza necesaria para fundamentar la sentencia condenatoria.

Esta errónea interpretación del plexo probatorio, sostiene la defensa conlleva a una errónea interpretación de la ley sustantiva por parte del juez de anterior instancia para calificar la conducta del acusado como abuso sexual con acceso carnal en perjuicio de M.L.J.R Tal falencia, a criterio del defensor ha importado la no aplicación del principio in dubio pro reo. Formula reserva de caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

A fs. 7/8, el Procurador contesta la vista de ley y aconseja el rechazo del recurso de casación interpuesto. Ello por entender que la defensa valora ciertos elementos probatorios en forma aislada, sin tener en cuenta que el juez de la instancia anterior lo hizo de manera conjunta, integral y concatenada. De tal manera, por encontrar debidamente fundada la sentencia cuestionada considera que el recurso interpuesto no resulta procedente.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar. Paso a explicarlo.

a- Sector vulnerable de la población. Doble condición de vulnerabilidad.

a.- Preliminarmente y al advertirse que M.L.J.R y D.G.R.A. pertenecen a un **sector vulnerable** de la población, estimo oportuno realizar algunas consideraciones en torno a los compromisos asumidos por el Estado argentino de asegurar un efectivo acceso a la justicia (arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

La doble condición de vulnerabilidad que las atraviesa demanda una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal a fin de prevenir la violencia de las que históricamente han sido objeto y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución justa en cada caso. Tal como he sostenido en pronunciamientos anteriores, en lo que respecta a la investigación criminal como garantía del derecho a la verdad, interesa destacar

que tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH y CIDH respectivamente), han sostenido que el derecho a la verdad se vincula de manera directa con los derechos a las garantías judiciales y de protección judicial, los cuales se encuentran establecidos en los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana, así como en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (Cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr. 66). Este compromiso implica que el Estado tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para investigar seriamente lo sucedido y, en su caso, sancionar a los responsables de los hechos. Este derecho no sólo pertenece a la víctima y sus familiares, sino también a la sociedad en su conjunto, cuando se han vulnerado derechos humanos (**«Concha, Jesús y ots.»**).

Caso *Bámaca Velázquez vs. Guatemala*.

La Corte IDH en el «Caso Bámaca Velázquez vs. Guatemala», se pronunció por primera vez en este sentido, reconociendo expresamente que el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de las víctimas o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que provienen de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial, establecidos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (Cfr. Corte IDH, **Caso Bámaca Velázquez vs. Guatemala**, sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C N° 70, párr.201).

Expresamente señalé en tal oportunidad que «En pos de lograr tal objetivo, la Corte IDH ha determinado que las autoridades encargadas de las investigaciones tienen el deber de asegurar que en el curso de las mismas se valoren los patrones sistemáticos que permitieron la vulneración a los derechos y garantías reconocidos en las convenciones. Sostuvo también, que para garantizar su efectividad, las investigaciones deben ser conducidas tomando en cuenta la complejidad de este tipo de hechos y de la estructura en la cual se ubican las personas probablemente involucradas en este tipo violaciones, de acuerdo al contexto en que ocurrieron, evitando así omisiones en la recaudación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación (Cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr.78)».

En este entendimiento, y a fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de **dos premisas fundamentales**:

- i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y
- ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17).

Por lo tanto, para brindar una solución justa para el caso analizado imprimir en su análisis una lectura desde el enfoque de género.

Convención Belém Do Pará

Así, la violencia ejercida contra las mujeres en razón de su género ha merecido un especial amparo, a nivel supranacional a través de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (**Convención de Belém do Pará**), a la cual adhirió nuestro país mediante la sanción de la ley N° 24.632, en donde se establecen las obligaciones del Estado respecto de la erradicación de la violencia de género.

100 Reglas de Brasilia.

Del mismo modo, las **100 Reglas de Brasilia** sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, adoptada durante la Cumbre Judicial Iberoamericana por los presidentes de las Supremas Cortes de Justicia, y aprobada por esta Corte mediante Acordada N° 24.023, tiene por objeto garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad y, entre ellas, a las mujeres, niñas y niños que forman parte de la población vulnerable por hallarse discriminadas en razón de su género.

Ley 26485

A nivel nacional la **ley 26.485**, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, estableció criterios en la interpretación de la prueba, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para el juzgador de valorar la prueba con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática, analizando las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrolla el hecho. De esta manera el art. 16 de la referida normativa establece la garantía que la investigación se realice bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos «teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos», en tanto el art. 31 conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de **indicios graves, precisos y concordantes**.

Caso Castro Castro.

En la misma dirección, y tal como he indicado en precedentes anteriores, entiendo oportuno señalar que la jurisprudencia tanto en el sistema interamericano de protección de derechos humanos como a nivel nacional, ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la **interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática y la especial ponderación del testimonio de la víctima** (Cf. Corte IDH, Caso del penal Castro Castro vs. Perú. Fondo, Reparación y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N° 160; Corte IDH, Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216; Caso Fernández Ortega y otro vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215; y C.S.J.N. in re “Leiva, María Cecilia”, entre otros).

b-Estándares probatorios delineados para la acreditación de los hechos

Sentado cuanto precede, entiendo que el juez sentenciante consideró en forma satisfactoria los estándares probatorios delineados para la acreditación de los hechos constitutivos de las agresiones sufridas por M.L.J.R. y D.G.R.A. así como para la sindicación del acusado como autor de ellos. En este orden, y tal como explicaré, es posible afirmar que el juez ha ponderado todos los elementos de juicio incorporados legítimamente al debate bajo los parámetros de valoración que impone la temática en estudio. El tribunal de sentencia, con base en esta perspectiva, al construir su razonamiento otorgó un valor preponderante a la versión de los hechos brindada por M.L.J.R. y D.G.R.A. en tanto entendió que sus testimonios reunían las características necesarias que permitían otorgarles plena credibilidad.

A partir de las declaraciones de M.L.J.R. y D.G.R.A. en Cámara Gesell, el juez consideró probadas las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos investigados. Así estimó acreditado

que en el caso de M.L.J.R. los abusos comenzaron en el año 2019 y se prolongaron hasta el año 2020, cuando la víctima tenía entre doce y catorce años.

Asimismo, estimó que esos abusos se cometieron en la vivienda ubicada en calle ..., en horas de la noche cuando la madre de la niña dormía, o en horas de la mañana mientras aquella trabajaba. Los abusos consistieron en tocamientos en los senos y zona vaginal y la introducción del pene en la región vaginal de M.L.J.R., en tres ocasiones.

En el caso de D.G.R.A. consideró que los acontecimientos ocurrieron durante el año 2019 hasta el 2020, cuando la menor contaba con diez años de edad. Aquéllos se perpetraron en el interior de la vivienda ubicada en calle ... y consistieron en los tocamientos por debajo de la bombacha de la niña. Sobre estas declaraciones el juez de la instancia anterior destacó la verosimilitud y credibilidad de los relatos de las niñas. Esto por cuanto, lo declarado por M.L.J.R. y D.G.R.A., pese a sus edades, se mantuvo inalterable desde el primer momento.

A la vez, fueron aportados de forma espontánea y sin ningún tipo de sugerencia por parte de los profesionales intervinientes, con descripción detallada de las circunstancias en que ocurrieron los hechos. Como elemento de corroboración periférica de los testimonios de las niñas, el juez valoró la declaración testimonial de C. C. A.. La testigo, durante la audiencia oral del día 1/11/21, rememoró que en una ocasión, mientras estaba reunida con sus hijas hablando de cuál de las dos era más caprichosa, y M.L.J.R. le dijo a D.G.R.A. que siempre se hacía lo que ella quería y luego de ello, D.G.R.A se largó a llorar y dijo que no entendíamos nada, que ella nunca iba a ser feliz porque «ustedes. no saben lo que me hacía el Tulingo» – por el acusado–.

Agregó A. que al preguntarle sobre ello, D.G.R.A le contó que el acusado la tocaba en la zona de la vagina. Luego contó que en esa misma circunstancia miró a M.L.J.R. y le preguntó si a ella le había pasado lo mismo, a lo que ésta le respondió que a ella le había ido peor porque «el Tulingo» le «metía el coso». A. dijo que llamó inmediatamente al 911, le tomaron los datos y formuló la denuncia. Agregó que luego de ello y al prestar declaración las niñas en Cámara Gesell, le dieron algunos datos más. Contó que tuvieron que dejar la casa de la calle ..., donde habitaban, porque las niñas no querían estar en el lugar donde se habían producido los abusos, por lo que acordaron con el padre de aquéllas alquilar una vivienda para que estuvieran más tranquilas.

Añadió que las niñas habían vuelto a la escuela, pero que no tenían vida social y que tenían ataques de angustia. También destacó el juez el informe realizado por la licenciada Evangelina Belén Aguilar, que narró que la declaración de D.G.R.A presentó estructura lógica, a la vez que aportó detalles y descripción de interacciones. Refirió también incompreensión de detalles relatados con precisión, admitió fallas de memoria.

Respecto de M.L.J.R. dijo que su relato presentaba también una estructura lógica, elaboración desestructurada, con aporte de detalles, descripción de interacciones, reproducción de conversaciones. Además, admitió fallas de memoria y autodesaprobación de la conducta por parte de la niña.

Por su parte, el juez también ponderó, como elemento de corroboración, el informe médico de M.L.J.R. y D.G.R.A. realizado por el Dr. Tomczysyn, profesional del Cuerpo Médico Forense. Según surge de aquél, en el caso de M.L.J.R, se observaba un orificio vaginal con dificultad para la apertura y una escotadura en hora 10 de vieja data.

En el caso de D.G.R.A, no encontró signos de desfloración. A su vez, cuando el profesional prestó declaración testimonial en la audiencia del 1 de noviembre de 2021, aclaró que no descartaba que la escotadura fuera de origen sexual, que en su experiencia profesional vio pocas veces una escotadura y

que no se podía afirmar que ella fuera producto de un abuso sexual o que fuera congénito; dijo expresamente que no se sabía precisar (registro audiovisual audiencia 1/11/2021, 31:46).

Al mismo tiempo indicó que la menor al momento de practicársele el examen, se encontraba muy nerviosa y angustiada y que contó con poco tiempo para realizarlo.

Aclaró, asimismo, y a preguntas formuladas por la fiscal de instrucción, que en caso de que la **escotadura** hubiera sido congénita lo habría consignado en el informe.

Ahora bien, el Dr. Mariano Cuaranta, ofrecido como testigo por la defensa para practicar un examen físico del órgano viril del acusado, en la audiencia oral, a preguntas formuladas por la defensa y la Fiscalía, dijo que el desgarro es una lesión traumática que llega hasta el borde de implantación del himen y que una escotadura es una falta de sustancia de la membrana himeneal, de etiología congénita.

Al ser interrogado si podía existir una escotadura traumática dijo que, desde su experiencia, no la describía de esa manera y aclaró que si la escotadura era muy amplia, y teniendo en cuenta las características ginecológicas de la paciente, **era posible confundir una escotadura amplia con un desgarro antiguo**.

Por otro lado y de manera precisa, el tribunal **restó valor convictivo al informe de parte de la licenciada María Daniela Sánchez, quién sostuvo que podía existir la posibilidad de algún tipo de motivación de las niñas en contra de A. V., a fin de hacer cesar la relación amorosa que vinculaba a la madre con el acusado**.

El juez de sentencia sostuvo que los informes de la licenciada Evangelina Belén Aguilar, de Cintia González de OSEP y de Julia Gilmore, no advirtieron en las niñas la existencia de un móvil de venganza, odio o resentimiento.

Se aclaró, además, que cuando las niñas develaron la situación vivida, el acusado ya no convivía, ni mantenía vínculos afectivos, con la madre de aquéllas. Por tales razones, el juez restó valor a informado por M. D. S..

La defensa básicamente centra sus cuestionamientos en dos aspectos que considera relevantes.

Por un lado, la escotadura de D.G.R.A. advertida en el examen practicado por el médico forense Tomczysyn y por otro, de haber existido acceso sexual en M.L.J.R., hubieran quedado vestigios físicos en el cuerpo de la niña teniendo en cuenta las dimensiones del órgano viril del acusado y la inmadurez sexual de la víctima. No comparto estos planteos.

En relación con lo primero, debe decirse que la defensa se basa, esencialmente, en un análisis sesgado, tanto del informe y del testimonio del Dr. Tomczysyn, como de las apreciaciones del Dr. Mariano Cuaranta. En este orden, la defensa no demuestra que el razonamiento del juzgador ha sido arbitrario por ilógico o por omisión de aspectos relevantes de la causa.

Por otro lado, para desvirtuar la credibilidad del relato de las víctimas omite ponderar la totalidad de la prueba precedentemente analizada falencia que debe vincularse a otra cuestión que me conduce al rechazo del agravio.

Es que, en los supuestos de abuso sexual no es necesario para la acreditación de la materialidad que el hecho del abuso deje huellas o rastros. Así las cosas, entiendo que no la crítica no resulta decisiva ni relevante en tanto como surge de la valoración de la prueba analizada en los párrafos que preceden encuentro que el juez de grado tuvo acreditado el acceso carnal con las declaraciones testimoniales de la víctima y demás elementos periféricos, tales como informes de la lic. Evangelina Aguilar, de Julia Gilmore, la declaración testimonial de la progenitora C. C. A., que le permitieron tener acreditado la existencia material del hecho y la autoría del acusado en los sucesos investigados. Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

Adhiero a la solución que brinda mi colega de Sala a la primera cuestión propuesta al acuerdo y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género me remito, en lo pertinente, a lo oportunamente señalado los precedentes «**Di Césare Morales**» y «**Mejía Salvador**». ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Coincido con la solución que brinda mi colega de Sala a la primera cuestión propuesta al acuerdo. En relación a la cuestión vinculada a la perspectiva de género en el ámbito de valoración de los elementos de prueba, entiendo oportuno remitirme, en lo que resulta aplicable al presente, al desarrollo realizado en los precedentes «**Cruz Caporiccio**», «**Merlo Lassa**», «**Quiroga Morales**»; «**Ojeda Pérez**», «**Vázquez Tumbarello**», «**Navarro Orta**»; «**Kraus**»; «**Castillo Orozco**»; «**Aracena**»; «**Valdatta**», «**Benavidez Porcel**» y «**Montenegro Fisigaro**» entre otros. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a favor de A. V. A. V..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese.

DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

24- QUILPIDOR BAIGORRIA. 29-09-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														474
VG	Par.	M	-	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	414

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=894>

Lex: Art. 119, 3° párrafo del CP. Ley 26485. Convención Belem Do Pará. CEDAW. Art. 16 CN. 206 y 409 del CPP. Art. 7 de la Constitución de Mendoza.

Vox: VG. Abuso sexual con acceso carnal. Víctima mayor. Absolución parcial.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **siete años de prisión** como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal (dos hechos) en un contexto de violencia de género (art. 119 tercer párrafo del CP y art. 4 de la ley N° 26.485) Asimismo se lo absolvió, por falta de acusación fiscal, del delito de hurto simple (art. 162 del CP), amenazas simples (art. 149 bis primer párrafo del CP), amenazas coactivas (un hecho) (art. 149 bis segundo párrafo del CP) y abuso sexual con acceso carnal (un hecho) (art. 119 tercer párrafo del CP) y, por el beneficio de la duda, del delito de amenazas coactivas (dos hechos) (art. 149 bis segundo párrafo del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 2 CPP). Estima que la sentencia es nula por ser violatoria del debido proceso legal, afectando de esa manera el derecho de defensa. considera que la motivación es insuficiente, arbitraria y nula, según lo previsto por el art. 416 inc. 4 del CPP en correlación con los arts. 205 y 206 del CPP, violación del principio “in dubio pro reo”.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 833. TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados:

a-SCJM

- «Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa»; «Quiroga Morales»; «Ojeda Pérez»; «Vázquez Tumbarello»; entre otros. Di Cesare Morales. Mejía Salvador.

Precedentes relacionados:

- Ver Agüero Pérez. 25-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=777>
- Pécora Uriza. 16-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=881>

SCJM. Dres.: **Valerio**. Palermo. Adaro (Licencia).

Fallo.

CUIJ: 13-05038387-8/1((018602-128378)) FC/ QUIPILDOR BAIGORRIA FERNANDO OMAR. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL (TRES HECHOS), AMENAZAS COACTIVAS (TRES HECHOS), AMENAZAS SIMPLES, HURTO SIMPLE, TODO EN CONCURSO REAL Y EN CONTEXTO DE VIOLENCIA DE GENERO (128378) (607) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105204262*

En Mendoza, a los veintinueve días del mes de septiembre del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05038387-8/1, caratulada "F. C/ Q. B., F. O. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL (TRES HECHOS), AMENAZAS COACTIVAS (TRES HECHOS), AMENAZAS SIMPLES, HURTO SIMPLE, TODO EN CONCURSO REAL Y EN CONTEXTO DE VIOLENCIA DE GENERO S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. O. A. PALERMO, y tercero DR. MARIO D. ADARO.

La defensa de F. O. Q. R. interpone recurso de casación (fs. 408/418) contra la sentencia n° 883 (fs. 397 y vta.) y sus fundamentos, mediante la cual se lo condenó a la pena de siete años de prisión como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal (dos hechos) en un contexto de violencia de género (art. 119 tercer párrafo del CP y art. 4 de la ley N° 26.485), y que se le atribuyen en la causa N° P-128.378/17.

Asimismo se lo absolvió, por falta de acusación fiscal, del delito de hurto simple (art. 162 del CP), amenazas simples (art. 149 bis primer párrafo del CP), amenazas coactivas (un hecho) (art. 149 bis segundo párrafo del CP) y abuso sexual con acceso carnal (un hecho) (art. 119 tercer párrafo del CP) y, por el beneficio de la duda, del delito de amenazas coactivas (dos hechos) (art. 149 bis segundo párrafo del CP).

El pronunciamiento fue dictado por el juez del Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

En la sentencia impugnada el tribunal de mérito consideró acreditado las siguientes circunstancias fácticas. En relación con el primer hecho atribuido, que «[...] la tarde del 12 de Agosto de 2017, Q. llamó por teléfono a [G.P.G.] manifestándole que se encontraran en el ..., departamento de Tupungato, Mendoza, y al llegar al lugar, el hombre se subió al vehículo de la mujer y la hizo conducir hasta el ..., momento en que le manifestó que "si quería su documentación le iba a tener que hacer un pete (sexo oral)". [G.P.G.] accedió y mientras le practicaba sexo oral a Q., el sujeto le sacó fotos. Luego de lograr su cometido, el hombre le devolvió la documentación y la dejó ir. Al llegar a su domicilio, [G.P.G.] comenzó a recibir en su teléfono mensajes del hoy imputado con las fotos tomadas, diciéndole "te llevaste las tarjetas, pero te olvidaste de esto"».

En cuanto al segundo hecho, que «[...] entre los meses de Setiembre y Octubre de 2017, sin poder precisar fecha cierta, Q. llevó en su auto a [G.P.G.] al carril, Mendoza, previo tomarla por la fuerza del brazo

derecho e introducirla en su vehículo, ocasionando que la mujer caiga en la parte trasera del auto y en el camino, sobre, Q. le manifestó que era una puta, que se divorciara o se fuera de Tupungato. Al llegar al lugar indicado, el hoy imputado le reclamó porque no quería estar más con él; en un momento detuvo el vehículo y cerró la puerta trasera del lado izquierdo e ingresó por la puerta del costado derecho del rodado, tomó a [G.P.G.] de los pelos, le sacó la ropa y la accedió carnalmente, introduciéndole el pene por vía vaginal, sin su consentimiento y la golpeó con el caño del asiento».

Para así decidir, el sentenciante valoró, entre los elementos más importantes: las declaraciones testimoniales de [G.P.G.], A. R., S. I., D. J. C., S. S., P. M. y S. D. O.; así como el informe de valoración de riesgo del Equipo Profesional Interdisciplinario y el informe de la evaluación psicológica del E.De.A.A.S. practicado a [G.P.G.]. Asimismo, el sentenciante absolvió a F. O. Q. B., por el beneficio de la duda, por los hechos según el cuales «[...] a principio del mes de Noviembre del 2016, sin poder precisar fecha cierta, en el, Tupungato, Mendoza, [G.P.G.] le manifestó a F. Q., con quien mantenía una relación extramatrimonial, que no quería verlo más, el hombre se enojó y la agredió físicamente, cortándole los dos brazos con un cúter a la altura de las muñecas, le tiró los pelos y la amenazó diciéndole que “si terminaban la iba a matar y después se iba a matar él”. Luego un día jueves, 18 de Mayo del 2017, en horario de la mañana, entre las 08:00 y las 09:00 horas, en momentos en que [G.P.G.] se dirigía desde su domicilio hasta su trabajo, al llegar a calle, altura aproximadamente, del departamento de Tupungato, provincia de Mendoza, en el puente de la vivienda de un doctor de apellido M., F. Q. le cruzó a la víctima el vehículo en el que circulaba obligándola a subir a la parte trasera del auto gritándole que “todos se iban a enterar de la relación que tuvo con él y que iba a perder a toda su familia”, amedrentándola con que iba a mandarle a su esposo e hijos las fotos íntimas, de carácter sexual, que él le había tomado. Luego, Q. llevó a [G.P.G.] por calle ... del departamento mencionado, a una zona de campo, a dos kilómetros aproximadamente del Asentamiento, lugar donde le tiró la cartera y le manifestó que no la iba a llevar al trabajo hasta que tuvieran relaciones sexuales; [G.P.G.] bajó del auto y Q. la agarró de los pelos, la metió nuevamente al vehículo, se dirigió con ella hacia una rotonda, lugar donde nuevamente la tomó de los pelos y en momentos en que la mujer intentó llamar por teléfono al Comisario I., Q. la subió al auto por la fuerza y le cortó la llamada».

Absolución parcial

Por último, absolvió al acusado, por falta de acusación fiscal, por el siguiente hecho: «[...] el día 12 de Agosto del 2017, en la mañana, aproximadamente a las 08:00 horas, en la calle ..., frente a las ..., de Tupungato, Mendoza, F. Q. desde su vehículo le manifestó a [G.P.G.] que “si no lo seguía entraba al hotel donde estaba trabajando”, por ese motivo la mujer siguió a Q. hasta callejón y allí el hombre le sustrajo de su vehículo el DNI, tarjetas personales, licencia de conducir y documentación del rodado, y con un cuchillo le propinó un puntazo al apoyacebezas del rodado, expresándole que “en la tarde sí o sí iba a estar con él”.

El 23 de Octubre del 2017, sin poder precisar hora, Q. llamó por teléfono a [G.P.G.] y le manifestó que “si no se veían le iba a mandar las fotos a sus hijos, diciéndole que tenía más información y filmaciones teniendo relaciones sexuales”.

El 25 de Octubre del 2017, sin poder precisar hora, ambos se encontraron en del departamento y provincia citados, a unos quinientos metros de la rotonda, sitio donde Q. se bajó de su auto, abrió la puerta del vehículo de [G.P.G.], la tomó del brazo izquierdo para llevarla e ingresarla en su auto, luego se dirigió hasta y obligó a la mujer a tener relaciones sexuales, introduciéndole su pene vía vaginal.

A su vez, el hoy imputado le dijo que la iba a matar, exhibiéndole un cuchillo tipo tramontina, de cabo blanco y la amenazó diciéndole que tenía un arma”».

2.- Recurso de casación

Los motivos de la defensa se enmarcan en las disposiciones del inc. 2 del art. 474 del CPP.

En primer lugar, sostiene que la sentencia es nula por ser violatoria del debido proceso legal, afectando de esa manera el derecho de defensa.

Al respecto manifiesta que la fiscal, se tomó tan sólo un minuto con cincuenta segundos para concretar la acusación (ver vídeo desde minuto 51:00 hasta minuto 52:50 de la videograbación de la discusión final del debate) sin precisar las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los dos hechos de abuso sexual agravado por los que solicitó condena. De la misma manera lo hizo la querrela particular al adherir a los hechos de la forma en que fueron planteados por la Fiscalía.

Agrega que esta situación fue advertida en los alegatos por la defensa, invocando una clara violación al derecho de defensa y haciendo reserva de casación (ver minuto 01:44:30 hasta minuto 01:45:10 de la videograbación de la discusión final del debate).

Asimismo, hace referencia que dicho déficit acusatorio también fue advertido por el sentenciante, quien interrogó a la fiscal solicitándole la debida aclaración sobre los hechos por los que solicitaba condena, respuesta que, a su entender, no fue clara (ver desde minuto 1:13:12 hasta 01:13:43 de la videograbación de la discusión final del debate).

El recurrente expresa que en el sistema acusatorio el juez sólo puede resolver en base a los hechos presentados por la Fiscalía, sin que pueda suplir en su sentencia tal ausencia de acusación pública y privada; por lo que se está, según su entender, en presencia de una nulidad absoluta de la acusación (conf. art. 167 del CPP), que trae aparejada la nulidad de la sentencia por aplicación de los arts. 198 inc. 3 y 203 del CPP y art. 18 de la CN.

Al respecto, sostiene que se afecta el derecho de defensa al no ser la acusación suficiente, para habilitar una sentencia de condena.

De acuerdo con ello, considera que no satisface la garantía constitucional de la defensa en juicio, que exige:

- 1) que el imputado pueda conocer con precisión cuál es la acusación existente en su contra y la prueba en que ella se funda, y
- 2) que el acusado pueda aportar todas las pruebas y alegaciones que estime necesarias para mejorar su situación procesal.

En segundo lugar, considera que la motivación es insuficiente, arbitraria y nula, según lo previsto por el art. 416 inc. 4 del CPP en correlación con los arts. 205 y 206 del CPP, violación del principio “in dubio pro reo”.

Sostiene que de acuerdo a las constancias del proceso, no se logró, a su entender, el estándar de “certeza positiva” para fundar una sentencia de condena.

En tal caso, estima que la duda debe favorecer al acusado.

Estima que la cuestión central no es, como sostiene el juez sentenciante, la **“credibilidad de la declaración de la víctima”**, sino que es, a su entender, la corroboración probatoria suficiente de dicha declaración, a la luz de las reglas de la sana crítica racional. Sostiene que en lo alegatos planteó más de diez razones por las cuales la denuncia de la víctima resultaba inverosímil.

Entre las más importantes **“corroboraciones periféricas objetivas”** destaca las siguientes:

- 1) No hay informe del examen físico ginecológico que confirme los hechos denunciados, los que según la denuncia habrían sido violentos y provocados lesiones.
- 2) La denunciante no aportó prendas de vestir, a pesar de haberles sido requeridas, en tanto hace referencia que la víctima denunció que las relaciones eran mantenidas sin protección, por lo que, según su entender, la vestimenta podría contener restos hemáticos o de espermatozoides.
- 3) No hay testigos presenciales de los delitos denunciados. Si bien aclara que, es cierto que en los abusos sexuales esta situación es común, no es menos cierto que por las circunstancias relatadas sobre el modo en que la denunciante era abordada en lugares públicos densamente transitados, ya sea para obligarla a subir al vehículo del denunciante o viceversa, no hay ningún tercero que corrobore tal extremo.
- 4) En el escrito de constitución de querellante particular no se mencionan los supuestos abusos sexuales, sino sólo lesiones y amenazas.
- 5) Las declaraciones de la denunciante fueron cambiantes en el proceso.
- 6) Los testigos que declararon en la causa no corroboran los dichos de la denunciante. Tal es el caso, según su entender, del Comisario I., quien expresó no recordar una supuesta comunicación telefónica que [G.P.G.] afirma que ambos mantuvieron.
- 7) En cuanto a la testigo “de oídas”, A. R., sostiene que no sólo no conocía al acusado, sino que tampoco presencié ninguna situación entre ambos, sólo escuchó los dichos de la denunciante y una comunicación telefónica que atribuye a una persona que dijo llamarse “...”, que profirió insultos y amenazas, como así también que la denunciante le mostró una foto de su hijo con amenazas, que según [G.P.G.] le había enviado Q..
- 8) En cuanto al teléfono celular de [G.P.G.], donde consta no sólo la foto de su hijo con amenazas sino también el video donde le realiza sexo oral a Q., al respecto el testigo J. C. de Policía de Mendoza declaró, en el debate, que cuando examinó el celular de la víctima se encontraba “sano” y que no había ningún video. Asimismo, el recurrente hizo referencia que la UDAPIF, en un primer momento, no pudo abrir el teléfono celular por encontrarse la pantalla dañada, pero luego al lograr acceder a él no encontró fotografías, ni videos, ni mensajes de Q..
- 9) El Oficial Reuvers de Policía Científica informó que el vehículo de [G.P.G.] no era apto para examinar por el tiempo transcurrido entre la denuncia y la solicitud del Ministerio Público Fiscal, quedando, a su entender, expuesta la desidia del órgano encargado de la investigación.
- 10) Los testigos aportados por la defensa son contestes en que tenían conocimiento de la relación de amantes pero que nunca observaron alguna actitud violenta de parte de Q., lo que a su entender, se compadece con datos objetivos tales como que el acusado no registra antecedentes penales, no se le secuestraron elementos mencionados en la denuncia como cuchillos y otros objetos que habría sustraído a la denunciante, no hay denuncias anteriores de [G.P.G.] en su contra, ni se probaron lesiones ni otras marcas en el cuerpo como las referidas por la denunciante.

Aduce que la sentencia no valoró ni se expidió sobre todos estos puntos planteados por la defensa, y que cuando lo hizo, utilizó criterios contrarios a la sana crítica racional y violó el principio de la duda, en tanto considera que siempre la interpretación fue contraria al acusado.

Por último, cuestiona las evaluaciones psicológicas realizadas a la víctima, en tanto considera que no se aplicaron protocolos validados a nivel nacional e internacional para evaluar la credibilidad del testimonio de la denunciante, como así tampoco se evaluó, a su entender, simulación y/o psicopatía de su parte:

- 1) En cuanto a las entrevistas, sostiene que no superaron las dos horas.

2) Con respecto a la psicóloga de la Oficina de la Mujer del Poder Judicial, ella reconoció que sólo transcribió los dichos de la denunciante, resultándole creíble su relato, pero no aportó razones de peso sobre dicha opinión.

Asimismo la psicóloga del EPI sostuvo que no le suministraron a la víctima técnicas psicológicas preestablecidas ni tests, sino que la credibilidad del relato, a los efectos de prevenir hechos violentos, se basó en la «experticia de la psicóloga interviniente».

3) En cuanto a las técnicas proyectivas del E.De.A.A.S., HTP, persona del sexo opuesto y persona bajo la lluvia, considera que son técnicas que desde su origen hasta hoy generan controversias, en tanto sostiene, por ejemplo, que no es lo mismo aplicar persona bajo la lluvia en una zona húmeda, con lluvias persistentes, que en Mendoza, zona seca y desértica, al medir la técnica resistencia a situaciones desagradables o estresantes, considera que el acostumbamiento a la lluvia influye en el resultado.

4) Por último, alude que llama la atención que [G.P.G.] no tiene sintomatología propia de stress postraumático, lo que fue dictaminado por E.De.A.A.S. a fs. 212 vta., donde se afirma que sólo se trató de una “situación psico traumática”, pero sin secuelas en el sueño, en la vida cotidiana de la denunciante y que no padece imágenes recurrentes de los supuestos abusos.

Hace reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General entiende que se debe rechazar el recurso casatorio promovido y confirmarse la validez de la sentencia impugnada.

Ello, por cuanto considera que los hechos se advierten suficientemente especificados en base a los elementos obrantes en autos, no observando, a su entender, vulneración alguna al derecho de defensa del encartado.

Argumenta que la acusación fiscal, en cuanto a los hechos por los cuales el encartado fue condenado, siempre fue conteste con el plexo probatorio, conteniendo los elementos esenciales para permitir el pleno ejercicio del derecho de defensa del imputado.

Por otra parte, sostiene que las “corroboraciones periféricas” a las que alude la defensa, fueron, a su entender, debidamente tratadas por el sentenciante, detallando cada uno de los elementos de prueba que contribuyeron al arribo de la necesaria certeza positiva a los fines de condenar tal como lo hizo.

En definitiva, destaca que el plexo probatorio fue analizado en su totalidad por el juez de la instancia previa siendo, a su parecer, absolutamente válido el valor probatorio asignado a los testimonios rendidos, junto con el resto de la prueba producida.

Por lo expuesto, estima que el recurso no resulta procedente en esta instancia.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación formulado considero que no corresponde hacerle lugar.

Ello por cuanto, y como seguidamente se explicará, la motivación de la sentencia cuestionada es suficiente para mantener el dictum como acto jurisdiccional válido, en tanto no adolece de falencias que impliquen su anulación.

Esto a tenor de la jurisprudencia reiterada de esta Sala que ha establecido que, para que los defectos en la fundamentación conlleven tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (conf. LS. 186-427, 153-011, 354-218, 392-094 y 397-177, entre otros); lo que en la especie no ocurre. Paso a explicarlo.

a.- Consideraciones generales sobre la valoración probatoria con perspectiva de género

En el presente caso al acusado se le atribuye el hecho que, como se dijo, fue calificado como abuso sexual con acceso carnal (dos hechos) en un contexto de violencia de género. Debe señalarse al respecto, que estos hechos el acusado mantenía una relación con la denunciante,[G.P.G.].

De tal manera entiendo esencial, de manera previa al análisis del recurso interpuesto, destacar que este Tribunal se ha pronunciado sobre valoración probatoria con perspectiva de género en diversas oportunidades.

En particular, tuve ocasión de referirme a ello en diversos precedentes (**«Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa»; «Quiroga Morales»; «Ojeda Pérez»; «Vázquez Tumbarello»; entre otros**).

En lo que sigue, traeré a colación ciertos pasajes de algunos de aquellos votos, pues considero que resultan enteramente aplicables a este caso y dan cuenta del modo en que, a mi juicio, la perspectiva de derechos debe ingresar al proceso penal.

Encuentro pertinente en primer lugar recuperar las consideraciones realizadas en **«Ojeda Pérez»**, donde sostuve que «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional.

Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” -Belem Do Pará-, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”). Señalé también en esa ocasión que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las “mujeres”.

En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas.

Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento». Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley.

Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias

especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son sus naturales testigos [...] (art. 16)».

Ahora bien, además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene normas que «[...] consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género. En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de «amplia libertad probatoria» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (art 31)».

De tal manera, y conforme sostuve en el ya citado precedente **«Ojeda Pérez»**, «[...] el texto legal vigente [ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP).

A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas».

Así, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar.

Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”)».

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional en razón de que «[...] siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba – objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento. Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a lo expresado «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo». De tal manera «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo.

A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables». De no proceder de esta manera estaríamos recreando

la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal –hasta aquí, conf. «Ojeda Pérez»–. Es decir que, este método de análisis es para asegurar que la conquista de la igualdad consagrada en el art. 16 de la CN, donde además de ser iguales las personas ante la ley y esta una misma para los habitantes, en los hechos tenga una acción y fuerza uniforme (art. 7 de la Constitución de Mendoza) (**conf. «Zurita»**).

En segundo lugar, he enfatizado que la perspectiva de género no se trata simplemente de un lenguaje, sino esencialmente de una forma de actuación que requiere comprender en toda su dimensión que existen en los casos y/o circunstancias una situación de discriminación que se reclama su cese para asegurar un trato igualitario de todas las personas –conf. «Zurita»–.

En particular en materia penal el método de análisis con perspectiva de género que debe ser utilizado cuando la mujer es víctima de un delito es para asegurar que la ley, que es igual para todas las personas, sea también aplicada con igualdad de trato ante ella, evitando la discriminación por usos y costumbres derivadas de la cultura estereotipada patriarcal –como poder ideológico, que se vale de la posesión de ciertas formas de saber, información o códigos de conducta, incluso por la posesión de ciertos bienes que le dan la primacía a algunos varones sobre los restantes integrantes de cada grupo de pertenencia de varones, mujeres y niños/as; y entre los varones al primigenio; como de los varones sobre las mujeres y de éstas sobre los niños/as–, para ejercer una influencia sobre el comportamiento de los demás e inducir a los miembros del grupo a efectuar o no efectuar una acción, o machista –como ejercicio o manifestación de la fuerza o económico, que se impone por la asimetría entre los varones y de estos con las mujeres–, como capacidad de determinar el comportamiento de los demás; pero ambos imponen rígidos roles que contribuyen a instituir y mantener sociedades desiguales, divididas entre fuertes y débiles, ricos y pobres, como de sabios e ignorantes (ver Bobbio, Norberto, “Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política”, Fondo de Cultura Económica, trad. José F. Fernández Santillán, México, 1989) –conf. «Zurita»–.

En tercer orden, y tal como destacué en el **caso «Vázquez Tumbarello»**, la relevancia de la ley 27.499, denominada «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado. En coincidencia con aquella normativa la Acordada N° 29.318 de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia».

Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales.

En conclusión, entiendo que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional. Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación.

Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género en donde el tribunal de instancia anterior ha

tenido en cuenta los parámetros antes referidos al momento de la ponderación de los elementos de prueba obrantes en la causa. En función de las pautas señaladas es que analizaré las impugnaciones formuladas en la presente causa.

b.- Acerca de la improcedencia de los cuestionamientos realizados por la defensa a la valoración probatoria realizada por el juez de sentencia y al modo de fundamentar su decisión

Tal como se adelantó de manera preliminar, luego de analizado el recurso interpuesto y la sentencia cuestionada, considero que ésta última no adolece de los vicios que pretende el recurrente.

Ello, en tanto encuentra sustento en la correcta valoración de la totalidad de las pruebas rendidas, particularmente, de las declaraciones de [G.P.G.] y demás testigos que declararon durante el debate, así como de las pruebas objetivas que obran en la causa; elementos que el sentenciante valoró de manera integral, contextualizada con la debida perspectiva de género requerida y conforme las normas de la sana crítica racional.

En primer lugar, considero que no puede prosperar el agravio dirigido a cuestionar la acusación fiscal, afirmando que la representante del Ministerio Público Fiscal no precisó las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos de abuso sexual agravado por lo que solicitó condena. Se advierte, que estos hechos fueron debidamente intimados al acusado, en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar, al iniciarse el debate, tal como surge del punto 2 de la sentencia de fs. 398 vta., los cuales fueron objeto del contradictorio durante todo el debate y específicamente en el análisis de los elementos probatorio de la causa realizados en los alegatos por parte del Ministerio Público Fiscal.

En este sentido, de la audiencia de debate de fecha 7 de noviembre de 2019 (minuto 49:38) surge que la fiscal concretamente manifestó que «[e]l hecho por el cual se acusa ha quedado acreditado principalmente por la declaración de la víctima que ha sido vertida en este debate, la cual ha contado de manera, ha narrado de manera sincera, creíble que esto ha sucedido a partir de que ella quiso terminar el vínculo extramatrimonial que mantenía con el Sr. Quiplidor». Luego (a partir del minuto 51:00), relató lo manifestado por la víctima durante el debate.

De tal manera, durante ese lapso referido por el recurrente, la fiscal valoró la declaración de la víctima sobre los dos hechos por los cuales acusó y que calificó como delito de abuso sexual con acceso carnal. En segundo lugar, debo señalar que el tribunal de sentencia valoró correctamente los dichos de la denunciante, no resultando inverosímil su denuncia, tal como lo sostiene el recurrente.

Con respecto a la verosimilitud subjetiva de la declaración de la víctima, el sentenciante sostuvo, acertadamente a mi criterio, que no se estableció la existencia de móviles espurios destinados a perjudicar al acusado, en tanto argumentó que la judicialización del caso solamente perjudicó a la víctima, en tanto no sólo perdió su fuente laboral sino que también se desató una crisis familiar de magnitud. Por lo que estimo que no existen motivos ni razón alguna para considerar que la víctima haya inventado los hechos denunciados, tal como deja entrever el recurrente al manifestar, entre otras cosas que:

- 1) no hay informe del examen físico ginecológico que confirmen los hechos denunciados,
- 2) la denunciante no aportó prendas de vestir,
- 3) no hay testigos presenciales,
- 4) en el escrito de constitución de querellante particular no se mencionan los supuestos abusos sexuales,
- 5) las declaraciones de la denunciante fueron cambiantes en el proceso, 6) que los testigos que declararon no corroboraron los dichos de la denunciante,
- 7) la testigo “de oídas”, A. R., no presenció ninguna situación entre la víctima y el acusado,

8) cuando se realizó la pericia en el teléfono celular de la víctima no se encontraron fotografías, videos, ni mensajes de Q.,

9) existió desidia por parte del Ministerio Público Fiscal, en tanto no se efectuó inmediatamente una inspección en el vehículo de la víctima y,

10) los testigos aportados por la defensa nunca observaron alguna actitud violenta de parte de Q. hacia la víctima.

Todas estas consideraciones fueron mencionadas por el recurrente como una manera de desvirtuar los dichos de la víctima, sin embargo, considero que estos agravios no pueden prosperar, en tanto el recurrente no explica de qué manera, según su entender, estas “corroboraciones periféricas objetivas” desvirtúan el plexo probatorio analizado por el sentenciante.

Es decir, no explica concretamente cual es el vicio, cómo se produjo y cuál es la decisividad del mismo en relación al resultado del fallo que ataca, como así tampoco explica por qué razón su valoración haría variar la solución adoptada.

No obstante ello, se advierte que estas “corroboraciones periféricas objetivas”, como a continuación se analizará, han sido tenidas en cuenta por el juzgador.

En efecto, si bien no existió en la causa un informe del examen físico ginecológico de la víctima, ni un examen de sus prendas de vestir, considero, tal como lo manifestó acertadamente el sentenciante, que «[l]a falta de constatación de lesiones en el cuerpo de la víctima [...] si bien no abonan la tesis inculcante, tampoco desacreditan en términos generales el relato de [G.P.G.]» (fs. 401).

De esta manera, la lesión vaginal no resulta, según estimo, un requisito ineludible para tener por acreditado el acceso carnal, en tanto en el caso existen suficientes razones, tal como las analizó el sentenciante, para afirmar que el acusado en una oportunidad obligó a la víctima a que le practicara sexo oral, y en otra oportunidad la accedió carnalmente por vía vaginal.

Tampoco puede prosperar el agravio dirigido a afirmar que las declaraciones de la denunciante fueron cambiantes en el proceso. Al respecto, comparto los fundamentos del sentenciante cuando consideró la «[a]usencia de modificaciones esenciales en las sucesivas declaraciones prestadas sin ambigüedades ni contradicciones» (fs. 401 vta.).

A ello, agregó que «[s]i bien tuvo dificultades para recordar con precisión determinadas fechas, se disculpó por esa falta de memoria, pero rememoró algunos hechos fundamentales que estaban contenidos en la plataforma fáctica».

Además, remarcó que «[s]i bien otros acontecimientos no fueron específicamente mencionados, ello puede haberse debido a que debía exponer sobre una relación sostenida en el tiempo con infinidad de situaciones puntuales, o bien a que los interrogatorios no estuvieron puntualmente dirigidos a confirmar los hechos específicos que pretendían ser probados en el debate» (401 vta.).

Asimismo, debe tenerse en cuenta que hechos como los que son objeto de análisis se desarrollan habitualmente en ámbitos de absoluta privacidad, razón por la que no hay testigos presenciales del hecho, tal como lo afirma el recurrente. Sin embargo, es de resaltar que A. R. –compañera de trabajo de la víctima–, si bien es una testigo “de oídas” –no una testigo presencial–, su declaración, tal como lo expresó el sentenciante, corroboró el relato de la denunciante, en tanto pudo percibir sus lesiones, las llamadas insistentes del acusado a su lugar de trabajo, escuchar los insultos y amenazas de Q. hacia [G.P.G.] observar una fotografía de su hijo, como así también los mensajes amenazantes del acusado enviados a la víctima por whatsapp; y lo más importante es que la testigo expresó como fue la reacción de [G.P.G.] cuando le develó la situación que estaba viviendo con el acusado, explicando que se tiró al piso a llorar

como una niña. Al respecto, el sentenciante manifestó que «[A] R. pudo apreciar con uno de sus sentidos -el oído- por unos pocos minutos cómo se desenvolvía diariamente el vínculo entre F. Q. y [G.P.G.], corroborando que las manifestaciones de esta última en referencia al suplicio que significaba soportar diariamente la continuidad de un vínculo enfermizo, obsesivo, abusivo, no querido, y maltratador, se ajustaba a la realidad» (fs. 400 vta.).

Además, debe señalarse que el recurrente durante la audiencia de debate oral, también trató de descalificar el testimonio de A. R., no logrando su propósito.

En cuanto a la contradicción entre lo declarado por el Comisario S. I. y [G.P.G.] respecto de una llamada telefónica que la víctima manifestó haber tenido con aquél, el sentenciante expresó, en razonamiento que comparto, que tal diferencia no era motivo para dudar de la credibilidad de la víctima, en tanto I. si corroboró que había recibido una llamada telefónica de [G.P.G.], aunque adujo que nunca tuvo tal conversación.

Con respecto a lo argumentado por la defensa, en cuanto a que no se encontraron fotografías, videos, ni mensajes de Q. al momento de periciar el teléfono celular de la víctima, el sentenciante manifestó sobre este punto que «[G.P.G.] admitió que borraba todo el material digital enviado por Q. para que no tomará conocimiento su marido e hijos» (fs.401).

Asimismo, expresó que «[e]l auxiliar C. de la Policía de Mendoza, explicó detalladamente que los archivos eliminados pueden ser rescatados, pero hay un problema en los teléfonos celulares, pues el sistema de archivos llena cada cluster con información, cuando completa el círculo comienza a pisar esa información. El teléfono tiene menos volumen de información.

En el teléfono se llena rápido la información, cuando se pisa el cluster la información no puede recuperarse, y en esta caso se desconocía el uso que tuvo el propietario del teléfono, que por otra parte, cabe aclarar, siguió en manos de la usuaria hasta que se efectuó la pericia con el programa UFED en el mes de setiembre de 2019» (fs. 401).

Estas consideraciones, que estimo acertadas, permiten afirmar que no hay razones para dudas de los dichos de la víctima, en cuanto a que borraba toda la información recibida de Q., motivo por el cual no se encontraron en su teléfono celular los videos, mensajes y fotografías enviadas por Q..

Por último, respecto a la desidia del órgano encargado de la investigación, en cuanto a que no se efectuó una inspección de los vehículos, el sentenciante, también, acertadamente manifestó más allá de que «[s]on ciertas las críticas formuladas por la defensa a las falencias que registra la investigación fiscal, pero esto no es algo atribuible a la víctima» (fs. 401).

Por lo que considero que este agravio también debe ser rechazado. En otro orden, estimo que tampoco debe prosperar el agravio dirigido a cuestionar las evaluaciones psicológicas realizadas a la víctima. En este sentido, el sentenciante señaló que «[e]l aporte de la Lic. S. S., constituye una forma de corroboración periférica de la versión de la víctima, en tanto recogió un extenso relato de sus atribulaciones, recepcionado por un testigo calificado, toda vez que la mentada profesional de la Dirección de la Mujer es psicóloga» (fs. 401).

Asimismo, el sentenciante manifestó que la Lic. S. «[e]xplicó puntualmente que si bien hicieron un acta inicial para conocer el relato de la mujer, había llegado con un estado de angustia importante, relatando una gran cantidad de hechos en los que demostraba el grado de sometimiento hacia el señor Q., [quien vulneraba] constantemente su estado psíquico, [llevándola a] un estado de tensión permanente, imposibilitada de actuar libremente, porque el agresor era una persona conocida de la familia» (fs. 401 y vta.).

Por último, agregó que la Lic. S. consideró que el discurso de la víctima «[e]ra creíble por la espontaneidad, la coherencia, y toda la sintomatología emocional. Había un acomodamiento total a circunstancias exageradamente violentas: insultos, humillaciones, denigraciones físicas y sexuales, filmaciones de situaciones íntimas coacciones» (fs. 401 vta.).

En cuanto a estas valoraciones del juez no advierto arbitrariedad alguna. Con respecto, al informe del Equipo Profesional Interdisciplinario, el sentenciante consideró que la declaración de la Lic. P. Mole fue muy solvente y sólida, en tanto dio detalles de lo relatado por [G.P.G.]. Ello, en cuanto al comienzo de los patrones de comportamiento violento por parte de Q., de la existencia de hechos compatibles con violencia sexual, relaciones indeseadas, intimidación, hostigamiento, tormento psicológico, acorralamiento, inescapabilidad y sometimiento total para evitar que se concretaran las amenazas de Q. hacia la víctima.

En efecto, P. Mole manifestó que el relato de [G.P.G.] fue absolutamente creíble porque en su declaración habían muchos detalles contextuales y un concomitante emocional concordante, además manifestó que no se apreciaron motivaciones para mentir, en tanto era mayor para la víctima la pérdida por atravesar un proceso judicial. Comparto estas apreciaciones.

Por otra parte, tampoco tiene entidad para conmovir la decisión del juzgador la alegación del recurrente en relación a que en las evaluaciones psicológicas realizadas a la víctima no se aplicaron protocolos válidos a nivel nacional e internacional para evaluar la credibilidad de su testimonio.

Se advierte que esta crítica fue analizada por el juez, en tanto consideró que carecen de fundamentos suficientes para desvirtuar sus resultado el cuestionamiento de las técnicas aplicadas en la evaluación psicológica de [G.P.G.] Asimismo, el sentenciante expresó que el psicólogo S. D. O. consideró que el relato de la víctima «[e]ra fluido, claro, coherente, espontáneo, con detalles de contexto, información sobre el estado mental subjetivo de ella y el agresor, además de estar acompañado de un estado emocional acorde, con mucha angustia y llanto» (fs. 401 vta.), reitero que «[e]l relato era confiable, pero además no presentaba indicios de mitomanía o fabulación, pues conservaba un criterio de realidad» (fs. 401 vta.).

En síntesis, considero que el recurso de casación interpuesto no puede prosperar en tanto el sentenciante sustentó su decisión en el análisis integral y contextualizado de las pruebas obrantes en la causa, las que ponderó con la debida perspectiva de género y conforme a las reglas de la sana crítica racional, cuyo apartamiento el recurrente no ha podido demostrar.

Por todo lo expuesto, y en opinión coincidente con la vertida por el Procurado General, debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazarse el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. O. A. PALERMO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género me remito, en lo pertinente, a lo oportunamente señalado en «**Di Cesare Morales**» y «**Mejía Salvador**» por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR. A. PALERMO, adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. O. A. PALERMO, adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuestos por la defensa de F. O. Q. B..
- 2.- Tener presente la reserva federal efectuada.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. O. A. PALERMO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 29 de septiembre de 2022.-

25- OLGUIN. 29-09-22

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	Conv.	NNA	-	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=900>

Lex: Art. 119, 2° párrafo en función con el 4° párrafo inc. f y 55 CPP

Vox: VG. NNA. A.S.I..Abuso sexual gravemente ultrajante. Convivencia. Número indeterminado de hechos. Concurso real.

Summa:

El **TPC** condenó al nombrado a la pena de **nueve años de prisión** como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser cometido contra un menor de dieciocho años de edad aprovechando la situación de convivencia preexistente, en un número indeterminado de hechos en concurso real (arts. 119 segundo párrafo, en función con el quinto párrafo apartado f y 55 del Código Penal). El SA es padrastro de la menor, quien tenía 10 años cuando comienzan los ultrajes investigados.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 2 CPP). Estima que la sentenciante valoró la prueba en forma fragmentada y arbitraria. Considera que hay inexactitud en el escenario de los hechos.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 2488. TPC Nº 2- 3° CJ.

Precedentes citados:

a-SCJM

- «Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa»; «Quiroga Morales»; «Ojeda Pérez»; «Vázquez Tumbarello»; «Gómez Ayala», «Lorente» y «Sayd Carrizo», entre otros. Di Cesare Morales. Mejía Salvador.

Precedentes relacionados

- Ver Agüero Pérez. 25-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=777>

SCJM. Dres.: **Valerio**. Palermo. Adaro (Licencia).

Fallo.

CUIJ: 13-06810548-4/1((038601-70211)) F. C/ OLGUIN ALFREDO JESUS P/ ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN (70211/20) *106063422*

En Mendoza, a los veintinueve días del mes de septiembre del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-06810548-4/1, caratulada “F. C/ O., A. J. P/ ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO, y tercero DR. MARIO D. ADARO.

La defensa de A. J. O. interpone recurso de casación contra la sentencia n° 2.488 y sus fundamentos, mediante la cual se lo condenó a la pena de nueve años de prisión como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser cometido contra un menor de dieciocho años de edad aprovechando la situación de convivencia preexistente, en un número indeterminado de hechos en concurso real (arts. 119 segundo párrafo, en función con el quinto párrafo apartado f y 55 del Código Penal), que se le atribuyen en la causa N° P-70.211/20.

El pronunciamiento fue dictado por la juez del Primer Tribunal Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción Judicial. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El tribunal de juicio tuvo por probado que «[e]n fechas no precisas, entre los años 2016 y 2018, específicamente entre los 10 y 12 años de edad de la menor, víctima en autos, [M.M.], el encausado A. J. O. -padrastro- tanto en el domicilio en el que residían, sito en ...; como en el domicilio actual, sito en ..., en numerosas oportunidades, mientras todos dormían, se dirigió hacia la cama de la víctima y le efectuó tocamientos en la zona de la cola, los pechos y la vagina, por debajo de la ropa, causándole dolor, mientras el sindicado se masturbaba y en ciertas ocasiones le apoyaba el pene en la cola».

Para así decidir la sentenciante valoró, entre los elementos más importantes: las declaraciones testimoniales de M.M. en Cámara Gesell, L. Y. M., G. O., A. T., M. R., F. Z., R. R., D. V., G. V., Y. D., M. M., L. V., M. G. y C. S.; la declaración de A. J. O.; el examen psicológico de M.M. y, el examen psíquico del acusado.

2.- Recurso de casación

Los motivos de la defensa se enmarcan en las disposiciones del inc. 2 del art. 474 del CPP.

Considera que la sentenciante valoró la prueba en forma fragmentada y arbitraria.

Asimismo, estima que existe una falta de fundamentación por parte de la sentenciante en perjuicio de los derechos del acusado, en tanto la representante del Ministerio Público Fiscal no pudo acreditar con certeza que los hechos relatados en la plataforma fáctica los cometiera el acusado y que los mismos ocurrieran en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que expresa.

Asimismo, que tampoco utilizó ninguna de las herramientas procesales con las que contaba a fin de ajustarla y no conculcar el derecho de defensa del acusado ni violentar el debido proceso.

Cita jurisprudencia.

En cuanto a la circunstancia de lugar, la defensa considera que quedó acreditado que los hechos no ocurrieron en ..., en tanto sostiene que la familia O. vivió en ese lugar a partir del año 2019, esto es, fuera del tiempo en el cual habrían ocurrido los hechos de acuerdo con las declaraciones del acusado, de L. M. y de las licenciadas A. T., F. Z. y R. R..

Agrega, con respecto al domicilio ..., que tampoco existe certeza alguna que los hechos hubieran sucedido allí, debido a que la familia O. residió en varios lugares durante esa época. En base a los cuestionamientos referidos, argumenta que se violó el debido proceso y el derecho de defensa del acusado.

En cuanto a la circunstancia de tiempo, referencia que la representante del Ministerio Público Fiscal mantuvo que los hechos sucedieron cuando M.M. tenía entre diez y doce años y en un rango de tiempo que iba del año 2016 al 2018.

Sin embargo, aclara que M.M. manifestó a todos los operadores que los hechos habrían ocurrido alrededor de sus seis años de edad. Señala que así lo indicó G. O. y las licenciadas M. R., F. Z. y R. R..

En cuanto a la circunstancia de modo, expresa que el único indicador de la existencia del abuso es el relato de M.M., pero asevera que nada se dijo en la sentencia de la validación de ese relato. También hace referencia que se encontraban acreditados en la causa hechos de gravedad que pudieron dar motivo al relato de M.M. y, por tanto, considera que la certeza que sus presuntos síntomas corresponden a una situación de abuso se diluye.

Así, brinda como ejemplo, los problemas intrafamiliares, la adolescencia, la conflictividad con la autoridad paterna, las malas experiencias con relaciones previas, etc. Sostiene que estas situaciones fueron dejadas de lado por la sentenciante, sin fundamento alguno.

Asimismo, considera que la falta de indicadores compatibles con abuso surge del examen psicológico de cierre efectuado a la víctima por el Equipo de Abordaje de Abuso Sexual.

Explica que la sentenciante toma como motivo del surgimiento de los abusos, la autolesión y los problemas de alimentación. Situaciones que, según su entender, sólo fueron manifestadas por G. O. y, en forma periférica, por C. S., que son testigos de oídas y, agrega, que no se obtuvo una sola prueba objetiva respecto de los mismos, siendo que habrían ocurrido cuando la víctima se encontraba dentro del establecimiento escolar.

Añade que la sentenciante apoyó su fundamento en lo manifestado por G. O., en tanto habría afirmado, según aquella, «no me gusta cuando le tocaba la cola a la niña», «jugaba a manosearla delante de los adultos».

Sin embargo, la defensa sostiene que G. O. no dijo eso, sino que por el contrario manifestó que «nunca me gustó la relación entre ellos, que le baje el pantalón para pegarle en la cola».

Por otra parte, señala que la sentenciante omite mencionar que también M.M. era víctima de violencia de género y que las sesiones psicológicas no eran una terapia sino un espacio de escucha, por lo que aclara que nada se hablaba sobre el hecho.

Menciona que el licenciado D. V. nunca dijo que el acusado podría ser capaz de abusar de M.M., tal como lo sostiene la sentenciante. También indica que la sentenciante omitió valorar las siguientes circunstancias: los rasgos de personalidad de M.M.; que no se la notó angustiada al tiempo de sus entrevistas; el modo en que ocurrían los presuntos abusos; que M.M. relató en Cámara Gesell que se golpeó con una tenaza en la vagina y que al momento de los hechos dormía en la cucheta de arriba, lo cual hace imposible, según su entender, cualquier situación de apoyo del miembro masculino.

Por último, cuestiona la valoración de las pruebas aportadas por esa defensa, y alega que resultó arbitrario el rechazo de los testigos de descargo y que la declaración de C. S. no hizo más que reforzar la versión del acusado. Hacen reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador entiende que debe rechazarse el recurso casatorio promovido y confirmarse la validez de la sentencia impugnada.

Argumenta que claramente y con detalle la jueza de la instancia previa expuso, con sólidos argumentos y luego de la valoración de las pruebas producidas, sus consideraciones acerca de la acreditación de la existencia material de los hechos, como de la autoría del acusado.

Sostiene que las críticas formuladas, más que vicios en la sentencia, reflejan la discrepancia de la defensa, en el legítimo ejercicio de su cargo, con la valoración del plexo probatorio e indiciario del tribunal de la instancia previa.

Asimismo, manifiesta que la defensa tiende a separar y tratar de anular elementos probatorios e indiciarios cargos para establecer una duda acerca de la existencia material de los hechos tal como quedaron acreditados y la autoría del acusado; elementos que han sido tratados en forma conjunta por el tribunal de sentencia, en tanto su separación aprovecha a la posición del cuestionamiento de los mismos por esa parte. Por lo señalado, considera que el recurso interpuesto no puede prosperar.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación formulado considero que no corresponde hacerle lugar. Ello, por cuanto, y como seguidamente se explicará, la motivación de la sentencia cuestionada, en tanto no adolece de falencias que impliquen su anulación, es suficiente para mantener el dictum como acto jurisdiccional válido.

Esto, a tenor de la jurisprudencia reiterada de esta Sala que ha establecido que, para que los defectos en la fundamentación conlleven tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (conf. LS. 186- 427, 153-011, 354-218, 392-094 y 397-177, entre otros); lo que en la especie no ocurre. Paso a explicarlo.

a.- Consideraciones generales sobre la valoración probatoria con perspectiva de género

En el presente caso se le atribuye al acusado el hecho que, como se dijo, fue calificado como abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser cometido contra un menor de dieciocho años de edad aprovechando la situación de convivencia preexistente, en un número indeterminado de hechos en concurso real.

En todos ellos, la denunciante es su hijastra, M.M. De tal manera entiendo importante, de manera previa al análisis del recurso interpuesto, destacar que este Tribunal se ha pronunciado sobre valoración probatoria con perspectiva de género en diversas oportunidades. En particular, tuvo ocasión de referirme a ello en diversos precedentes (**«Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa»; «Quiroga Morales»; «Ojeda Pérez»; «Vázquez Tumbarello»; «Vega»; «Zurita»; entre otros**) .

En lo que sigue, traeré a colación ciertos pasajes de algunos de aquellos votos, pues considero que resultan enteramente aplicables a este caso y dan cuenta del modo en que, a mi juicio, la perspectiva de derechos debe ingresar al proceso penal.

Encuentro pertinente en primer lugar recuperar las consideraciones realizadas en **«Ojeda Pérez»**, donde sostuve que «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una

“categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional. Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - **Belem Do Pará** -, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”).

Señalé también en esa ocasión que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las "mujeres". En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...] (art. 16)».

Ahora bien, además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene normas que «[...] consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género. En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de «amplia libertad probatoria» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (art 31)».

De tal manera, y conforme sostuve en el ya citado **precedente «Ojeda Pérez»**, «[...] el texto legal vigente [ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP).

A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas». Así, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar.

Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”).

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional en razón de que «[...] siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento.

Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a lo expresado «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

De tal manera «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables».

De no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal – hasta aquí, conf. «Ojeda Pérez»–.

Es decir que, este método de análisis es para asegurar que la conquista de la igualdad consagrada en el art. 16 de la CN, donde además de ser iguales las personas ante la ley y esta una misma para los habitantes, en los hechos tenga una acción y fuerza uniforme (art. 7 de la Constitución de Mendoza) (**conf. «Zurita»**).

En segundo lugar, he enfatizado que la perspectiva de género no se trata simplemente de un lenguaje, sino esencialmente de una forma de actuación que requiere comprender en toda su dimensión que existen en los casos y/o circunstancias una situación de discriminación que se reclama su cese para asegurar un trato igualitario de todas las personas –conf. «Zurita»–.

En particular, en materia penal el método de análisis con perspectiva de género que debe ser utilizado cuando la mujer es víctima de un delito es para asegurar que la ley, que es igual para todas las personas,

sea también aplicada con igualdad de trato ante ella, evitando la discriminación por usos y costumbres derivadas de la cultura estereotipada patriarcal –como poder ideológico, que se vale de la posesión de ciertas formas de saber, información o códigos de conducta, incluso por la posesión de ciertos bienes que le dan la primacía a algunos varones sobre los restantes integrantes de cada grupo de pertenencia de varones, mujeres y niños/as; y entre los varones al primigenio; como de los varones sobre las mujeres y de éstas sobre los niños/as–, para ejercer una influencia sobre el comportamiento de los demás e inducir a los miembros del grupo a efectuar o no efectuar una acción, o machista –como ejercicio o manifestación de la fuerza o económico, que se impone por la asimetría entre los varones y de estos con las mujeres–, como capacidad de determinar el comportamiento de los demás; pero ambos imponen rígidos roles que contribuyen a instituir y mantener sociedades desiguales, divididas entre fuertes y débiles, ricos y pobres, como de sabios e ignorantes (ver Bobbio, Norberto, “Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política”, Fondo de Cultura Económica, trad. José F. Fernández Santillán, México, 1989) – conf. «Zurita»–..

En tercer orden, y tal como destacué en el caso **«Vázquez Tumbarello»**, la relevancia de la ley 27.499, denominada «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado.

En coincidencia con aquella normativa la Acordada N° 29.318 de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia». Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales.

En conclusión, entiendo que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional. Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación.

Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género en donde el tribunal de instancia anterior ha tenido en cuenta los parámetros antes referidos al momento de la ponderación de los elementos de prueba obrantes en la causa.

En función de las pautas señaladas es que analizaré las impugnaciones formuladas en la presente causa.

b.- Acerca de los cuestionamientos realizados por la defensa a la valoración probatoria realizada por la jueza de sentencia y al modo de fundamentar su decisión

Tal como se adelantó, luego de analizado el recurso interpuesto y la sentencia cuestionada, considero que esta última no adolece de los vicios que pretende la defensa.

Ello, en tanto encuentra sustento en la correcta valoración de la totalidad de las pruebas rendidas, particularmente, de las declaraciones de M.M. y demás testigos que declararon durante el debate, así como de las pruebas objetivas que obran en la causa.

Estos elementos fueron valorados por la sentenciante de manera integral, contextualizada –con la debida perspectiva de género que el caso imponía– y conforme las normas de la sana crítica racional. El primer

planteo de la defensa está dirigido a cuestionar la falta de acreditación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos investigados.

En efecto, según se desprende del escrito recursivo, la defensa sostiene, con respecto al lugar, que los hechos no ocurrieron en la ..., ni en la finca En relación con la cuestión de tiempo, refiere que los hechos se encuentran circunscriptos, según la acusación y así lo entendió acreditado la sentencia, cuando M.M. tenía entre diez y doce años de edad, pero que M.M. hizo referencia a que habrían ocurrido cuando tenía alrededor de los seis años de edad.

Por último, acerca de la circunstancia de modo, la defensa expresa que el único indicador de la existencia del abuso es el relato de M.M. el que, según su entender, no estaría validado por elemento alguno.

No comparto estos argumentos. La sentenciante consideró que si bien M.M. no fue clara en cuanto a las circunstancias de tiempo y lugar de los hechos, en tanto, por un lado, dudó haber sido abusada entre los seis y diez años de edad y, por el otro, dijo residir en varios domicilios desde el año 2017, lo cierto es que estimó, con cita de jurisprudencia de este Tribunal, que esas variaciones, en tanto no resultan esenciales en cuanto al núcleo de la atribución de los hechos, no tenían la relevancia que pretendía la defensa pues, destacó así que M.M. fue absolutamente concisa y contundente al momento de relatar el modo de la realización de los abusos.

En este orden, la jueza consideró acertadamente que, en hechos como el investigado, resulta un elemento fundamental a considerar el relato de los menores, en tanto rara vez son hechos realizados en presencia de otras personas o advertidos por el seno íntimo de la familia.

A partir de allí, estimó de relevancia para la existencia del hecho el relato de la menor M.M. También, tuvo en cuenta, jurisprudencia de esta Sala, según la cual en los casos de abuso sexual hacia niñas o niños la determinación cronológica de los hechos, así como los matices en relación a las circunstancias de modo y lugar deben ser menos estrictas, en tanto debe considerarse el perfil psicológico del niño y de la niña, su edad, su capacidad de situarse en el tiempo y demás particularidades que puedan influir de algún modo en la precisión de su relato (ver, al respecto, «**Gómez Ayala**», «**Lorente**» y «**Sayd Carrizo**»).

En este entendimiento, en el **precedente «Gómez Ayala»** me pronuncié sobre la credibilidad del testimonio de la/s víctima/s. Al respecto, sostuve que «[...] cuando se trata de casos de abuso sexual infantil (ASI), la aludida especificidad de este espectro de comportamientos, derivada de la condición de vulnerabilidad por la menor edad de la víctima, impone -entre otros- el deber de adecuar las reglas sobre interpretación y valoración de los testimonios de las víctimas de acuerdo a las circunstancias.

De manera tal que los términos o expresiones a través de las cuales describen los hechos padecidos, no sólo reclaman su recepción con mecanismos específicos -Cámara Gesell- sino, además, que su valoración, en cuanto al control de logicidad de la declaración, no puede tener la misma estrictez que cuando se trata de una víctima mayor de edad». Asimismo, destacué que «[...] la especificidad del testimonio infantil y nivel de precisión esperable, debe ajustarse por el intérprete a la condición del menor, pues serán diferentes para cada caso particular.

A modo de ejemplo, entre muchos otros factores, aquellas cualidades dependerán de la edad del niño, niña o adolescente, de su desarrollo cognitivo, el contexto familiar y socio-cultural, el nivel de lenguaje alcanzado y su predisposición a hablar, siendo un factor de suma relevancia la habilidad y competencia de quien actúe como entrevistador o entrevistadora para lograr la comunicación de la víctima.

También influirá si el hecho denunciado habría sido único o crónico y el tiempo transcurrido desde entonces hasta la toma de declaración (conf. “Guía de buenas prácticas para el abordaje de niños/as adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos. Protección de sus derechos, acceso a la

justicia y obtención de pruebas válidas para el proceso”, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), Asociación por los Derechos Civiles (ADC), Primera edición, septiembre de 2013)».

A partir de allí, la jueza explicó que el relato de M.M. fue veraz y preciso por su reiteración en el tiempo, en tanto fue evaluada por diversos profesionales que constataron que su versión de los hechos era prácticamente idéntica desde el momento de la Cámara Gesell, en el cual las circunstancias de ejecución del hecho fueron claras.

Además, consideró que el relato de M.M. aparecía corroborado, por un lado, a través del informe y las declaraciones testimoniales de las profesionales del Equipo Técnico Interdisciplinario (E.T.I.) y del Equipo de Abordaje de Abuso Sexual (E.De.A.A.S.), quienes lo consideraron creíble, concreto y contundente.

Así, la licenciada Mariana Molina, psicóloga del E.De.A.A.S., refirió que con respecto a los criterios de credibilidad, utilizaron la técnica CBCA (análisis de contenidos basados en criterios), resultando el relato de M.M. claro, espontáneo y coherente.

De manera coincidente, F, Z,, trabajadora social del Programa de Prevención y Atención Integral del Maltrato Infantil, expresó que durante el relato surgieron indicadores de angustia y de culpa, que no existieron contradicciones, y que M.M. no quería contar detalles de lo ocurrido, lo que resultó otro criterio de credibilidad.

Asimismo, en el informe del examen psicológico y en el informe de la Cámara Gesell, surge que, en relación a los hechos que se investigan, no se detectaron en M.M. rasgos de personalidad compatible con tendencia a la fabulación y/o mitomanía, ni tampoco a crear historias inexistentes,. A su vez, la sentenciante consideró, como criterio de credibilidad del relato de M.M., la circunstancia que haya acudido voluntariamente, acompañada por su madre, a pesar de sus concretas imposibilidades fácticas y económicas, al Programa de Prevención de Maltrato Infantil, para remover las severas lesiones que habrían quedado en su psiquismo, producto de los maltratos y abusos sexuales del acusado.

Como así también, valoró las autolesiones que se provocaba M.M. en su cuerpo y la negación a alimentarse. Por otro lado, la jueza encontró que el relato M.M. se corroboraba por la declaración de G. O., prima de M.M., quien además de relatar los hechos de abusos que le confesó, manifestó que no le gustaba cómo era el acusado con la menor, ni cómo la trataba, como así tampoco los juegos que le hacía. En efecto, explicó que no le gustaba las situaciones que pasaban entre ellos, como por ejemplo, que la estuviera tocando y que le bajara el pantalón para pegarle en la cola, cosas, que según su entender, no se hacen ni así sea de un padre a un hijo.

También destacó un dato no menor y, es que, M.M. tenía miedo de ir sola a la casa de la madre cuando se encontraba el acusado, por lo que le pedía a ella que la acompañara. En este orden, debe decirse que la cuestión destacada por la defensa, en cuanto a que G. O. nunca dijo que el acusado jugaba a manosearle la cola a M.M., tal como lo indicó la jueza, no resulta en nada relevante a los fines pretendidos, debido al solido caudal probatorio que sustenta la acusación y que fue debidamente valorada por la jueza de la instancia anterior. Al respecto, debe destacarse que la jueza acertadamente, considero que el testimonio de G. O. era absolutamente desinteresado y preocupado por la salud física y mental de M.M..

Asimismo, refirió que, las reglas de la lógica y de la experiencia indican que el generar que estos juegos se visualicen y se naturalicen a nivel familiar, son la puerta de ingreso a los abusos sexuales de los niños, por lo que ese acto de sexualización del acusado hacia M.M. también era un elemento que da certeza de sus dichos.

De tal manera, no advierto arbitrariedad en la determinación de las circunstancias de lugar, tiempo y modo de los hechos considerados probados por la jueza de la instancia previa, en tanto se basa en la

adecuada valoración de los elementos de prueba obrantes en la causa, principalmente la declaración de M.M.

Además, no se advierte de qué manera el acusado no pudo ejercer adecuadamente su derecho de defensa, tal como lo plantea la recurrente, toda vez que desde el inicio de la investigación se tomó conocimiento del domicilio donde ocurrieron los hechos, como así también del tiempo y el modo de los mismos.

En otro orden, la defensa plantea, por un lado, que el licenciado D, V, dijo que no podía afirmar que el acusado había abusado de la víctima M.M. y, por le otro lado, la omisión de valoración, por parte de la jueza de la instancia anterior, de los rasgos de personalidad de M.M., su falta de angustia al tiempo de sus entrevistas, el modo en que ocurrían los presuntos abusos, el golpe con una tenaza en la vagina de M.M. y, que ésta dormía en la cucheta de arriba al momento de los hechos.

En relación con lo primero, debe decirse que no asiste razón a la defensa en tanto, la jueza ponderó que el licenciado V, tuvo en consideración que los desbordes de personalidad del acusado podían presentarse en el área de la sexualidad.

Una vez más, la defensa aísla un elemento y a partir de allí busca asignarle un valor cuya relevancia no tiene. En cuanto a lo segundo, la defensa no explica cómo la inclusión en el razonamiento de la juzgadora de aquellas circunstancias harían variar el resultado, frente al sólido caudal probatorio que sustenta la acusación y que fue detallado.

Por último, estimo que tampoco resulta procedente el cuestionamiento referido a que resultó arbitraria la valoración de la declaración del acusado, así como las declaraciones de los testigos de descargo, en tanto se advierte que fueron valoradas por la jueza de la instancia anterior, aunque no en el sentido pretendido por la defensa.

Tal como se dijo, la contundencia de los elementos de cargo obrantes en el causa no logra ser conmovida por la versión de los hechos del acusado, ni por las declaraciones de los testigos ofrecidos por la defensa. En este orden, considero que la defensa parcializa la valoración de la prueba obrante en la causa, aislando su consideración y estándoles así la fuerza de convicción que surge de su conjunta valoración. En este orden, debe recordarse lo que has sostenido esta Sala en otras ocasiones sobre que «[...] los medios de prueba no constituyen compartimientos estancos porque cada uno de ellos se apoya en mayor o menor grado sobre los restantes.

Unos y otros aparecen finalmente como los elementos de un todo, y será ese conjunto el que dará la prueba sintética y definitiva, aquella sobre la cual se podrá levantar la reconstrucción de los hechos.

Las diversas pruebas presentadas en un momento dado deber ser examinadas al mismo tiempo, pues el resultado global es el que cuenta [...]» (L.S. 388-219).

Asimismo, que «el sistema de la sana crítica racional se encuentra íntimamente relacionado con el principio de la unidad de la prueba e impone como regla de la consideración de la prueba en su conjunto, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles e imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados» (L.S. 388-219).

A partir de todo lo reseñado, es posible afirmar la improcedencia de los cuestionamientos de la defensa, en tanto de la adecuada valoración de los elementos de prueba por parte de la jueza de la instancia anterior, la que se advierte integral, contextualizada, con la debida perspectiva de género y conforme a las reglas de la sana crítica racional, surge la existencia material de los hechos atribuidos al acusado, así como su autoría.

Por todo lo expuesto, y en opinión coincidente con la vertida por el Procurador General, debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazarse el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género me remito, en lo pertinente, a lo oportunamente señalado en «Di Cesare Morales» y «Mejía Salvador» por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuestos por la defensa de A. J. O..
- 2.- Tener presente la reserva federal efectuada.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 29 de septiembre de 2022.-

26- PORCEL VALERO. 30-09-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	Padre Conv.	NNA	-	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=892>

Lex: Art. 119, 2° y 4° párrafo, inc.s b) y f), 54 y 55 del CP. Ley 25.087. Art. 72, 2° párrafo del CP, según Ley 25087 y Ley 27455 (B.O. 25-10-18). Art. 391, 392 del CPP. Art. 489 del CPP. CDN. Ley 26061.

Vox: NNA. A.S.I. Abuso sexual gravemente ultrajante. Ascendiente. Convivencia. Concurso ideal. Víctima menor de edad. Instancia de la acción. Inconstitucionalidad del art. 119 CP. Doble valoración. Hecho diverso. Cambio de calificación legal.

Summa:

El **TPC** condenó al nombrado a la pena de **catorce años de prisión**, como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante, agravado por ser cometido por un ascendiente y contra un menor de dieciocho años de edad aprovechando la situación de convivencia preexistente, ambas agravantes en concurso ideal, dos hechos en concurso real (arts. 119, 2° y 4° párrafo, inc.s b) y f), 54 y 55 del CP –según ley 25.087. El SA es progenitor del niño víctima, con el cual convivía.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 -2 CPP). Sus agravios: (a) falta de instancia de la acción penal; (b) imprecisión de la acusación fiscal; (c) composición del plexo probatorio y arbitrariedad en su valoración; (d) planteos sobre la errónea aplicación de la ley penal sustantiva; (e) indebida mensuración del monto de la pena impuesta.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1574 (03-11-21). TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados:

a-SCJM

I- Valoración probatoria en materia de violencia de género. Perspectiva de género:

- «Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa»; «Quiroga Morales»; «Ojeda Pérez»; «Vázquez Tumbarello»; Gómez Ayala», «Lorente» y «Sayd Carrizo», entre otros. Di Cesare Morales. Mejía Salvador.

II-Inconstitucionalidad

- «Centorbi Bajouth»: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=155>
- «Córdoba, Jorge Antonio», «Maldonado Quiroga», entre otros.

b-CSJN

Jurisprudencia citada por la Defensa: casos “Castillo Petruzzi”, “Lori Berenson”, “Canese”, “Kimel”–.

Precedentes relacionados

- Ver Agüero Pérez. 25-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=777>

SCJM. Dres.: **Valerio**. Palermo. Adaro (Licencia).

Fallo.

CUIJ: 13-06794530-6((028601-756995)) FC/ PORCEL VALERO EDGARDO ADRIAN P/ ABUSO SEXUAL P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106048667*

En Mendoza, a los treinta días del mes de septiembre del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-06794530-6 caratulada “FC/ PORCEL VALERO, EDGARDO ADRIÁN P/ ABUSO SEXUAL ...S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y, tercero, el DR. MARIO D. ADARO.

Los defensores del acusado Edgardo Adrián Porcel Valero interponen recurso extraordinario de casación contra la **sentencia N° 1.574 de fecha 3 de noviembre de 2021** y sus fundamentos, mediante la cual se condenó al nombrado a la pena de catorce años de prisión, con más accesorias legales y costas, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante, agravado por ser cometido por un ascendiente y contra un menor de dieciocho años de edad aprovechando la situación de convivencia preexistente, ambas agravantes en concurso ideal, y del delito de abuso sexual gravemente ultrajante, agravado por ser cometido por un ascendiente y contra un menor de dieciocho años de edad aprovechando la situación de convivencia preexistente, ambas agravantes en concurso ideal; ambos en concurso real (arts. 12, 29 inc. 3, 45 y 119 segundo y cuarto párrafo, inc.s b) y f), –según ley 25.087– en función de los arts. 54 y 55, todos del Código Penal), por los hechos atribuidos en causas n° P-756.994/19 y n° P770.897/19 respectivamente.

El pronunciamiento impugnado fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver: PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto? SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde? TERCERA: pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El tribunal impugnado resolvió del modo precedentemente señalado al considerar probado que los hechos objeto de investigación en los autos n° P-756.994/19 ocurrieron de la siguiente manera, a saber: «[q]ue en fecha no determinada, pero que podría circunscribirse a cuando [L.E.P.T.] contaba entre ocho años y diez años de edad, en el domicilio sito en calle La Vendimia n° 379 del Barrio Smata II de esta ciudad de San Rafael, provincia de Mendoza, en ocasiones que la madre de éste, Sra. Hilda Roxana Toledo no se encontraba en el domicilio, el imputado Edgardo Adrián Porcel Valero hacía ingresar al baño de la vivienda a su hijo [L.E.P.T.] a fines de que éste se bañara, y cuando éste se encontraba solo, bañándose, abusaba sexualmente del niño, llevando a cabo tocamientos sobre sus genitales, llegando incluso a masturbarlo, tocándole también la cola, como así también el ano, lo que hacía con sus dedos. Los tocamientos los hacía el imputado con sus propias manos y sirviéndose incluso de elementos de higiene, procurando enmascarar los hechos abusivos en una situación de higiene propiamente dicha.

Que esto ocurría los días martes, en algunas ocasiones, cuando [L.E.P.T.] no podía eludir la exigencia del padre respecto a la realización del baño. Los días martes –es incontrovertido– era los días que el imputado Porcel tenía franco en su trabajo de la **Heladería La Delicia**.

Estos hechos ocurrieron entre el 12 de octubre de **2007** (contando L. con ocho años de edad) y hasta los diez años del menor –esto último aproximadamente–, próximo a la separación de los padres, lo que ocurrió el 21 de agosto de **2010**, cuando ya [L.E.P.T.] contaba con 11 años de edad (cumplidos el 14 de junio de 2010)» (v. pág. 28 de los fundamentos digitalizados incorporados al sistema LeD bajo el número de orden 107 en la causa n° P-756.994/19).

Para así decidir, el tribunal de juicio consideró que los acontecimientos que fueron objeto de la acusación –pública y privada– resultaron demostrados, más allá de toda duda razonable, a partir de la credibilidad asignada al relato de la víctima, cuyos términos estimó corroborados a través de los restantes elementos de prueba que confirmaron su versión.

En particular, con los testimonios recogidos durante el debate de **Karina Roxana Porcel Toledo –hermana del denunciante–, y de los profesionales forenses** que entrevistaron a la víctima durante la investigación penal preparatoria, quienes ratificaron y explicaron el contenido de los diversos informes obrantes en la causa, y que fueron incorporados al debate como prueba instrumental y documental.

En el orden señalado, la sentencia repasa –principalmente– las declaraciones de los siguientes profesionales: de la Lic. Fátima Rossi, psicóloga del Equipo de Abordaje de Abuso Sexual Infantil (E.De.A.A.S.), del Dr. Claudio Habiján, psiquiatra del Cuerpo Médico Forense –peritos oficiales– y de la Lic. Analía López –perito de control de la defensa– quienes intervinieron en la pericia psicológica realizada a la víctima, cuyos informes obran agregados a fs. 257/259 y 265/267 vta. respectivamente; de la Lic. Adriana Airaldi quien entrevistó a la víctima mientras prestaba servicios en Policía Comunitaria del departamento de San Rafael, –ver fs. 492–; de la Lic. María Belén Gerardi, profesional de la Coordinación de la Niñez y adolescencia del mismo municipio que asistió a la víctima y a su hermano luego del fallecimiento de su progenitora; de la Lic. Rosana De Stefani, quien abordó terapéuticamente a la víctima,; y, finalmente, del Lic. Marcos Collado quien, como integrante profesional del S.U.P.P.I.D., intervino por derivación de la Policía Comunitaria, y elaboró el informe de fs. 493/495.

Con ese caudal probatorio, el tribunal desacreditó la versión defensiva aportada durante el juicio por el acusado en ejercicio de su derecho de defensa material, y le restó peso convictivo a las declaraciones de Daniel J. Porcel –hermano del acusado–, Lidia Margarita Tapia, y del Dr. Gonzalo Herrera –cuya declaración durante la instrucción fuera incorporada con omisión de lectura al debate–, en tanto testigos ofrecidos por la defensa para sustentar su teoría del caso.

Finalmente, surge pertinente destacar, que también ponderó, aún con ciertas limitaciones –como se verá en lo sucesivo– el informe sobre el examen psiquiátrico y psicológico realizado al acusado a los términos del art. 97 del CPP, la que obra agregada a fs. 363/365. En cuyo caso, se limitó a destacar –y tomar por válidos– solo alguno de los puntos contenidos en ese instrumento.

Seguidamente, con relación a los hechos que conformaron el objeto de la causa acumulada a los principales, la que ha sido identificada bajo el n° P-770.897/19, el tribunal de la instancia anterior consideró que correspondía tenerse por acreditado que «[...] al menos, que en el lapso de tiempo comprendido entre el día 25 de julio de 2008 y el día 25 de julio de 2010, Adrián Porcel Valero abusó sexualmente de su hijo [G.P.T.], que tenía entre seis y ocho años de edad en ese período, mediante tocamientos que realizó sobre la zona genital del niño hasta tomar su pene y realizar maniobras de masturbación que provocaron una erección. La acción descripta fue realizada en el interior del baño de la vivienda familiar ubicada en calle La Vendimia N° 379 de barrio Smata II de la ciudad de San Rafael, provincia de Mendoza sin la presencia de terceros y mientras la madre del niño, Hilda Roxana Toledo,

estaba fuera del hogar. De esa manera, Porcel aprovechó la situación de convivencia para consumir los tocamientos» (v. pág. 39 de los fundamentos digitalizados).

Para resolver en tal sentido, preliminarmente, el tribunal de la instancia anterior rechazaron el planteo de **nulidad** articulado por la defensa del acusado en sus alegatos de clausura del debate, referido a **la validez del acto promoción de la acción penal en los presentes autos**.

Ello por cuanto, consideró que la misma había sido legalmente promovida por dos motivos: primero, porque la denuncia en sede judicial la había presentado la hermana de la víctima, en su calidad de guardadora; segundo, porque la ley vigente al momento de los hechos y la que rige en la actualidad, imponen a los fiscales el deber de iniciar la acción de oficio cuando la víctima es menor de dieciocho años de edad (**art. 72 segundo párrafo del Código Penal, según redacción ley 25087 y según ley 27455 –actual–**) (v. pág. 30 de los fundamentos digitalizados).

Seguidamente, en lo que tiene que ver con el análisis probatorio, el tribunal de sentencia consideró acreditada la hipótesis acusatoria sostenida por la acusación –pública y privada–. En particular, entendió que los ambos extremos de la imputación penal quedaron demostrados con el testimonio de G.P.T., cuyos términos consideró creíbles al encontrar respaldo en otros elementos de prueba.

En especial, con la declaración testimonial de Karina Porcel –hermana del damnificado y denunciante de autos–, de la Lic. Adriana Airdi, del Dr. Mariano Cuaranta y del Dr. Gonzalo Herrera –acta de fs. 377, incorporada por lectura al debate–. Además del informe elaborado por personal profesional del Equipo de Abordaje de Abuso Sexual (E.De.A.A.S.) de fs. 226/227 vta. respecto de la pericia psicológica de la víctima, junto con el informe elaborado por la perito de control propuesta por la defensa para ese acto – Lic. Natalí Cubillos–.

En función de ello, concluyó que los testimonios de descargo formulados por Daniel Porcel y Margarita Tapia **resultaban inocuos –en términos probatorios– para desacreditar la ocurrencia material de los hechos denunciados**. Por lo cual, la versión del acusado, quien negó los hechos enrostrados, **no resultaba verosímil como hipótesis desincriminante**.

2.- Recurso de casación

Los defensores del acusado formulan recurso de casación a tenor del art. 474 inc. 2 del CPP, por entender que se han inaplicado normas que el rito penal establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad. Solicitan, en consecuencia, que este Tribunal acoja la impugnación promovida, disponiendo la absolución del acusado.

2.1. Vicios formales y sustantivos comunes que repercuten sobre ambas causas

a.- En primer lugar, bajo el tópico denominado «**inexistencia de acción por falta de instancia**», cuestionan que se haya realizado el debate en la causa n° P-770.897/19, desde que el acto de instancia privada – denuncia– no ha sido debidamente ejercido, siendo que la ley sustantiva expresamente lo requiere. Consideran que el acto de instancia importa el ejercicio de un derecho personalísimo, que no puede tenerse por cumplido con la denuncia realizada por la hermana del presunto damnificado.

En ese aspecto, controvierten los argumentos dados por el tribunal para rechazar el incidente de **nulidad** promovido por este motivo durante el debate. Por un lado, desde que no se presenta en autos la situación en la cual, legalmente, se autoriza la investigación de oficio, porque la supuesta víctima no es un joven en situación de exposición social, desprovisto de personas que puedan expresar por él su interés de promover la acción penal respetiva.

Por otro lado, porque la presencia del supuesto damnificado, a diferencia de lo que considera la sentencia, no sanea esa irregular situación.

Por lo tanto, considera la defensa que, verificada la falta promoción de la acción penal por el sujeto legitimado, se impone declarar la nulidad de la causa a partir del momento en que la supuesta víctima cumplió la mayoría de edad, y no ratificó la inicial presentación judicial de su hermana. Nulidad que alcanza la sentencia impugnada, y que impone la absolución del acusado.

b.- En segundo lugar, en el segmento denominado «**la prueba ilegal**», los defensores indican que el tribunal de juicio ha valorado prueba que resulta inválida y eficaz, en tanto ha sido ilegalmente incorporada por la fiscalía al debate.

En este aspecto, cuestionan que la sentencia descalifica las pericias de los peritos Cesario, Azcarate, Rossi y Fanessi al advertir irregularidades, pero no hace lo propio con aquellas suscriptas por los peritos Rossi y Pizarro, siendo que todas ellas presentan los mismos vicios.

Pues, en todos los casos, los profesionales de organismos oficiales tuvieron a su disposición no solamente las actuaciones contenidas en los expedientes ventilados en el presente juicio sino, además, las que integraron aquella causa promovida por la hermana de las presuntas víctimas, que determinó la condena –no firme– del acusado por un delito similar a los que aquí se investigan.

A su vez, indican que en ninguna parte del informe en cuestión se informó esa situación, y en ningún lugar del requerimiento de puntos de pericia se incorporó que la misma podía realizarse sobre testimonios y pericias pasadas.

Entienden que al haberse proporcionado solapadamente a los psicólogos, psicólogas y psiquiatras oficiales las referidas actuaciones judiciales, queda invalidada su labor, porque contaron con elementos probatorios que no fueron ofrecidos para realizar esa tarea, ni tampoco conocidos o resistidos por los peritos de parte.

Vicio que impide que tales probanzas puedan ser válidamente incorporadas y ponderadas en autos, porque han sido producidas con franca violación principio de igualdad de armas entre las partes del proceso, en perjuicio de la defensa.

Agregan que esa situación también pone en tela de juicio la imparcialidad que resulta exigible para las pericias, porque el acceso de los peritos oficiales ese material sobre el cual no se requirió pericia, habla a las claras de un posicionamiento parcial de su parte, que no solo resulta atribuible a la fiscalía interviniente sino, también, a los peritos que obraron de tal modo.

Advierten que los informes se fundan en material que no ha sido puesto como evidencia a la defensa, sorprendiendo en el debate la emergencia de este dato, que no es menor debido a su poder de contaminación sobre la prueba referida, al permitir insertar en el juicio el concepto de derecho penal de autor.

En virtud de todo ello, consideran que el fallo ni siquiera debió nombrar esos informes, las que deben ser despejadas en esta instancia de las causas en trámite en forma previa al examen de los fundamentos del fallo.

c.- En tercer lugar, dentro del segmento del recurso denominado «**el tiempo transcurrido**», los defensores cuestionan el **contexto temporal** en el que supuestamente habrían tenido lugar los hechos investigados, cuya lejanía no sólo dificultó a la tarea de la acusación de dar precisiones respecto de circunstancias de tiempo, modo y lugar, sino que, además, le impidió a la defensa ejercer adecuada y efectivamente su rol.

Aseguran que recién durante el debate, y a instancias la propia defensa, la fiscalía realizó algunas precisiones al respecto, como cuando menciona que los hechos investigados habrían ocurrido los días martes; y que no es esa instancia donde debe alcanzar ese grado de precisión.

Agregan a ello que las endeble circunstancias de tiempo y modo en que se habrían producido los hechos, que fueran descubiertas en el juicio, no se encuentra previstas en la acusación intimada al acusado, ni pueden entenderse como comprendidas en las respectivas piezas acusatorias, porque la acusación no puede ser genérica, lo que importaría abrir todos los tipos penales a cualquier modo de imputación.

Por lo tanto, consideran que se ha **afectado el principio de congruencia**.

Cuestionan que en la sentencia se menciona un suceso vivenciado por una de las víctimas –L.E.P.T.– cuando tenía cuatro años de edad, siendo que aquél no fue materia de investigación, conforme las circunstancias temporales definidas en la acusación.

Refieren que la acusación comprendió un período de tiempo de setecientos treinta días de abusos, que luego el representante del Ministerio Público Fiscal limitó a todos los días martes durante dos años, es decir, a más de cien días, y que, a su vez, transcurrieron entre diez y doce años entre los supuestos hechos y la denuncia. Consideran que esa situación somete a la defensa a una «probatio diabólica» (sic), que invierte la carga probatoria y, por tanto, violenta el principio de inocencia y el derecho de defensa, por no respetar lo dispuesto por «el art. 359 del C.P.P.» (sic).

d.- En cuarto lugar, bajo el acápite «la imprecisión de la acusación», reiteran que si bien los déficit de imprecisión temporal de la acusación, fueron salvados, «muy a medias», por los interrogatorios defensivos, lo que permitió limitar supuesta ocurrencia de los hechos desde un período de tiempo indeterminado de dos años de vida, a sólo los días martes durante ese período de tiempo, las posibilidades defensivas resultaron resentidas.

Así, la energía de la defensa no habría estado centrada en ver qué acreditar durante dos años, sino sólo los días martes.

Entre ellas, subrayar las gravísimas contradicciones que, sobre este aspecto, se observan entre las declaraciones de L.E.P.T. y de Karina, lo que hubiera permitido elaborar una teoría del caso más adecuada, con estrategias procesales completamente distintas.

Sumado a ello, con relación a los aspectos modales de los hechos, advierten que si bien las maniobras masturbatorias integran el modo neurálgico de los hechos que la sentencia tuvo por probados, éstas no han sido debidamente descritas por el tribunal de la instancia previa.

Consideran que, a esos términos, resultan insuficientes las referencias genéricas que se hace en la resolución impugnada, acerca de que, en un tiempo indeterminado, pero ubicado entre los años 2006/2007, el acusado realizó tocamientos sexualizados.

Se trataría, por ello, de una descripción ineficaz, genérica y abstracta, que ni el fiscal ni la querrela pudieron precisarlas siquiera en la etapa del juicio.

Exponen que una de las víctimas –G.P.T.– indicó que fueron tres los hechos, y no puso precisarlos ni en tiempo ni en modo, pero ya no son los innumerables señalados por la acusación. Mientras que la otra víctima –L.E.P.T.– sólo señaló como acaecimiento uno de cuanto tenía cinco años, que no integró el plexo acusatorio.

Lo cual también conduciría a la nulidad de la causa, y la absolución del acusado, porque la falta de determinación de la acusación denunciada no puede ser remediada en un nuevo juicio.

2.2. Cuestionamientos sobre el mérito probatorio que sustenta la condena recaída contra su asistido en ambas causas

En este pasaje de su escrito recursivo, los defensores indican genéricamente los puntos de la censura que luego desarrollarán, en forma particularizada, en el ámbito de cada una de las causas seguidas en contra de su asistido. Así, en una primera aproximación a los cuestionamientos, refieren que:

- (i) en la acusación y en la sentencia no hay hechos adecuadamente descriptos;
- (ii) que la plataforma fáctica ha mutado desde la elevación a juicio a los alegatos de clausura de los órganos de la acusación – pública y privada–; y,
- (iii) que la condena se funda en las declaraciones de las presuntas víctimas sin soporte probatorio externo, en una alegación desincriminante y en un juicio probabilístico de los profesionales psiquiátricos y psicólogas cuestionado gravemente. Aspectos que, en su conjunto, impiden despejar el margen de la duda razonable sobre los extremos de la imputación. Seguidamente, exponen los concretos puntos de censura por los que se agravan en cada una de las causas ventilada en el presente proceso.

2.2.1. Causa n° P-756.994/19

La defensa manifiesta que el tribunal de la instancia previa consideró que no se encontraba controvertido que existía la posibilidad que el acusado estuviera de franco otro día además de los días martes, lo que podía ocurrir los días domingo.

Sin embargo, **esa situación es una mera probabilidad**, que no fue consentida por las partes y que, además, tampoco ha resultado probada en la causa. Con lo cual, la modificación de la acusación se produjo cuando, al delimitar temporal el delito, se pasa de una generalidad (dos años) a mayor especificidad (martes por dos años).

Por otro lado, **cuestionan la valoración que realizó el tribunal de sentencia sobre la declaración de la presunta víctima, a la que tilda de fragmentaria y aislada del** resto de la prueba agregada en autos.

En ese terreno crítico, señalan que existe un único hecho sobre el cual, tanto L.E.P.T. –víctima– como la fiscalía, querella y el tribunal están de acuerdo: aquel ocurrido cuando el denunciante iba a jardín de infantes.

Sin perjuicio de ello, reiteran que ese hecho no fue sometido al presente proceso, porque la acusación se limitó a los eventos presuntamente materializados por el acusado cuando la supuesta víctima tenía aproximadamente entre ocho y diez años de edad. Y, aunque L.E.P.T. refirió que este único hecho que describe, se reiteró hasta que sus padres se separaron en el año 2010, no especificó ni la cantidad, ni la modalidad, ni tampoco el momento en que ocurrieron los comportamientos denunciados dentro del tiempo señalado en la acusación.

Marcen contradicciones entre los dichos del denunciante y la declaración del testigo José Luis Sánchez, particularmente en orden a uno de los aspectos condicionantes de los hechos. Consideran que el testimonio del testigo desacredita que Hilda Roxana Toledo –madre de Lucas– no se encontraba en el domicilio en el que supuestamente tuvo lugar los acometimientos sexuales. Por lo cual, siendo la regla a considerar en este caso la presencia de la misma en el lugar, le correspondía a la Fiscalía demostrar lo contrario; lo que, según la tesis defensiva, no sucedió.

También advierten que ha resultado demostrado que los niños quedaban al cuidado de una niñera cuando los padres de la presunta víctima no se encontraban en el domicilio familiar.

Ello, a partir de la mención que hizo el propio denunciante, confirmado a su vez por la persona en cuestión –Margarita Lidia Tapia–. Pues precisamente, esta testigo afirmó que trabajó como empleada doméstica en el domicilio de la familia Porcel cuando uno de los hijos del matrimonio –P.P. era bebé, quien nació en diciembre de 2002– e Hilda Roxana Toledo viajaba a Buenos Aires.

Indican que también ha quedado probado que, como dijo el denunciante, en la vivienda familiar, dentro del espacio de tiempo señalado por la acusación, funcionaba un **emprendimiento de fabricación de**

pastas que mantuvo a la madre del denunciante en el interior del aquel domicilio. Factoría en la que también participó el hermano del acusado –Daniel Porcel– quien, además de ratificar esta circunstancia, dijo haber residido en ese mismo inmueble durante un tiempo.

Advierten contradicciones entre los dichos del denunciante y los de su hermana, con el testimonio del otro hermano –G.P.T.–, vinculadas sobre la existencia de actividades deportivas y recreativas realizadas con su padre precisamente los días martes.

Finalmente, reparan en contradicciones de la supuesta víctima con la declaración de Daniel Porcel, en cuanto a la descripción sobre el modo y la oportunidad en que el acusado bañaba a sus hijos. A partir del análisis de esas declaraciones, concluyen en que son muy pocas las posibilidades de que Hilda Roxana Toledo –madre del denunciante– no estuviera en la casa los días martes.

La fabricación de pastas era en la misma casa y el trabajo de aquella en la heladería era en temporadas de verano. También son reducidas las posibilidades que niños permanecieran solos al cuidado de su padre, porque estaban al cuidado de su mamá, de su tía Teresa, de su abuela Hilda, porque tuvieron una empleada doméstica –Margarita Tapia–, que estaba los días martes, y, finalmente, porque durante un tiempo (años 2007), convivió con ellos su tío Daniel Porcel.

Sumado esto, advierten que el propio denunciante afirmó en un primer momento, cuando declaró en el juicio de su hermana, que no se encontraba en su casa los días martes. Todo lo cual torna imposible la ocurrencia de los hechos como se enrostran con la descripción fiscal. Seguidamente, los defensores analizan la descripción que hiciera el denunciante sobre el modo en que se produjeron los hechos. Al respecto, mencionan que, pese a que se trató de una descripción muy poco clara, se logró cierta precisión en debate sobre cuanto a las maniobras masturbatorias, producto de la intervención defensiva en debate. En ese aspecto, controvierten el razonamiento del tribunal, por cuanto juzgan de pura experiencia que las diferencias de estatura entre los sujetos involucrados, el tamaño del pene de un niño de cinco años, la posición que habría ocupado el acusado al perpetrar los supuestos abusos, la realización de maniobras masturbatorias con su puño y sin mojarse resultan inconcebibles.

Relatan que lo declarado por el acusado, cuando negó el contacto físico con sus hijos, sumado a la declaración de Daniel Porcel y de Margarita Tapia, quienes negaron haber observado que Porcel Valero hubiera bañado a sus hijos, y, por último, los dichos de Karina –hermana del denunciante–, cuando dijo que su padre les enseñaba verbalmente a sus hermanos a higienizarse sus partes íntimas, son declaraciones que ubican al acusado fuera del baño.

Refieren que el tribunal omitió analizar los dichos de Karina y, particularmente, el testimonio de L.E.P.T. prestado durante el desarrollo del juicio que la tuvo a aquella como víctima los que, en su visión, descartan la ocurrencia de abusos en baños individuales que describe la acusación fiscal.

Hacen hincapié en que L.E.P.T. denunció los supuestos abusos el día tres de octubre de 2019, es decir, un día después de declarar en el juicio donde se investigaban los hechos denunciados por su hermana Karina –autos n° P-84453/13–.

Ámbito dentro del cual, aparentemente, y de forma espontánea, habría hablado por primera vez de los hechos ventilados en el presente proceso, con declaraciones contradictorias. Seguidamente, los defensores del acusado se refieren a la pericial psicológica.

Indican que el tribunal analiza el informe del E.De.A.A.S. y la declaración de la Lic. Fátima Rossi y del Dr. Claudio Habiján. Reiteran que el tribunal de juicio ha seleccionado y validado las pruebas psicológicas que han sido cuestionadas, además de valorarlas de manera errónea.

Se quejan que los profesionales indicaron las técnicas que usaron, sin incluir aquella que fuera citada por el tribunal de sentencia en los fundamentos del fallo.

Puntualizan en que la Lic. Rossi dijo que el relato de la víctima resultaba creíble cuando, en verdad, no pudo describir ningún hecho; además de no contar con ningún respaldo probatorio más que sus dichos.

Lo que, en su perspectiva, teñiría de probabilísticas sus conclusiones.

Sostienen que los episodios de enuresis al que se refiere la profesional sólo fueron mencionados por el denunciante, referidos al episodio ocurrido en el jardín de infantes, aunque descartados por su hermana y por el testimonio de su madre.

Además de no existir ningún informe escolar que dé cuenta de ello. Refieren que si bien dijo que constató daño crónico en la presunta víctima, esa afirmación se contradice con otra parte del mismo informe, en el que se admite que ello se basa en que Lucas dijo sobre la reiterancia de los abusos entre los cinco y los diez años, lo que no ha sido acreditado de otro modo. Con lo cual, se trataría de un razonamiento vicioso que se retroalimenta, porque el informe que sostiene la credibilidad del relato se asienta, precisamente, en un relato sin aval de otra técnica más que la entrevista semiestructurada practicada por le perito en cuestión.

A ello agregan que las diferencias entre la pericia oficial y la de parte incluyen más aspectos que los señalados por el tribunal de juicio.

Entre ellos: (a) la incidencia en el relato de los hechos respecto de la violencia intrafamiliar; (b) el daño psicológico; (c) la personalidad influenciada; y, (d) la equiparación entre sintomatología de abuso infantil y violencia intrafamiliar.

Cuestiones que fueron soslayadas del razonamiento judicial Por su parte, en relación con el testimonio de la Lic. Adriana Airaldi, consideran que resulta poco confiable, porque dio marchas y contramarchas en su declaración sobre la presencia de indicadores de abuso en la víctima, aunque dijo no haber comunicado esta circunstancia a las autoridades pertinentes.

En cuanto a la presencia de indicadores de abuso sexual o de violencia en la víctima, afirman que la Lic. María Belén Gerardi, al igual que el Lic. Marcos Collado, los negaron. Respecto de la versión defensiva, alegan que Edgardo Porcel negó los hechos que se le atribuyen, explicando con suficientes argumentos la dinámica de su vida laboral, y de su trato con sus hijos. Consideran la defensa que el tribunal ha olvidado el principio de inocencia y que la carga probatoria sobre los hechos investigados le corresponde al Ministerio Público Fiscal, no a la defensa. Aprecian que los dichos del acusado cuentan con respaldo en la causa, a través del testimonio de su hermano –Daniel Porcel–, de la empleada doméstica –Lidia Tapia– y del médico pediatra –Dr. Gonzalo Herrera– quien, en lo particular, explicó que los niños, desde los ocho años de edad, pueden tener erecciones, siendo éste un mecanismo no relacionado exclusivamente a situaciones de contenido sexual.

Por último, y dejando de lado la cuestión probatoria, consideran los defensores que su representado ha sido condenado por un hecho diverso de aquel por el cual fue acusado.

Ello, por cuanto se introdujo en la sentencia cuestionada a los días martes como circunstancia temporal limitativa de ocurrencia de los hechos que, de haberse puesto en contexto, habría permitido un plexo probatorio mucho más fecundo para la defensa, que el que se presenta frente a una indeterminación de dos años en los que se pretende enmarcar los sucesos.

Este vicio, desde su perspectiva, vulnera el principio de congruencia, porque en la sentencia cuestionada se han modificado sustancialmente los hechos contenidos en la elevación a juicio, pieza en la que no habla de los días martes, a la vez que no se efectúan consideraciones sobre los supuestos baños colectivos que

estaban contenidos en esa pieza o ubicación de la madre – hecho determinante en la acusación– en los sucesos enrostrados.

2.2.2.- Causa n° P-770.897/19

En cuanto al análisis del mérito probatorio sobre la ocurrencia material de los hechos objeto del presente proceso, y la autoría que se le atribuye al acusado en los mismos, los defensores indican que la valoración negativa que realiza el tribunal de juicio sobre la negativa del acusado de responder preguntas, destacando que esa posición importa el ejercicio de un derecho.

Aducen que la sentencia valora en forma caprichosa la declaración de la supuesta víctima –G.P.T.– porque, de acuerdo a un razonamiento lógico y de sentido común, resulta claro que el dicente describió un acto de higiene al que cual, con el paso de los años, le asignó inadecuadamente un contenido sexual.

Observan que el tribunal de juicio ha omitido valorar su declaración en Cámara Gesell, de la cual destacan que G.P.T. describió que su padre le decía que había que debía limpiar bien su aparato genital, que para ello debía usar jabón, y que mientras ello ocurría, el acusado se encontraba vestido.

Advierten que ese relato lo modificó durante el debate, inventando circunstancias que no aparecen en sus declaraciones previas, vinculadas a supuestas maniobras masturbatorias, sobre las que tampoco ofrece detalles. Variación que la defensa atribuye a que declaró en juicio luego que lo hiciera su hermano Lucas.

Ponderan que el modo en que tomaron conocimiento los hermanos, sus declaraciones en juicio, y los motivos de la denuncia, son aspectos que impiden asignarle credibilidad al testimonio del supuesto damnificado. En particular, porque tanto L.E.P.T. como Karina ofrecen una versión diferente de los hechos. Por otro lado, cuestionan que el tribunal de mérito haya ponderado el testimonio de la Lic. Adriana Airaldi para respaldar la credibilidad del relato de la víctima porque, en rigor de verdad, lo contradice. Ello ocurre cuando la profesional afirmó que G.P.T. le habría confesado que tuvo un «contacto físico con su papá», cuando fue éste mismo el que indicó que nunca se lo había contado a nadie. Seguidamente, los defensores impugnan la valoración de la actuación de quien actuara como perito de control de la defensa en la pericia psicológica de la supuesta víctima –Lic. Natalí Cubillos–.

Puntualizan en que la misma explicó que no resultaba posible determinar si la presencia de daño crónico en la persona de G.P.T. respondía al hecho investigado o, en su defecto, a las comprobadas situaciones de violencia familiar sufridas por el niño o por el fallecimiento de su madre. A lo cual agregan que la perito fue clara al hablar de probabilidad, mas no de certeza, en cuanto a la credibilidad de G.P.T..

En otro aspecto, consideran que si bien la indeterminación de la acusación cesó en la sentencia, donde se precisó de mejor manera la situación del acusado en relación con los hechos intimados, ello no alcanza para garantizar los derechos de la defensa.

Particularmente en cuanto, en la pieza atacada, se establece como circunstancia temporal un período de tiempo de dos años, mientras que en debate, se precisan que los mismos hechos ocurrían los días martes. Además, sostienen que el tribunal de juicio tuvo por probado que los hechos ocurrieron entre los seis y ocho años de G.P.T. y entre los ocho y diez de Lucas, y que concluyeron con la separación de la pareja Porcel-Toledo, aunque se trata de fechas que no sólo no coinciden entre sí.

Finalmente, consideran que la denuncia responde a que tanto la supuesta víctima como sus hermanos sostienen que su padre mató a su madre. Posición que fuera revelada puntualmente por Karina.

2.3. Cambio de calificación jurídica. Derecho de defensa.

2.3.- En otro tramo del escrito recursivo, consideran que los argumentos ofrecidos por los órganos acusadores y por el tribunal de la instancia previa para calificar jurídicamente los hechos del proceso, han

provocado una situación de indefinición **sobre la agravante delictiva aplicada, y un cambio de la acusación en la sentencia impugnada.**

En respaldo de este argumento, la defensa cita jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –casos “Castillo Petruzzi”, “Lori Berenson”, “Canese”, “Kimel”–.

Por otro lado, señalan que la escala penal prevista en abstracto para el tipo seleccionado resulta inconstitucional, porque vulnera los principios de proporcionalidad y razonabilidad de la pena.

En ese sentido, explican que se le asigna legalmente una misma pena tanto para los abusos sexuales agravados por acceso carnal como a los gravemente ultrajante, cuando en ambos casos se aplican las agravantes previstas en el cuarto párrafo, apartado b y f del art. 119 del CP.

Por lo que la escala penal debe ser reformulada en términos razonables. En su caso, para salvaguardar la proporcionalidad en la reacción penal, entienden que debería reducirse la pena en un tercio cuando se aplica la figura penal seleccionada en autos por el tribunal sentenciante.

2.4. Individualización de la pena.

2.4.- Finalmente, critican la individualización de la pena mencionado que aplica una pena que contempla dos veces la situación de niños afectados por el hecho, cuando ya está comprendido en el tipo. Además, que las cuestiones personales de Porcel Valero deben ser consideradas a partir de incorporación de pericias eficientes y no contaminadas como las habidas en la causa; más teniendo en cuenta que específicamente el tribunal señaló que no tendría en cuenta las pericias incorporadas.

2.5. Reserva de caso federal. Información oral del recurso

2.5.- Formulan reserva del caso federal, y solicitan informar oralmente el recurso de casación interpuesto.

3.- Dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de contestar la vista de ley conferida, el Procurador General considera que el recurso planteado, si bien resulta procedente desde el punto de vista formal, debe ser rechazado en el fondo (fs. 8/15).

Sostiene que la defensa pretende una revisión ex novo de lo que ya ha sido tratado en el debate y sometido a contradicción de acusación y defensa, en un esfuerzo recursivo que, a los fines pretendidos, resulta estéril.

Por un lado, sostiene que al agravio por el cual se cuestiona que la víctima de autos P-770.897/19 no instó la acción penal, debe ser rechazado. Ello en tanto, el tribunal de juicio explicó los motivos por los que entendía que la acción se encontraba debidamente instada, fundando adecuadamente su decisión. Por otro lado, en cuanto a los agravios vinculados con la valoración probatoria, considera que las expresiones vertidas por la defensa no alcanzan a demostrar la presencia de vicios o defectos en el razonamiento del tribunal de la instancia anterior.

Advierte que la pieza impugnada se encuentra debidamente fundada, desde que se verifica un profundo análisis del plexo probatorio reunido para, desde allí, concluir en que Edgardo Porcel Valero perpetró los hechos por los cuales resultó condenado.

En particular, a partir de las declaraciones de ambas víctimas –Lucas y Gabriel– quienes, desde el comienzo de la investigación, señalaron al acusado como el autor de los acometimientos contra sus respectivas integridades sexuales.

Respecto a los autos P-756.994/19, destaca la valoración de los dichos de la víctima, y el correlato emocional advertido por los miembros del tribunal, así como la descripción que hizo sobre las maniobras abusivas sufridas por parte de su progenitor.

Versión de los hechos que encuentra respaldo en la declaración de Karina Porcel, en los informes periciales y en las declaraciones de los profesionales que intervinieron en los mismos, aspecto sobre el cual la sentencia explica adecuadamente porqué las faltas de coincidencias a que alude la perito de parte, Lic. López, no son sustanciales y no permitían poner en crisis los hechos narrados por Lucas. Rechaza las críticas defensivas referidas al examen psiquiátrico que le fuera practicada al acusado.

Referido al modo en que se produjeron los abusos sexuales, aprecia que estos comportamientos, descritos en el fallo como tocamientos en los genitales de la víctima, que llegaron a la realización de actos masturbatorios, fueron revelados en detalle por el sujeto pasivo del ilícito a lo largo de todo el proceso, especialmente durante en el debate, lo que proporciona una muestra suficiente para descartar la alegada imprecisión que pregona la defensa.

En relación con la determinación temporal de los hechos, contrariamente a lo aludido por la defensa, manifiesta que no se vislumbra que exista imprecisión de la acusación capaz de vulnerar su derecho de defensa, ni sorpresa para el acusado.

Considera que la acotación temporal que se hizo durante el debate, donde se determinó que los abusos eran perpetrados los días martes, de ningún modo vulnera el derecho de defensa del acusado toda vez que se encuentra comprendido dentro del mismo período detallado en la acusación. Por ello, niega que se haya violado el principio de congruencia.

Por su parte, en lo que tiene que ver con los autos P-770.897/19, destaca que el tribunal de mérito contó con la declaración de la víctima, quien refirió los hechos adecuadamente contextualizados y contundentes en torno al carácter sexual de los tocamientos, así como el detalle de los mismos.

Expresa que, en la sentencia, se advirtió la precisión con que la víctima relató los abusos, teniendo en cuenta que los circunscribió al interior del baño, el encartado ubicado detrás de él, en soledad, cuando la madre estaba ausente.

De tal manera, expresa que se consideró, acertadamente, que lo narrado era creíble, para lo cual se valoró toda la información que surge del plexo probatorio incorporado. Refiere, además, que la sentencia ha valorado las conclusiones a que arribaron los profesionales que entrevistaron a la víctima, así como sus declaraciones rendidas en el curso del debate. Lo cual le sirvió al tribunal de juicio a verificar criterios de credibilidad del testimonio del sujeto pasivo del ilícito en cuestión.

Descarta indeterminación en cuanto a las circunstancias temporales en que se produjo el hecho, así como también, la posibilidad que en el caso haya existido una re-significación de los hechos por parte de la víctima, atribuyéndole carácter sexual a actos que no lo tienen.

Por ello, considera que el tribunal de la instancia anterior fundó sólidamente la sentencia, con el análisis de todas las declaraciones testimoniales rendidas en debate y el resto de las pruebas incorporadas, arribando a la conclusión que resultaban ciertos los hechos narrados por las víctimas, sin arbitrariedad ni omisión alguna.

En cuanto a la inconstitucionalidad del tipo penal y de la escala penal articulada por la defensa, considera que no surge de autos que ella se interpusiera durante el debate, por lo que no se verifican los requisitos contenidos en el art. 489 del CPP.

Ello, en tanto exige que la sentencia impugnada haya sido adversa a las pretensiones del recurrente quien, en el caso no introdujo oportunamente la cuestión.

Respecto al cuestionamiento de la pena impuesta, descarta que la evaluación de la edad de las víctimas responda a una **doble valoración**, y considera que el monto de la pena no aparece como desproporcionado ni carente de fundamentación.

En razón de lo expuesto, aconseja el rechazo del recurso de casación y, en consecuencia, que se confirme en esta instancia la totalidad de la sentencia impugnada.

4.- Audiencia de informe oral

De forma remota, se llevó a cabo la audiencia in voce realizada a instancia de la defensa del acusado Edgardo Adrián Porcel Valero.

Reunido el tribunal, se le cedió la palabra a las partes en el siguiente orden: primero, a los Dres. Mariana Sosa y Guillermo José Rubio, por la defensa del acusado y segundo, el Dr. Giambastiani, representante del Ministerio Público Fiscal, exponiendo cada una de ellas sus respectivos argumentos.

5.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado considero que, por los motivos que a continuación se exponen, aquel no resulta sustancialmente procedente.

De manera sintética puede señalarse que la defensa, en su recurso, expone los siguientes agravios:

- (a) falta de instancia de la acción penal;
- (b) imprecisión de la acusación fiscal;
- (c) composición del plexo probatorio y arbitrariedad en su valoración;
- (d) planteos sobre la errónea aplicación de la ley penal sustantiva;
- (e) indebida mensuración del monto de la pena impuesta.

Abordaré los motivos casatorios en el orden que han sido expuestos por la defensa.

a.- Acerca de la alegada irregularidad en la promoción de la acción penal

La defensa consideran que no se ha promovido regularmente la acción penal que desembocó en la sentencia impugnada respecto de los hechos que conformaron el objeto procesal de los autos n° P-770.897/19 porque, según su postura, quien ejerció esa prerrogativa –hermana del presunto damnificado– no se encontraba autorizada a tales fines. Agrega que esa irregularidad no se ha visto saneada por la presencia de la supuesta víctima durante el juicio, como erróneamente lo entendieron tanto el Ministerio Público Fiscal como la querrela particular.

Además, que el caso no encuadra dentro de los supuestos legales de asignación oficiosa de la instancia a la Fiscalía. Estimo que este planteo formulado debe ser desestimado. Considero que, como bien lo entendió el tribunal de la instancia anterior al responder uno de los cuestionamientos efectuados por la defensa en sus alegatos de clausura del debate oral (ver registro audiovisual, audiencia del día 02/11/21 de las 10:36 hs., mins. 00:01:58/00:08:22), la acción penal por el delito investigado en los autos de referencia ha sido legalmente promovida, removiéndose adecuadamente el obstáculo previsto en la ley penal de fondo.

Ello en base a las consideraciones que se exponen a continuación.

El tribunal entendió que la acción penal fue legalmente instada porque la denuncia fue promovida por quien se encontraba autorizada al efecto, de conformidad con el art. 72, segundo párrafo, del CP. Y, además, porque tanto la normativa vigente al momento de los hechos, como la que rige en la actualidad, facultan al representante del Ministerio Público Fiscal a proceder de oficio en casos como el presente, esto es, cuando la víctima es un menor de dieciocho años de edad (art. 72, segundo párrafo, conforme leyes 25087 y 27455 respectivamente).

A partir de allí, el tribunal de la instancia previa afirmó que la formalidad de la instancia penal se encontraba efectivamente cumplida (ver p. 30 de los fundamentos digitalizados del fallo). Sentado ello,

conviene recordar que el art. 72 del CP establece, para los delitos como el que aquí se le atribuye al acusado –119 segundo y cuarto párrafo, inc.s b) y f) del CP–, no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia del agraviado, de su tutor, guardador o representante legal.

Es precisamente sobre la base de esa normativa que se justifica el acierto del tribunal de juicio al resolver del modo cuestionado porque, conforme surge de las constancias comprobadas de la causa, este extremo se ha visto cumplido en autos, desde que la denuncia judicial de los hechos que conformaron el objeto procesal de los autos n° P-770.897/19 fue formulada por quien se encontraba legítimamente autorizada. En efecto, según se desprende de las actuaciones obrantes a fs. 1/4 (orden n° 29 del sistema Leed), la denuncia fue radicada ante la Fiscalía de Instrucción n° 2, de la Unidad Fiscal de Violencia de Género del departamento de San Rafael, provincia de Mendoza, por quien tenía judicialmente asignada la guarda provisoria del mismo.

Me estoy refiriendo a la hermana de la víctima, Karina Roxana Porcel Toledo. Calidad que invocó y acreditó en ese mismo acto de instancia, acompañando la denuncia con copia de la documentación que certificaba la designación provisoria como guardadora –copia de la resolución del Segundo Juzgado de Familia recaída en autos n° 498/15/2F–.

Siendo ello así, entonces, lo postulado por la defensa en orden al desacierto en el que habría incurrido el tribunal de juicio al razonar de tal modo, junto con la correspondiente pretensión de nulidad de todo lo desde allí producido en autos, queda sin sustento alguno. Ello conduce, necesariamente, a ratificar el rechazo de la reedición de la pretensión de nulidad articulada.

b.- Consideraciones sobre la indeterminación de los hechos en las acusaciones fiscales y su pretendido impacto negativo sobre el ejercicio del derecho de defensa

En este pasaje de su escrito recursivo, como agravio común a ambas causas, la defensa expresa que los hechos contenidos en sendos requerimientos acusatorios, han sido enunciados sin ningún tipo de precisión en orden a las circunstancias temporales y modales de realización. Consideran que se trata de un déficit que perjudicó el ejercicio del derecho de defensa material y técnica de Porcel Valero. No comparto el argumento defensivo.

Doy razones en lo que sigue.

De manera inversa a lo que propone la defensa, observo que las plataformas fácticas que integraron las acusaciones de cada uno de las causas resueltas en la sentencia impugnada, aparecen debidamente precisados en los términos exigidos por ley, en tanto individualizan adecuadamente cuáles son los hechos o acontecimientos históricos que el órgano acusador les atribuyó al acusado, junto con todos los detalles relevantes que hacen a la definición de las circunstancias de tiempo, lugar y modo relevantes para la calificación legal que se adoptó en cada una de ellas.

De tal manera, estimo que no existe en este aspecto ningún grado de indeterminación en su descripción que haya condicionado de algún modo el normal desenvolvimiento del ejercicio del derecho de defensa del acusado, o la preparación y ejecución de la estrategia de litigación.

Aun cuando en ellas no se precise con exactitud la fecha y hora exacta en que tuvieron lugar las conductas delictivas enrostradas al acusado, lo que se comprende si tomamos en consideración no sólo la naturaleza de los hechos que conformaron el objeto de ambos procesos judiciales sino, también, el contexto fáctico dentro del cual se ejecutaron esos comportamientos delictivos –**abuso sexual infantil intrafamiliar**–, no puede desconocerse que en las acusaciones fiscales se hacen referencias puntuales que permiten circunscribirlos dentro de un espacio temporal ciertamente definido y limitado.

En ese sentido, las referencias que ambas piezas acusatorias realizan para describir y situar temporalmente las plataformas fácticas intimadas, tanto a las edades de cada una de las víctimas al momento en que ocurrieron los acontecimientos, como también, a otras circunstancias que se muestran relevantes para su reconstrucción, entre ellas, la fecha en que los progenitores de los niños decidieron concluir su relación matrimonial, delimitan adecuadamente ese aspecto modal de la acusación. Así las cosas, considero que la acusación fiscal no adolece de la imprecisión que se le endilga.

Por el contrario, se encuentra debidamente instrumentada, en tanto ha fijado correctamente y circunstanciadamente los hechos y, con ello, el objeto del presente, permitiendo así el efectivo ejercicio del derecho de la defensa en juicio, cuyos límites no han sido mutados ni sobrepasados por el tribunal de juicio en la sentencia impugnada.

Asimismo, estimo que no obsta a la conclusión sobre la precisión temporal de la acusación a la que arribara en el párrafo precedente, que los hechos abusivos que resultaron así definidos aparezcan situados dentro de un período de tiempo distante o lejano del momento en que se produjeron las resoluciones que sucesivamente adoptaron los órganos jurisdiccionales intervinientes, particularmente del tribunal de juicio.

Pues, mientras ello no determine la pérdida de la vigencia de la acción penal por operar el instituto de la prescripción, y siempre y cuando los límites temporales de los hechos investigados se encuentren debidamente definidos –caso de autos–, la dificultad que para su reconstrucción no impide per se conformar una acusación jurídicamente válida.

Ni mucho menos significa un impedimento o perjuicio correlativo para el pleno ejercicio del derecho de defensa, dirigido a resistirla. En todo caso, será la acusación quien correrá con la carga de recoger los elementos de prueba suficientes para establecer y probar esos hechos específicamente investigados, sin perjuicio de cuál haya sido el tiempo transcurrido. Cabe mencionar que una de las etapas más trascendentes del procedimiento penal es precisamente el debate o juicio oral.

Es ésta la etapa en la cual, bajo la estricta operatividad de los principios de oralidad, inmediación, publicidad y contradicción, las partes, en igualdad de armas, discutan frente a un tribunal imparcial, imparcial e independiente que, luego de escucharlas, resuelve el conflicto.

En otros términos, se trata de la una instancia procesal crítica que tiene por objeto alcanzar una decisión judicial de mérito acerca de la hipótesis fáctica contenida en la acusación.

De tal modo, será el órgano acusador a quien le corresponde exclusivamente presentar su hipótesis fáctica y exponer ante las demás partes y, simultáneamente, ante el juzgador, todos los elementos de convicción que le brindan sustento a su hipótesis sobre el hecho o los hechos objeto del proceso.

Por su parte, la defensa deberá controlar el ingreso y producción sobre ese material probatorio, y en su caso, aportar la prueba que estime pertinente, todo ello en vistas de resistir aquella pretensión acusatoria.

En esa dialógica contradictoria en la que se enfrentan pretensiones antagónicas titularizadas y ejercidas por las partes litigantes, es evidente que existe la posibilidad que se alcance una mayor precisión sobre acusación que fuera formalizada en el momento de la clausura de la investigación penal preparatoria, y luego comunicada a todos los sujetos procesales en la apertura del debate, sea en orden a las circunstancias materiales del hecho objeto del proceso, sea sobre la participación de la persona acusada por el mismo.

Siempre, claro está, que, con ello, no se vulneren los límites que surgen del inexorable respeto al principio de congruencia procesal, en cuya vigencia encuentra se respalda el derecho de defensa en juicio.

No es caso de ampliación de requerimiento ni hecho diverso. (Art. 391-392 CPP)

Ni tampoco se trate de un supuesto de ampliación del requerimiento fiscal o de un hecho diverso, pues, en ambos casos, para salvaguardar los principios que hacen al debido proceso legal, la normativa procesal prevé un procedimiento específico para cada caso (arts. 391 y 392 del CPP).

Finalmente, y no obstante lo que se analizará en lo sucesivo en el tratamiento de este mismo argumento en relación con cada una de las causas por las que resultó condenado el acusado, debe decirse que ninguna de las precisiones sobre circunstancias modales y temporales de los hechos juzgados que, a criterio de la defensa, se conocieron sorpresivamente durante el debate, perjudicando de ese modo la estrategia defensiva, exceden el ámbito de la descripción circunstanciada de los hechos presente en las piezas acusatorias.

En particular, si durante el transcurso del juicio se determinó que los hechos ocurrían los días martes, ofreciéndose razones para sostener esa conclusión, no veo de qué modo esa precisión –acotación– temporal pudo vulnerar el derecho de defensa, toda vez que se encuentra comprendido dentro del mismo período detallado.

Por lo demás, cabe mencionar que tampoco la sentencia se aparta de las circunstancias modales referidas en las acusaciones, en las que se describen adecuadamente en qué consistieron los abusos sexuales cometidos por el acusado en perjuicio de sus hijos, diferenciándose en ese detalle actos de tocamiento sobre zonas de indiscutida connotación sexual y maniobras masturbatorias.

Finalmente, y no obstante lo que luego se analizará al tiempo de examinar las declaraciones de las víctimas de autos, debe recordarse que en casos como el analizado los recaudos de precisión en relación con el tiempo y lugar de comisión no pueden ser tan estrictos pues, en supuestos de abusos sexuales a personas menores de edad deben tener en consideración sus especiales características.

Así, por tratarse de delitos que ocurren generalmente en la intimidad, realizados por personas mayores de edad, generalmente convivientes, en forma reiterada, y sin testigos, se dificulta la evocación precisa de los sucesos cuando la víctima es un niño o adolescente expuesto a un trauma.

Claramente, ello de por sí torna compleja la reproducción de lo acontecido por la víctima.

De allí que se considere suficiente la individualización de períodos de tiempo (meses, años) que comienzan y culminan con ciertos acontecimientos (ingreso o egreso escolar, cumpleaños, mudanzas, etc.), sitios (viviendas, colegios) no debiendo exigirse horas (sí, nocturnidad o no, por ejemplo) ni fechas exactas, pero sí, desde ya, modos (solo tocamientos o acceso carnal, prácticas especialmente degradantes, etc.).

Lo dicho no implica violación al principio de **in dubio pro reo o del derecho de defensa**, siempre que – como se comprueba en autos– la base fáctica de la acusación resulte adecuadamente delimitada en sus circunstancias fácticas relevantes, de modo tal de permitirle al acusado el adecuado ejercicio del derecho de defensa técnica y material para resistirla (**ver, al respecto, «Vargas Vergara»**).

En base a todo lo hasta aquí expuesto, se advierte que los requerimientos fiscales de citación a juicio obrantes en los autos n° P-756.994/19 –confirmado mediante auto n° 2.569 dictado en fecha 8 de abril de 2.021 por el Juzgado Penal Colegiado de la Segunda Circunscripción Judicial, en tanto rechazó la oposición de la defensa a la citación a juicio– y en autos n° P-770.897/19 se encuentran debidamente formulados por la acusación pública, en tanto se verifican –entre otros– una relación clara, precisa, circunstanciada y específica de los hechos reprochados al acusado.

Ello descarta, también, el agravio por supuesta afectación del derecho de defensa y del principio de congruencia.

c.- Consideraciones en orden a la composición del plexo probatorio y su arbitraria valoración por el tribunal de sentencia

Conforme se desprende de la reseña efectuada en el acápite pertinente, este tramo del escrito recursivo se construye sobre la base de dos agravios concretos que, para su análisis, pueden ser identificados del siguiente modo:

(c.i) vicios del plexo probatorio, derivado de la existencia de prueba inválida o ilegal;

(c.ii) déficit de motivación del acto sentencial, provocado por la arbitrariedad del tribunal de la instancia anterior al valorar la prueba en cada una de las causas por las cuales resultó condenado el acusado. A continuación, se examinarán estos planteos.

c.i.- Sobre la pretendida legalidad de la prueba valorada

Sostiene la defensa que la sentencia es insanablemente nula por cuanto ha considerado, para condenar al acusado, **prueba que la acusación pública introdujo ilegalmente al debate, y que contaminó todos los informes periciales emitidos por los peritos oficiales** en ambas causas, y no sólo algunos como lo reconoce el tribunal de la instancia previa.

Presentado de este modo sintético el agravio casatorio, debo decir que no le asiste razón a la defensa en los argumentos que propone, desde que las premisas que sustentan su queja no se condicen con las constancias de la causa.

La reproducción del soporte audiovisual respectivo, adecuadamente reseñado por el tribunal de sentencia en los fundamentos del fallo impugnado, da cuenta que las críticas que efectúan la defensa del acusado acerca de la labor cumplida por los profesionales –psicólogos y psiquiatras– que intervinieron en autos, no resultan novedosas.

Por el contrario, implican una reiteración en esta instancia de revisión extraordinaria de aquello que ya fuera expuesto por esa misma parte al tiempo de formular sus alegatos de clausura del debate oral, cuando se quejó del actuar de los mismos en la realización de examen psiquiátrico al acusado, ordenada a los términos del **art. 97 del CPP**.

Fue allí cuando los defensores advirtieron que las conclusiones arribadas, en cuanto refieren que Porcel Valero presenta un grado de perversión sexual respecto de sus hijos, no podían tenerse en cuenta como elemento probatorio, porque se derivaban de una ilegal actuación de los profesionales del que intervinieron en la tramitación de la causa, particularmente de quienes realizaron el informe psicológico del acusado a los términos del art. 97 del CPP.

Ello desde que tales profesionales contaron para la evaluación, con un sustrato de prueba «oculto e incontrastable» para la defensa, que no estaba incluido en los puntos de pericia, y a los que esa parte no se pudo oponer.

Esto es: las declaraciones testimoniales de las dos víctimas de autos; los informes psicológicos que se realizaron sobre ellos; y, por último, las actuaciones judiciales contenidas en un expediente distinto de aquellos que se estaban juzgando en el presente proceso.

En función de ello, consideró que se trataba de **una «pericia nula»**, porque quebrantaba los principios de «igualdad de armas» y de independencia de los profesionales (ver registro audiovisual, audiencia del día 02/11/21, mins. 00:41:03/00:46:40).

Este planteo crítico fue debidamente atendido y resuelto en la sentencia impugnada. Así, salvo en lo que tiene que ver con la pretendida afectación al principio de «igualdad de armas», el tribunal de juicio admitió los argumentos defensivos y, por ello, decidió considerar únicamente como válidas aquellas conclusiones identificadas en los puntos a y n del examen psiquiátrico practicado al acusado por profesionales del

Cuerpo Médico Forense (fs. 363/365), desde que «[...] –sin lugar a dudas y sin riesgo de afectación de derechos del imputado- pueden ser tomados por el Tribunal como válidos, ciertos y con apreciación técnica científica en sentido estricto [...] porque las conclusiones informadas respecto de los puntos a)- Estado Actual (del imputado), y n)- art. 34 del Código Penal; perfecta y válidamente son conclusiones a las que pueden arribar los peritos Psiquiatras (y Psicólogos), sólo con las entrevista semi-estructuradas (que fueron tres), y una técnica gráfica proyectiva (H.T.P.), que se cumplieron respecto del imputado Edgardo A. Porcel, conforme lo consignado en el informe supra referido (fs. 363/365), sin necesidad de que para concluir lo expresado [en esos puntos] se cuenta o se sirvan los profesionales de otros elementos de la presente causa (o causad vinculadas) –informes, declaraciones-.

Bastan las entrevistas aludidas para poder evaluar y concluir de un modo como el que fue expuesto en el informe, y con ello –a su vez- se satisface la exigencia del **art. 97 del CP.P.**». Agregó, a modo de conclusión, que «[...] que si bien la Defensa objetó consideraciones en torno a posibles particularidades de la estructura psíquica del imputado, la capacidad de culpabilidad del Sr. Porcel Valero no ha sido materia de controversia».

Concluyó en que «[p]or las razones expuestas en los párrafos precedentes, entiendo innecesario hacer mayores consideraciones en cuanto a las declaraciones del juicio de Cesario, Azcárate y Fanesi [...]» (ver p. 26 de los fundamentos digitalizados del fallo).

Por lo tanto, no obstante la reiteración del planteo defensivo en los términos mencionados, la solución alcanzada en la sentencia comprueba, a mi juicio, que el argumento defensivo ha sido adecuadamente resuelto en la instancia anterior. Se comprueba también en esta instancia que tanto el Dr. Cesario, como en cierto modo la Lic. Azcárate, admitieron haber tenido contacto con elementos probatorios de las causas ventiladas en el presente proceso, como también, con aquellas actuaciones judiciales contenidas en el expediente por el cual resultó condenado Porcel Valero luego de haber sido denunciado por su hija Karina Porcel Toledo. Por su parte, el Lic. Fanesi –perito de control propuesto por la querrela para la pericia psicológica practicada a uno de los damnificados– negó haber compulsado cualquier tipo de información proveniente de otros elementos de prueba, a fin de no comprometer su objetividad (ver registro audiovisual, audiencia del día 27/10/21, mins. 00:07:03/00:19:36; 00:38:00/00:53:00; y, 00:57:10/01::29:40, particularmente al min. 01:19:00 respectivamente).

Advertido ello, considero que no es posible extender el acotado ámbito de incidencia de esa decisión judicial respecto de las conclusiones alcanzadas por las profesionales que intervinieron en los exámenes de las víctimas de autos.

Ello, porque, para sustentar esa pretensión, se parte de una premisa inexacta que sella la suerte adversa del agravio casatorio bajo examen. Me explico en lo que sigue.

La defensa consideran arbitrario que el tribunal de la instancia previa no haya descalificado, también, los exámenes realizados por las Licenciadas Fátima Rossi y Ángeles Pizarro quienes, como profesionales del EDeAAS, intervinieron respectivamente en las exámenes psicológicos y psiquiátricos que se les practicaron a L.E.P.T –víctima en autos n° P-756.994/19– y a G.J.P.T. –víctima en autos n° P-770.897/19–. Ello por cuanto consideran que el mismo vicio invalidante detectado en la sentencia respecto del examen psiquiátrico del acusado se encuentra presente en estos últimos dictámenes periciales oficiales, conforme lo que habrían manifestado los peritos Cesario, Azcárate y Fanesi.

Sin embargo, la reproducción del soporte audiovisual de las declaraciones efectuadas en debate por los profesionales aludidos en el párrafo precedente, impide acoger la pretensión invalidante invocada en esta instancia por la defensa, pues de ninguna de ellas se advierte que los deponentes manifestaran –como lo

señalan la defensa— que las psicólogas que practicaron los exámenes correspondientes a las dos víctimas de autos hubieran accedido a elementos probatorios internos o extrínsecos a las causas aquí investigadas —y sobre las cuales debían pronunciarse de acuerdo a los puntos a periciar en cada caso— que, por ello, hubieran afectado de algún modo decisivo la validez de sus dictámenes.

Por lo demás, la defensa no aporta otro argumento capaz de revelar la pretendida vulneración del principio de igualdad de armas entre los litigantes, en perjuicio de la tarea defensiva o, incluso, que demuestre falta de imparcialidad de los profesionales actuantes en el ejercicio del cargo que les fuera conferido para intervenir en las presentes actuaciones.

Tampoco obstáculos en el ejercicio del derecho de defensa en juicio, desde que la realización de los exámenes psicológicos practicadas a las víctimas, contaron con la intervención de peritos de control —Lic. López en la causa n° P-756.994/19, y Lic. Cubillos, en la causa n° P-770.897/19—. Lo referido, como lo adelantara, determina que el agravio defensivo deba ser rechazado.

c.b. Acerca de los cuestionamientos a la valoración de la prueba realizada por el tribunal de sentencia

En otro orden, la defensa considera que la resolución impugnada resulta nula por presentar un déficit de fundamentación (**art 416, inc. 4 del CPP**) derivado de la errónea valoración del material probatorio que acompaña la causa por parte del tribunal de la instancia anterior.

Aducen que los elementos de prueba reunidos contra el acusado no son contundentes para derribar el estado de duda imperante y concluir en un juicio de certeza positiva respecto de la existencia de los hechos y la responsabilidad penal que se le atribuyó a aquél en los mismos.

Así, irrazonablemente se habría arribado a una conclusión (certeza para la condena) que no se correspondería con la que se derivaría de la correcta valoración conjunta de aquellos elementos de convicción (duda).

No comparto el planteo sostenido por la defensa.

Compruebo que la ponderación de la prueba que sustenta la decisión del tribunal de la instancia anterior para juzgar suficientemente acreditados los extremos de la imputación delictiva, en los términos de la teoría del caso presentada por la acusación pública y privada — solución controvertida por la defensa— se sustenta en un adecuado análisis valorativo, contextual e integral de toda la prueba de cargo y de descargo producida e incorporada debidamente al debate, particularmente de los testimonios de las víctimas de autos.

Labor en la que se verifica el cumplimiento riguroso a las reglas de la sana crítica racional y de sus postulados de libre valoración de la prueba con los límites que surgen de los principios lógicos de coherencia (identidad, no contradicción y tercero excluido) y de derivación (razón suficiente) y de los incontrastables de las ciencias y de la experiencia común (**arts. 206 y 409 del CPP.**); cuyo apartamiento, de ningún modo, la defensa logra demostrar.

De tal manera, puede afirmarse que la hipótesis defensiva, ha sido refutada con numerosos y sólidos argumentos que se comparten en esta instancia de revisión.

Sentado cuanto precede, estimo pertinente destacar que si bien la sentencia impugnada resuelve la situación procesal del acusado en dos causas diferentes, lo cierto es que la conexidad entre ellas resulta evidente. Ello por cuanto, a la conexidad por identidad del sujeto activo que determinó la acumulación de ambos procesos y la realización de un único debate (**art. 58 inc. 3° del CPP**), se adiciona la circunstancia de que, en ambas procesos, se le atribuyeron la comisión de ilícitos penales pertenecientes a un mismo género de comportamientos delictivos — delitos contra la integridad sexual— perpetrados contra víctimas

menores de edad que, según las constancias comprobadas de la causa, resultan ser hermanos entre sí, además de hijos del acusado.

La observación anterior es pertinente pues, precisamente, son esas circunstancias las que permiten advertir un contexto delictivo específico que, no obstante la individualidad y especificidad con la cual el tribunal de sentencia se abocó al abordaje probatorio respecto de los hechos juzgados, no debe ser soslayada del análisis en esta instancia extraordinaria de revisión.

Lo expuesto justifica formular algunas –breves– consideraciones generales vinculadas a las particularidades que asume la valoración de la prueba en el marco de un proceso judicial penal cuando, como en autos, se trata de comportamientos en los que confluyen aspectos modales que no pueden permanecer marginados en el desarrollo de esa tarea.

Concretamente, me estoy refiriendo a los casos de abuso sexual infantil (A.S.I.).

No cabe duda de que cuando hablamos de delitos sexuales, su característica habitual es que se consumen con clandestinidad, lo cual excluye la existencia de testigos presenciales o de otras pruebas directas del abuso denunciado.

Ello pues, se trata de hechos que generalmente se producen en ámbitos de absoluta intimidad, al margen del conocimiento o intervención de terceras personas.

Además, debe señalarse que en ocasiones tampoco quedan evidencias físicas que sirvan para acreditar la existencia material de los mismos, tales como lesiones o rastros de material genético.

Por tal motivo, el testimonio de la/s víctima/s adquiere un valor fundamental como prueba en el proceso. Estos elementos son especialmente relevantes en todos los casos de delitos contra la integridad sexual, pero asumen una singular particularidad cuando se trata de ilícitos infligidos contra víctimas menores de edad, pues con ellos se transgreden los límites íntimos y personales del niño, niña o adolescente.

Suponen la imposición de comportamientos de contenido sexual por parte de una persona hacia la víctima, en un contexto de desigualdad o asimetría de poder que puede derivar de la diferencia de edad, roles, fuerza física y/o de la capacidad de **manipulación psicológica del autor de modo que el niño, niña o adolescente (NNA) es colocado en una situación de vulnerabilidad y dependencia.**

Para ello, el autor puede basarse en el empleo de violencia física, amenazas, abuso de confianza, entre otras, que, en todo caso, provocan una vulneración grave de sus derechos.

Por otro lado, cuando los niños, niñas o adolescentes son abusados sexualmente en contextos familiares, su estado de vulnerabilidad alcanza su máxima expresión, desde que existe una dependencia afectiva con el autor, lo que origina precisamente el acceso a las víctimas.

Ello genera la imposibilidad de estas últimas de percibir los riesgos y/o de reaccionar ante el agente agresor, por la asimetría de edad y, además, por el vínculo de confianza con sus progenitores y personas estrechamente vinculadas a éstas.

En estos casos, cuando el autor del ataque sexual forma parte del círculo de personas que tienen respecto de la víctima una ascendencia vincular, también esa circunstancia debe ser considerada en el abordaje jurisdiccional de valoración de la prueba. Pues, a lo traumático de lo experimentado se suma que la víctima no siempre se encuentra en las mejores condiciones de expresar lo que sufre, justamente por esa dependencia emocional que genera el hecho de que la persona responsable integra su «grupo de confianza».

Teniendo en cuenta lo anterior, el testimonio de niños, niñas y adolescentes suele ser la pieza clave en todo el proceso de intervención: para la detección y revelación, también respecto de la valoración diagnóstica de la gravedad o entidad de la propia violencia sexual y a fin de orientar la recuperación,

además de constituirse en principal prueba de cargo en el proceso penal («Teves Lucero», «Italiani», «Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa»; «Ojeda Pérez», «Vázquez Tumbarello», «Brancello», «Ortega Ragonesi», «Biscontín Tobares», «Zurita», «Gómez Ayala» entre muchos otros).

Por ello, y sin desconocer que si bien las víctimas de autos eran menores de edad a la fecha en que se cometieron los hechos delictivos que constituyeron los objetos de ambos procesos judiciales tramitados en el mismo juicio, aunque declararon durante el debate luego de haber adquirido la mayoría de edad, puede señalarse que en casos como el aquí analizado, al momento de valorarse la prueba obrante en el proceso deben considerarse las particulares dificultades probatorias que generan los delitos sexuales cometidos en el ámbito intrafamiliar.

Ello, sin dejar de considerar el valor de la garantía de la defensa en juicio de toda persona sometida a proceso, de tal manera que la solución que se adopte no penetre por debajo del valladar constitucional que implica el principio de inocencia pues es necesario respetar y propender a una compatibilización armónica – como en todo proceso judicial– entre las garantías constitucionales del acusado y los derechos constitucionales de las víctimas dentro del proceso.

Ahora bien, en lo que respecta al caso en análisis, y no obstante que la defensa expone y desarrolla sus agravios formales en forma diferenciada para cada una de las causas, lo cierto es que los argumentos utilizados para sostener este tramo del recurso se dirigen, en general, a objetar los siguientes puntos de la sentencia:

(c.b.1) la credibilidad de las declaraciones de las víctimas;

(c.b.2) la omisión de ponderación de prueba de descargo y de la versión exculpatoria ofrecida por el acusado; y,

(c.b.3) la valoración de la actuación de los profesionales que intervinieron en las causas.

A continuación se analizará de manera detallada los agravios propuestos por la defensa, de acuerdo con el orden en que aparecen mencionados y desarrollados en el escrito recursivo.

c.b.1. Acerca de la valoración de los testimonios de las víctimas

La defensa considera que el tribunal de juicio ha valorado arbitrariamente las declaraciones de las víctimas de autos.

Considerar que, a diferencia de lo que se refiere en la sentencia, no pueden ser valorados como elementos de prueba dirimientes para comprobar los extremos de las respectivas imputaciones delictivas porque, entre otros aspectos, adolecen de inconsistencias, contradicciones o lagunas que las privan de credibilidad.

Contrariamente a lo que sostiene la defensa, advierto que el tribunal de la instancia anterior –conforme se desprende de los respectivos votos que lideraron el acuerdo alcanzado en cada una de las causas–, valoraron ambos testimonios con toda la rigurosidad que impone el sistema de valoración de la prueba. Además, los términos que conformaron los respectivos relatos también fueron confrontados con los demás elementos probatorios que obran en las respectivas causas, los que, en definitiva, corroboraron el mérito convictivo intrínseco –credibilidad– que es atacado por los defensores.

En especial, se observa el debido contraste con las consideraciones que de ellos efectuaron los especialistas (psicólogos, psiquiatras) oficiales y de parte intervinientes, contenidas en los distintos informes agregados a las presentes actuaciones, junto con sus testimoniales prestadas durante el debate –aspecto sobre el cual volveré más adelante–.

Este cuadro probatorio, en su conjunto, confluye a corroborar que sus relatos cuentan con base cierta para otorgarles credibilidad en orden a la demostración positiva acerca de la existencia material de los hechos y de la participación que le cupo al acusado en los mismos.

c.b.1.1.- Autos n° P-756.994/19

Respecto de Lucas Ezequiel Porcel Toledo –víctima en las referidas actuaciones–, el primer cuestionamiento que enarbola la defensa consiste en considerar que aquél no precisó en su declaración en juicio, cuáles fueron las circunstancias temporales y modales en que supuestamente ocurrieron los hechos que oportunamente denunció.

En ese sentido, hace hincapié en que describió un único hecho, sucedido mientras cursaba jardín de infantes, que no estuvo incluido dentro de la plataforma fáctica de la acusación.

Agrega que si bien agregó que ese único suceso se había reiterado con posterioridad, no brindó ningún detalle adicional que identifique ni la cantidad ni la modalidad de los supuestos acometimientos sexuales que dijo haber sufrido entre los ocho y los diez años de edad.

Al respecto debo decir que no le asiste razón a la defensa en el argumento que propone por cuanto, según advierto, la alegada indeterminación sobre las circunstancias en que se produjeron los actos abusivos, que ahora le asigna también a la declaración de la víctima, no es tal.

Por el contrario, la reproducción del soporte audiovisual respectivo da cuenta del acierto del tribunal de sentencia cuando pondera, como indicadores de credibilidad del testimonio de L.E.P.T., por un lado, la presencia de un correlato emocional acorde con su narrativa de los hechos y, por el otro, que se trató de un relato coherente, lógico y contextualizado, en el que se destaca una persistente incriminación respecto de los hechos de abuso sexual que oportunamente denunció, a los que describió invariablemente en sus circunstancias de tiempo, lugar y modo (ver fundamentos, pág. 9/12).

Precisamente, en lo que tiene que ver con este último aspecto de su declaración, basta aquí con mencionar que durante el debate, sostuvo lo siguiente:

- (i)** que los hechos siempre ocurrían en el interior del baño de la vivienda familiar, en oportunidad de que su padre lo ingresaba con la excusa de higienizarlo –circunstancias de lugar–;
- (ii)** que los ataques sexuales sucedían una vez por semana, generalmente durante la tarde o tarde-noche de los días martes, ya que era el día en que su madre trabajaba y Porcel Valero tenía franco en su trabajo –ambos se desempeñaban laboralmente en la heladería “La Delicia” –circunstancias de tiempo–;
- (iii)**, que los ataques contra su integridad sexual consistían en tocamientos sobre zonas pudendas de su cuerpo – genitales, glúteos, ano–, algunos de los cuales tenían fines de masturbación –circunstancias de modo– (ver aud. del día 25/10/2, “parte I”., a partir del min. 00:19:20).

En esa dinámica, L.E.P.T. distinguió temporalmente el hecho ocurrido mientras cursaba jardín de infantes, de aquellos episodios posteriores a esa etapa, que son los que aparecen comprendidos en la acusación fiscal.

En este aspecto, y como bien lo destaca en varios pasajes la sentencia bajo análisis, aquella alusión se inserta en su declaración como referencia circunstancial al primer acto de abuso sexual perpetrado por su progenitor, que desencadenó el acto de enuresis infantil.

Pero, luego, en el desarrollo posterior de su relato, L.E.P.T. afirmó que esos mismos actos de abuso sexual, con ciertos matices respecto de su modalidad –los que describió sin indeterminación alguna–, se perpetraron durante su infancia hasta que se produjo la separación de sus padres –21/08/2010–, época en la cual tenía diez años de edad (ver fundamentos, pág. 12).

De esta manera, queda claro que no ha existido un único hecho como lo refiere la defensa, sino múltiples hechos delictivos, los que han sido adecuadamente detallados y descriptos por la víctima en su declaración testimonial durante el debate, en absoluta coincidencia con sus declaraciones anteriores a esa etapa procesal.

Por otra parte, como segundo motivo de agravio, la defensa consideran que la declaración de L.E.P.T. adolece de inconsistencias y contradicciones con otros elementos de prueba que, en su conjunto, impiden asignarle el mérito de credibilidad que se le reconoce en la sentencia.

En esa lógica defensiva, sostienen que las declaraciones de los testigos Daniel Porcel, Margarita Tapia, José Luis Sánchez, Karina Porcel Toledo, sumadas a la versión del propio acusado, niegan algunos de los presupuestos fácticos que sostienen la hipótesis delictiva de la acusación.

Entre ellos, la ausencia de la progenitora de la víctima los días en que ocurrían los hechos investigados, la inexistencia de otros sujetos en el inmueble familiar en esas jornadas, así como también, la modalidad de los abusos sexuales. Sin embargo, advierto que este punto de agravio evidencia un mero disenso de la defensa sobre la valoración del plexo probatorio en general, y de la declaración de L.E.P.T. en particular, referido a cuestiones reeditadas en esta instancia, resueltas adecuadamente en la sentencia. Veamos.

En efecto, en el segmento de los fundamentos del fallo que aparece dedicado al análisis de la «versión defensiva del acusado» se analiza la credibilidad del testimonio de L.E.P.T. a partir de su contraste con la versión desincriminatoria realizada por Porcel Valero en ejercicio de su derecho de defensa material, y de las demás declaraciones efectuadas durante el juicio por los testigos de descargo.

Este análisis acertadamente condujo al tribunal de la instancia anterior a considerar creíbles las declaraciones de L.E.P.T. en cuanto a los aspectos aquí objetados por la defensa, en desmedro del resto de las manifestaciones desincriminatorias sobre las cuales hace hincapié los la defensa.

En relación con la testimonial de Daniel Porcel –hermano del acusado–, y respecto a las circunstancias temporales, el tribunal de la instancia anterior consideró que «en cuanto a los hechos objeto de la acusación, no hizo ninguna mención o aporte que pueda ser considerado en cuanto apoyo o sustento del descargo efectuado por el imputado».

Comparto esa valoración sobre el testimonio en cuestión, desde que la reproducción del soporte audiovisual respectivo permite comprobar que, como bien lo destaca la sentencia, el declarante no sólo no introdujo al debate ninguna información que contradiga o descalifique la teoría del caso de la acusación sino que, por el contrario, sus dichos reafirman los dichos de la víctima.

Entre ellos, el régimen laboral de su hermano, su corta estadía en el inmueble familiar, así como su ausencia del mismo durante las tardes con motivo de realizar tareas vinculadas con el emprendimiento familiar de fabricación de pastas caseras (ver aud. del día 28/10/21, a partir de min. 00:05:28).

Estos elementos coinciden con la plataforma fáctica intimada al acusado, en tanto no impiden que los hechos hayan ocurrido como allí se los describe.

En cuanto al testimonio de Lidia Tapia, quien es apuntada por la defensa como empleada doméstica que trabajó en la vivienda familiar y, por tanto, convivió con el acusado y la víctima, el tribunal descartó el aporte de aspectos relevantes de cargo o de descargo sobre los hechos investigados. En este aspecto, considero acertada esa valoración desde que, entre otras cuestiones, y como bien se destaca en la sentencia, ni la propia testigo supo asegurar cuál fue el período de tiempo en que trabajó en ese inmueble. Si bien dijo que lo hizo a partir del año 2002, no precisó por cuánto tiempo lo hizo (ver aud. del día 28/10/21, a partir de min. 00:36:34). Con lo cual, y teniendo en cuenta que la plataforma fáctica señala que los hechos endilgados al acusado ocurrieron a partir del 12 de octubre de 2007 hasta el 21 de agosto

de 2010, no hay nada en su declaración que permita comprobar que la testigo se encontraba en el inmueble familiar durante este lapso.

Obsérvese al respecto que fue la propia testigo quien afirmó que trabajaba durante la mañana algunos días de la semana, y los restantes por la tarde. **Lo que torna plausible que los días martes trabajase en forma matutina.**

Pero, incluso, ni siquiera la pretendida presencia de la testigo como empleada doméstica en el lugar excluye la consumación de los hechos en las circunstancias comprobadas de la causa.

En relación con la declaración de José Luis Sánchez, debo señalar que resulta llamativo que sea en esta instancia que la defensa quiera valerse de aspectos de su declaración cuando fue esa misma parte quien, durante el debate, desistió voluntariamente de la recepción de su testimonio (ver acta de audiencia del día 25/10/21).

Sin perjuicio de ello, la conjetura que presenta la defensa a partir de su declaración agregada a fs. 644 de los autos n° P-84453/13 –agregados a los presentes como AEV– resulta inconducente para condicionar la existencia comprobada de los hechos, desde que ha quedado demostrado que el acusado perpetraba los ataques sexuales objeto de la acusación precisamente cuando su esposa, madre de sus hijos, se encontraba trabajando y él de franco.

Ello acontecía los días martes (ver audiencia del día 25/10/21, “parte I”, min. 00:21:40; también, “parte III, min. 00:41:30/00:42:10, 00:48:58, entre otros), sin que exista prueba que desacredite este aspecto.

Lo mismo cabe señalar respecto de supuestas contradicciones en las que habría incurrido L.E.P.T. respecto de las declaraciones de su hermano –G.P.T.– y de su hermana K.P. cuando aquél refirió a que, junto con sus hermanos y el acusado, realizaban actividades recreativas los días martes que, según la defensa, impedirían la consumación de los hechos delictivos investigados.

Sin embargo, observo que la existencia de ciertas ocupaciones durante el transcurso de esos precisos días martes, en nada impide que el acusado haya perpetrado los acometimientos sexuales objeto del presente proceso, desde que no anulan el contexto circunstancial en el que se desarrollaban los sucesos, según la descripción que reiteradamente realizara L.E.P.T. desde el momento mismo de la denuncia.

En resumen, se trataría de aspectos contingentes o secundarios de los abusos sexuales, que no niegan su ocurrencia. Con todo ello, el agravio defensivo que propone la existencia de prueba contraria a la versión de la víctima, que desacreditaría la ocurrencia de los hechos en las circunstancias temporales definidas en la acusación fiscal, debe ser rechazado.

En este orden, comparto con el tribunal de juicio que las constancias comprobadas de la causa acreditan, en forma incontrovertible, que los abusos sexuales perpetrados por el acusado contra L.E.P.T. ocurrían efectivamente –en el período de tiempo fijado en la acusación– los días martes, pues éste era el día en que su progenitora –Hilda Roxana Toledo– no se encontraba en el domicilio familiar, y L.E.P.T. se encontraba al cuidado del acusado.

Por su parte, en lo que tiene que ver con los aspectos modales que asumieron los ataques sexuales, la defensa del acusado refiere que existen elementos probatorios que no han sido debidamente considerados por el tribunal de juicio, que tornan inconcebible que los hechos ocurrieran del modo en que fueron denunciados y, posteriormente, considerados acreditados en la sentencia. En ese terreno, cuestionan aspectos que ver con la contextura física de L.E.P.T. y el acusado, además de la posición de ambos en el lugar de ocurrencia de los abusos.

Estas circunstancias, a criterio de la defensa, impedirían que Porcel Valero realizara las maniobras masturbatorias que se le atribuyen, esto es, con su puño, en calzoncillos y sin mojarse debajo de la ducha del baño.

A ello, la defensa agrega que los testigos Daniel Porcel y Margarita Tapia negaron que el acusado bañara a sus hijos, mientras que Karina Porcel Toledo hizo lo propio, afirmando que su progenitor sólo les enseñaba a lavarse sus genitales. A partir de ello, afirma que se trataría de prueba que ubicaría al acusado en el exterior del baño.

Para contrarrestar este argumento, basta con mencionar que, como bien analiza, transcribe y pondera el tribunal de la instancia previa en la resolución impugnada (ver fundamentos, fs. 9) L.E.P.T. declaró en términos claros, coincidentes y contundentes en qué consistían las maniobras abusivas, quién era el único responsable de su comisión y cuál era el contexto fáctico en que ellas se desarrollaban.

En su caso, fue preciso y asertivo al señalar que los acometimientos sexuales los sufrió cuando su progenitor lo introducía, contra su voluntad, al baño, pero sin la presencia de sus hermanos, porque cuando lo bañaba junto con ellos, no lo hacía (ver audiencia del día 25/10/21, “parte III”, min. 00:28:15).

En las circunstancias referidas, señaló, el acusado le quitaba la ropa, «después me empezaba a tocar. Cuando hacía eso, yo me quedaba duro, miraba un punto fijo, no podía moverme [...] me tocaba el pene, me tocaba el ano [...]. Había diferencia cuando me bañaba con mis hermanos que cuando me bañaba solo. Cuando me bañaba con mis hermanos, no era agresivo, sino cuando me bañaba sólo ahí sí [...]. Era como un juego sexual, perverso [...] porque me manoseaba, no sé si buscaba tener una erección, no sé qué carajo quería hacer conmigo [...] quería masturbarme» (00:43:27/00:46:15).

Concretamente, en cuanto tiene que ver con la mecánica de las acciones masturbatorias que le practicaba el acusado en el interior del baño, el L.E.P.T. respondió las preguntas de la defensa.

En ese contexto, precisó que su padre se encontraba en el interior de la ducha, que siempre estaba en calzoncillos, y que no se trataba de actos de higiene, sino que las maniobras de masturbación consistían en que su padre sujetaba su pene con la mano, la que movía seguidamente en sentido vertical, hacia arriba y hacia abajo (ver audiencia del día 25/10/21, “parte IV”, min. 00:06:55).

Mientras que cuando se trataba de actos de tocamiento sobre zonas pudendas de su cuerpo, su padre lo bañaba sin usar esponja, usaba sus manos, le tocaba el ano con sus dedos queriendo introducirlos (min. 00:07:30).

Por lo tanto, ninguna de las afirmaciones que realiza en este sentido la defensa sustentan mínimamente la duda sobre la mecánica que asumieron las conductas delictivas que se le enrostran al acusado, en los términos en que han sido acreditadas en la sentencia.

En esta línea también se inscriben las deducciones que efectúan los quejosos a partir de considerar aspectos vinculados con las diferencias de altura entre los protagonistas o el tamaño del pene de la víctima – aspecto particularmente analizado en el marco de la valoración de la prueba realizada en los autos P-770.897/19, como se verá–, en tanto no se presentan como inconvenientes materiales que objetivamente impidan perpetrar los comportamientos delictivos investigados. Asimismo, tampoco observo que le asista razón a la defensa cuando sostiene que el testimonio de Karina Porcel Toledo contradiga de algún modo decisivo el relato de los hechos efectuado por L.E.P.T..

Por el contrario, comparto con el análisis y la valoración que realiza el tribunal de sentencia cuando considera que la declaración de aquélla durante el debate no hace más que confirmar la versión de los hechos dada por su hermano.

En especial, ello se desprende de sus dichos en debate, cuando ratificó la existencia material de los hechos, los contextualizó del mismo modo en que los circunscribió y detalló el propio L.E.P.T., y sindicó al acusado como único responsable de los mismos (ver fundamentos, pág. 13).

Coincidencia que, sin lugar a dudas, fortalece el acierto de la sentencia cuando valora como creíble el testimonio del denunciante, en desmedro de la pretensión defensiva.

c.b.1.2.- Autos n° P-770.897/19

La defensa considera que el testimonio de G.P.T. ha sido arbitrariamente valorado por el tribunal de la instancia previa.

Ello, por tres motivos: primero, porque el tribunal de juicio omitió considerar que, en Cámara Gesell, el dicente sólo describió un hecho de higiene personal que, por tanto, aparece desprovisto de connotación sexual.

Segundo, porque la modificación a esa descripción durante el debate ocurrió luego que su hermano Lucas fuese interrogado sobre las supuestas maniobras de masturbación efectuadas por su progenitor.

Tercero, porque los hermanos de G.P.T. –L.E.P.T. y Karina– ofrecieron versiones diferentes de los sucesos. Todo lo cual, según la tesis defensiva, impide asignarle el peso convictivo de cargo que le reconoce el tribunal de sentencia.

No comparto estos argumentos defensivos, por lo que deben ser rechazados. En efecto, considero que el tribunal sentenciante acertó al explicar los motivos por los que calificó el testimonio de G.P.T. como «claro, contundente y veraz».

Esto por cuanto, además de reparar en la precisión, claridad y coherencia interna de los términos de su relato, los valoró en su relación con elementos de corroboración externa, entre ellos, el examen psicológico practicado en su persona, y el testimonio de los profesionales –peritos oficiales y de parte– que intervinieron en ella durante el debate.

Labor que –acertadamente– le permito concluir en que ese testimonio resultaba creíble en cuanto a la existencia de los hechos denunciados y la responsabilidad en los mismos del acusado.

Además, por la inexistencia de algún elemento probatorio dentro del proceso que logre desvirtuarlos (ver pág. 34 de los fundamentos del fallo).

En ese contexto, es dable recordar que G.P.T. declaró durante la etapa de investigación penal preparatoria bajo la modalidad de Cámara Gesell, quedando registrado su testimonio en soporte digital –DVD–, lo que fue oportunamente ofrecido por la acusación pública y privada como prueba documental e informativa respectivamente (ver orden n° 50 y n° 51 del sistema LeD) y admitido por el tribunal de juicio durante la audiencia preliminar. Sin embargo, no obra constancia en la causa que ese material fílmico haya sido reproducido en debate.

No obstante ello, G.P.T. prestó declaración testimonial durante el debate oral, dado que, para ese entonces, adquirió la mayoría de edad.

Es precisamente en esta etapa procesal en la cual, ante la presencia y activa participación de las partes, se encargó de describir con el nivel de detalle que se destaca en la sentencia, los actos abusivos que fueron perpetrados por su padre en contra de su libertad sexual.

Así, conforme se desprende de la reproducción del soporte audiovisual respectivo, se observa que G.P.T. afirmó que se trató de tres hechos, a los que ubicó temporalmente dentro del espacio de tiempo comprendido entre sus seis y ocho años de edad –límite que identificó por su referencia temporal al momento en que sus progenitores se separaron–.

En su exposición, no se advierte una referencia a un único hecho sin connotación sexual –como lo sostienen los defensores–.

Por el contrario, es evidente que cada uno de esos tres episodios representaron un evidente contenido sexual, que G.P.T. se encargó de exponer y graficar al asegurar que, más allá de las indicaciones que el acusado le hacía respecto del modo de higiene de los genitales, éste sujetaba con sus manos su pene, y le realizaba maniobras masturbatorias que le provocaban una involuntaria erección.

Maniobras a las que se refirió coloquialmente cuando dijo que su padre, en las circunstancias en que se encontraban en la ducha del baño, se colocaba detrás de él, lo «manoseaba», y «sacudía sus manos sobre mis genitales» (ver aud. del día 25/10/21, “parte VII”, a partir del min. 00:06.05).

Entiendo que la oportunidad en que prestó declaración G.P.T. durante el debate, no empaña de modo alguno la credibilidad de su relato. Es que si lo que pretende demostrar con este punto de agravio la defensa es que, de algún modo, el contenido de su declaración resultó influenciada por el testimonio que previamente había rendido en juicio su hermano L.E.P.T., resulta evidente que ese argumento no puede prosperar. Pues, si L.E.P.T. declaró en la audiencia de debate en forma inmediatamente anterior a G.P.T. –tal y como surge de la reproducción de la audiencia respectiva, y conforme consta en el acta pertinente–, no se advierte la posibilidad que el segundo accediera a la información vinculada con el contenido de lo declarado por el primero previo a su propia declaración.

De tal modo, las acciones relatadas G.P.T. deben ser apreciadas, como lo hace el tribunal de la instancia previa en la sentencia, como la emergente de una descripción creíble de actos abusivos de naturaleza sexual.

Tampoco puede hablarse aquí de la existencia de una re-significación de esos hechos. Aspecto que ha sido debidamente abordado –y descartado– en la sentencia, con argumentos que se comparten en esta instancia de revisión.

En particular, basta con señalar que no existen elementos probatorios que habiliten esa ganancial interpretación que hoy reitera la defensa, a la luz de las conclusiones alcanzadas sobre este aspecto por los profesionales –psicólogos– que asistieron a la víctima, y de las consecuencias psicológicas detectadas en la psiquis del mismo (ver fundamentos, pág. 36).

Finalmente, observo que las alegadas contradicciones con las declaraciones de L.E.P.T. y de Karina –hermanos de la víctima– no son tales. Por el contrario, cada uno de los dichos de aquéllos, como bien lo considera el tribunal de juicio, no hacen más que ratificar la credibilidad del testimonio de G.P.T., por la coincidencia nuclear que se verifica entre ellas.

En particular, en cuanto tiene que ver con los motivos que lo condujeron a realizar, junto a su hermana, la denuncia de los hechos objeto del presente proceso, como así también, respecto de los aportes que cada uno de ellos pudieron realizar sobre la mecánica de tales conductas delictivas.

c.b.1.3. Conclusión preliminar

En suma, la crítica sobre el grado de credibilidad que el tribunal de juicio les reconoce a las declaraciones de L.E.P.T. y G.P.T. no puede prosperar.

Ello, en razón de que, como se analizó, ninguna de las premisas de las que parte la defensa para calificar de arbitraria esa valoración encuentran respaldo en las constancias de la causa. A la inexistencia de contradicciones sobre las cuestiones nucleares del objeto de la investigación por parte de L.E.P.T. y G.P.T., se le suma la persistencia incriminadora en ambos relatos, la ausencia de desacuerdos intrínsecos que los priven de coherencia, y, además, la contextualización de los mismos, al ofrecer detalles precisos del marco o ambiente en el que se desarrollaron los hechos investigados.

Todos estos aspectos resultan razonables y suficientes para justificar la presencia de indicios de credibilidad en los testimonio de aquellos.

c.b.2.- Cuestionamientos de la defensa a la valoración de la actuación de los profesionales que intervinieron en la causa

En este tramo de su recurso, la defensa ataca la valoración que realiza el tribunal de juicio a la labor de los profesionales de la salud que actuaron en diversas etapas del proceso. En esta perspectiva crítica, tras repasar –parcialmente– el contenido de los diferentes exámenes **realizados a L.E.P.T. y G.P.T.**, junto con pasajes de sus declaraciones en debate, el razonamiento del tribunal de sentencia por arbitrario, en tanto lo considera fragmentario, erróneo y contradictorio. Vicio que, según la tesis defensiva, demuestra un eventual desacierto judicial al reconocerle credibilidad a los testimonios de L.E.P.T. y G.P.T., y, desde allí, tener por acreditados ambos extremos de la imputación delictiva. Entiendo que tales argumentos no se condicen con las constancias de la causa y, por ello, tampoco pueden tener acogida favorable en esta instancia. En lo que sigue, abordaré los particulares motivos casatorios en el orden que han sido expuestos por la defensa.

c.b.2.1.- Autos n° P-756.994/19

Como primer motivo de agravio, la defensa impugna la valoración que hizo el tribunal de sentencia respecto del informe del examen psicológico practicado en la persona de L.E.P.T., como también, de las explicaciones que realizaron durante el debate los profesionales que lo suscribieron. Me estoy refiriendo, concretamente, al testimonio de la Lic. Fátima Rossi y del Dr. Claudio Habiján, psicóloga y psiquiatra respectivamente del Equipo de Abordaje de Abuso Sexual (E.De.A.A.S.).

Aducen al respecto, que se trataría de una pericia en la que se utilizaron técnicas de abordaje de la víctima diferentes a las citadas por el tribunal de la instancia previa; que confunde credibilidad con prueba fáctica; que atenta contra los protocolos elaborados por UNICEF sobre investigación de abuso de niñas, niños y adolescentes; y, finalmente, que no cuenta con respaldo probatorio en la causa.

El repaso de los fundamentos del fallo cuestionado comprueba que las críticas defensivas bajo análisis sólo constituyen una discrepancia con el resultado de la valoración de esos elementos de prueba efectuada por el tribunal sentenciante, asentados en argumentos y afirmaciones personales de la defensa y sin desvirtuar la argumentación de aquel tribunal; por lo que no pueden ser acogidos de manera favorable en esta instancia.

Por un lado, advierto que previo a analizar el informe del examen psicológico practicado a la víctima, que fuera ofrecido por la acusación pública y privada, e incorporado como prueba informativa al debate, el tribunal sentenciante precisó cuáles fueron las técnicas utilizadas por los actuantes en su labor. Al hacerlo, reiteró aquellas que aparecen mencionadas en el informe respectivo (al respecto, ver fs. 257/259), esto es, «[t]res entrevistas psicológicas semidirigidas. Teste Proyectivos: H.T.P., Persona Bajo la lluvia; Teste Gestáltico Visomotor Bender e Inventario Multifásico de la Personalidad Minnesota-2 (MMPI-2)» (ver fundamentos, fs. 14).

Con lo cual, la mención que realiza el tribunal de mérito a la técnica de análisis para evaluar la credibilidad de un testimonio –«SVA-CBCA», por sus siglas en inglés–, y su ubicación dentro de la «Guía de Buenas Prácticas para el abordaje judicial de niños, niñas, adolescentes víctimas o testigos de violencia, abuso sexual y otros delitos» de UNICEF (ver fundamentos, pág. 21) lo ha sido a los fines de completar la información proporcionada por la Lic. Rossi durante el debate, cuando refirió no recordar el nombre preciso de la metodología empleada. Pero, de modo alguno, esa observación puede ser considerada en el sentido en que, aparentemente, lo sugiere la defensa.

Esto es, como si el tribunal de juicio se hubiera apartado de las específicas técnicas utilizadas –y citadas– por los actuantes en su informe, y hubiera innovado aplicando metodologías o estrategias para abordar la credibilidad del testimonio de L.E.P.T. que desacreditan este aspecto de su razonamiento. Por otro lado, no se advierte cuál sería el concreto agravio al que alude la defensa cuando se cuestiona que, en el mencionado informe, se confunde la credibilidad del relato de la víctima con «prueba fáctica» (sic). Sin perjuicio de ello, en ningún pasaje del informe se observa que los profesionales actuantes se hayan referido a aspectos por fuera del limitado ámbito de su actuación. Asimismo, debe señalarse que el tribunal hizo hincapié en que la labor profesional se desarrolló cumpliendo adecuadamente con los criterios que la bibliografía especializada en la materia sugiere para el abordaje psicológico de credibilidad y validez del testimonio de menores (ver fundamentos, pág. 21).

Por último, considero que tampoco acierta la defensa cuando abstractamente cuestiona que las conclusiones del informe no se sustentan en prueba incorporada a la causa. Por el contrario, se observa que aquellas conclusiones están fundamentadas, se detallan las operaciones realizadas y los resultados alcanzados.

A su vez, advierto que el tribunal de juicio ha sido analítico y minucioso al analizar el contenido del examen psicológico en cuestión, cuyos términos, aunados con las explicaciones que –con distinto desarrollo y extensión– ofrecieron durante el debate el Dr. Habiján y, en especial, la Lic. Rossi, le permitieron –acertadamente, en mi criterio– respaldar el grado de credibilidad que se le reconoce a la versión de los hechos aportada por L.E.P.T., en cuanto se identifican indicadores serios y contundentes que la avalan. En base a ello, el cuestionamiento defensivo no puede prosperar.

Como segundo punto de agravio, la defensa critica el análisis que se hace en la sentencia sobre el informe realizado por la perito de control de la defensa, Lic. Analía López, respecto del examen psicológico realizado a L.E.P.T. (agregado a fs. 265/267).

Consideran que las contraposiciones entre ambos informes –oficial y de parte– son mayores y más significativas de aquellos que identifica –y valora– el tribunal de juicio, en tanto evidencian una personalidad vulnerable e influenciable, que relata **episodios de violencia intrafamiliar y no supuestos abusos sexuales.**

Comparto en este sentido la afirmación del tribunal de juicio, quien luego de analizar el contenido de los informes en cuestión, junto con las declaraciones y aclaraciones efectuadas en debate por los profesionales intervinientes, de acuerdo con la cual «las diferencias que marca o marcó la Lic. López (perito de parte) respecto del informe de los peritos oficiales [...] NO son sustanciales, [...] tampoco tienen que ver con una puesta en crisis de los hechos narrados por [L.E.P.T.] y que, en definitiva, constituyeron el objeto de la denuncia y el objeto del [presente] proceso [...]» (ver fundamentos, pág. 20). Ello, por cuanto ninguna de sus apreciaciones niega la existencia material de los hechos ni la responsabilidad del acusado en los mismos, en los términos expresados por la víctima de autos.

Así, las referencias a las situaciones de violencia intrafamiliar, junto con los episodios violentos que mencionó al tiempo de realizar la labor pericial, aparecen claramente diferenciados de los actos de abuso sexual perpetrados en su perjuicio por el acusado.

Es más, como bien surge del destacado de la sentencia, ha sido la propia perito de parte quien distinguió cualitativamente ambas vivencias y, además, negó que aquellas puedan haber repercutido en la psiquis de L.E.P.T. al extremo de «deformar» los abusos sexuales sufridos, o de influenciar ganancialmente el contenido de su denuncia de los hechos, así como su posterior declaración sobre los mismos (ver audiencia del día 28/10/21, “parte II”, a partir del min. 00:03:09).

Por lo tanto, al resultar este punto de la crítica casatoria infundado, debe ser desestimado. El tercer agravio destinado a cuestionar la labor de los profesionales intervinientes se dirige contra el testimonio prestado en debate por la Lic. Airaldi, al que la defensa considera poco confiable.

Advierto que la defensa funda este aspecto de su crítica a partir de una fragmentación del contenido de la declaración de la testigo, enderezado a sostener una reconstrucción ganancial de sus dichos, que se ajuste a sus pretensiones desincriminantes. Entiendo que este cuestionamiento resulta improcedente, porque inversamente a lo que considera la defensa, la sentencia valora adecuadamente el testimonio de aquella profesional.

En efecto, allí se pondera que sus dichos presentan «con seguridad indicios que van en la dirección de confirmar los hechos de abuso del imputado respecto de su hijo [L.E.P.T.]», por cuanto dijo que este último le manifestó, dentro del marco una consulta terapéutica, que de niño había sufrido acercamientos problemáticos con su padre, los que había descrito como «manoseos», y que su relato había estado acompañado o enmarcado en situación de crisis emotivas del joven, porque «se quebraba y lloraba» (ver audiencia del día 26/10/21, “parte II”, min. 01:01:05; fundamentos, pág. 22).

De este modo, entonces, no se comprueba que este elemento probatorio haya sido erróneamente ponderado en la sentencia como lo alega la defensa. Por ello, la crítica tampoco puede ser acogida en esta instancia. Como cuarto punto de queja, la defensa se refiere a las declaraciones en juicio de la Lic. María Belén Gerardi, de la Lic. Rosana De Stefani, del Lic. Marcos Collado y del Dr. Gonzalo Herrera –cuya declaración de la investigación penal preparatoria, obrante a fs. 377/378, se incorporó por lectura al debate–.

Ahora bien, en relación con esas testimoniales, y más allá de replicar escuetos pasajes de sus dichos, lo cierto es que, al hacerlo, la defensa del acusado no concreta ningún cuestionamiento específico. Ello impide analizar cuáles serían los errores en los que habría incurrido el tribunal de sentencia en la valoración de estos elementos de prueba, lo que conduce al rechazo de este pasaje de la crítica casatoria. Sin perjuicio de lo dicho, no se advierte arbitrariedad alguna en la valoración realizada por el tribunal de juicio de esas declaraciones.

c.b.2.2.- Autos n° P-770.897/19

La defensa considera que el tribunal de sentencia valoró en forma errónea la declaración de la Lic. Natalí Cubillos, quien actuó como perito de control en la realización de la pericia psicológica practicada a G.P.T. en el E.De.A.A.S.

Transcribe acotados pasajes de su testimonio, particularmente vinculados a la existencia material de los hechos de abuso sexual, como así también, de daño en la psiquis de a G.P.T. provocados por su ocurrencia. Sobre estos tópicos, considera que las explicaciones de la profesional en cuestión rendidas en debate, han sido ponderadas en la sentencia de forma «sesgada e interesada». La compulsas de este tramo del escrito recursivo demuestra la inconsistencia del planteo articulado. Ello en tanto, más allá de las genéricas referencias y cuestionamientos de la defensa al respecto, no existe ningún argumento concreto que permita advertir cuáles fueron los dichos de la testigo que resultaron arbitrariamente considerados en la resolución impugnada.

Sin embargo, no obstante el déficit en la articulación del agravio casatorio en los términos apuntados, lo cierto es que la alegada arbitrariedad no es tal. Ello por cuanto, según se desprende de los fundamentos del fallo, el tribunal de juicio valoró los aportes que brindó la profesional ofrecida por la defensa técnica para el control del examen psicológico de la víctima – Lic. Natalí Cubillos–, tanto a través de su informe escrito de fs. 228/229 –incorporado al debate como prueba instrumental–, como mediante su declaración

durante el juicio oral. Términos que fueron cotejados con los resultados obtenidos sobre los principales puntos del informe de las profesionales del E.De.A.A.S. –Lic. Fátima Rossi y Lic. María Ángeles Pizarro–, vertidos en el informe que obra a fs. 226/227. Sobre la base de ese análisis crítico sobre los fundamentos que tales profesionales brindaron para respaldar sus respectivas conclusiones sobre la conclusiones del referido informe, el tribunal respaldó –acertadamente en mi opinión– el grado de credibilidad que se le reconoce en la sentencia al relato de a G.P.T.

Ello por entender, principalmente, que existían coincidencias sobre aspectos centrales de la labor, y que las desavenencias o discrepancias entre las profesionales mencionadas no impedían reconocer que la solidez de los informes de las profesionales que integraban organismos oficiales, las que, además, resultaban corroboradas por el resto del material probatorio incorporado a la causa (ver fundamentos, pág. 32/34), Lo afirmado precedentemente demuestra un apego del tribunal a las reglas de la sana crítica racional en la valoración de estos elementos probatorios, lo que conduce al rechazo del agravio en cuestión.

c.b.3.- Conclusión sobre el tópico bajo análisis

En definitiva, tras el análisis y contraste de la sentencia con los puntos de agravio individualizados en este segmento del recurso de casación, estimo que la decisión del tribunal de juicio de hallar en el testimonio de L.E.P.T. y G.P.T., **conjuntamente con los demás elementos de prueba que corroboran periféricamente el grado de credibilidad asignado a cada una de ellas, una base suficiente para alcanzar el grado de certeza** requerido para dar por probados los hechos enrostrados al acusado, constituye una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa.

Por el contrario, los argumentos de la defensa constituyen un mero intento de aislar fragmentos de aquellas declaraciones, así como de los diversos profesionales que intervinieron durante la tramitación de ambos procesos, a los fines de descontextualizar los puntos sólidos que emergen de ellos.

Estrategia que, por lo motivos analizados precedentemente, no logra su propósito, desde que no existe elemento o explicación lógica y razonable que permita contrarrestar el mérito convictivo que resulta del análisis armónico, integral y contextualizado del plexo probatorio valorado para, desde allí, respaldar mínimamente la versión desincriminatoria del acusado.

d.- Acerca de la figura penal seleccionada en la sentencia para encuadrar los hechos juzgados

En este pasaje del escrito recursivo, a modo de planteo subsidiario, la defensa cuestiona dos aspectos.

Por un lado, **que los argumentos de la sentencia para fundar la calificación legal de los hechos modifican la acusación.**

Por otro lado, que **la escala penal prevista en abstracto para el delito de abuso sexual gravemente ultrajante vulnera los principios de proporcionalidad y razonabilidad**, lo que precisa una reformulación razonables que determina una escala penal aplicable que se extiende desde los cinco años y cuatro meses de prisión como mínimo, hasta los quince años de la misma clase de pena como máximo.

En relación con el primer argumento, surge palmaria la **orfandad argumentativa**, pues el recurrente sólo se limita a sostener que mientras la fiscalía y la querella entendieron la agravante del abuso sexual gravemente ultrajante se debía aplicar **por «repitencia»**, mientras que el tribunal lo hizo por **«el modo de ocurrencia»**, lo cierto es que ni tan siquiera desarrolla este cuestionamiento.

Más allá de lo señalado, debe decirse que **no se advierte vicio alguno en la calificación legal de los hechos encuadrados por el tribunal de la instancia previa y que consideró acreditados en la sentencia.**

Basta aquí con mencionar que, en ese tramo particular de los fundamentos del fallo impugnado, se ofrecen razonables y sólidos argumentos para sostener que calificación que resulta aquí censurada, los

que no se distancian ni controvierten de las consideraciones efectuadas por las respectivas acusaciones en sus alegatos de clausura del debate, en el sentido pretendido por la defensa de Porcel Valero. Veamos. En este sentido, el tribunal consideró que afirma que el acusado resulta ser autor del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por **ser cometido por un ascendiente y contra un menor de dieciocho años aprovechando la situación de convivencia preexistente**, ambas agravantes en concurso ideal, en perjuicio de L.E.P.T., por los hechos atribuidos en la causa n° P756.994/19.

Así como también, autor del delito de abuso sexual gravemente ultrajante, agravado por ser cometido por un ascendiente y contra un menor de dieciocho años aprovechando la situación de convivencia preexistente, ambas agravantes en concurso ideal, en perjuicio de G.J.P.T., por los hechos que se le enrostraron en la causa n° P- 770.897/19.

Delitos que concurrían en forma real entre sí. Al tiempo de fundar esa calificación legal, luego de descartar cualquier tipo de duda en lo que tiene que ver con los hechos que conformaban las circunstancias agravantes que aparecen previstas en los **inc.s “d” y “f”** del cuarto párrafo del art. 119 del CP., el tribunal de juicio entendió que «las acciones típicas desarrolladas en perjuicio de ambas víctimas presentan adecuada tipicidad con los actos abusivos de orden sexual que, por las circunstancias de su realización, han configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para los hijos».

Para ello, destacó que «estamos en presencia de **acciones masturbatorias** realizadas sobre los penes de dos niños, acción que reconoce una intensidad mayor que la del simple tocamiento que podría realizarse sobre la zona genital», pues «[s]ólo a través de simples tocamientos se estaría en presencia de abusos sexuales simples, más cuando las acciones ya incluyen actos masturbatorios que, de acuerdo a la edad, resultan groseramente inapropiados para las víctimas, las específicas circunstancias lo convierten en una grave ultrajación, conclusión a la que se podría incluso arribar a partir de considerar que dichos actos son tan prematuros y excesivos que podrían conformar acciones corruptoras para el normal desarrollo sexual de la persona».

Cualidad que no se elimina por «la circunstancia de que, al momento del hecho, la[s] víctima[s] no actualice[n] la intensidad, porque cuando logra[n] hacerlo, las consecuencias resultan igualmente perjudiciales» (ver fundamentos, pág. 40).

Con lo cual, se advierte que el tribunal sentenciante ha brindado adecuadamente y sin arbitrariedad alguna, las razones interpretativas que lo condujeron a calificar los hechos del proceso del modo en que lo hizo.

Lo que descarta la pretendida indefinición a la que alude la defensa, sobre la agravante delictiva aplicada. Sin perjuicio de ello, resulta apropiado destacar el tribunal de la instancia previa señaló su particular posición interpretativa sobre el encuadre jurídico de los hechos ventilados en el presente proceso. En este plano de análisis, consideró que la calificación de la acusación –pública y privada– no era la correcta, pues la pluralidad de los hechos de abuso sexual atribuidos al acusado respecto de cada una de las víctimas, porque las particulares circunstancias fácticas de realización que resultaron comprobadas en ambas causas impedían su configuración como delitos continuados.

En particular, porque no constituyeron una unidad de acción, sino que se trató de hechos múltiples separables en espacio y/o tiempo, en los que cada hecho afectó de manera completa la integridad sexual de la persona humana y, por tanto, representó un nuevo abuso (ver fundamentos, pág. 41).

Sin perjuicio de señalar esa posición, razonó que los **límites que surgen del principio de congruencia le impedían al tribunal de juicio considerar que los hechos de abuso perpetrados contra cada una de las víctimas en particular, puedan ser apreciados en cada causa, como cometidos en concurso real.**

Pues ello implicaría exceder jurisdiccionalmente el marco de la acusación en lo relativo a la calificación legal, que englobó los hechos plurales bajo la consideración de un solo delito (ver fundamentos, pág. 42). Con todo lo expuesto, se observa claramente que el argumento defensivo, por el que se señala una modificación de la acusación en la sentencia, carece de sustento, y –como se adelantó– debe ser descartado.

En cuanto al segundo motivo de la crítica sustancial, la defensa técnica del acusado entiende que resulta inconstitucional que se reprima con la misma escala penal a los delitos de abuso sexual gravemente ultrajante y con acceso carnal cuando, como en autos, resultan **aplicables las agravantes contenidas en los incs. b y f del cuarto párrafo del mismo art. 119 del CP.**

Considero que la defensa incurre en dos falencias que sustentan el rechazo de este particular motivo de agravio.

Primero, que **canalizan el agravio a través del recurso de casación y no del recurso de inconstitucionalidad**, sin dar cuenta de los requisitos que esta impugnación prevé.

Segundo, que tampoco logra precisar cómo en el caso concreto se afecta la igualdad y la razonabilidad de la norma cuestionada, ni demostrar por qué las razones de política criminal que el legislador tuvo en miras para el dictado de las normas penales cuestionadas merecerían la tacha de arbitrariedad que pretenden (ver, al respecto y en lo pertinente, «**Centorbi Bajouth**»).

e.- Críticas sobre la determinación judicial del monto de la pena aplicada

A resumidas cuentas, los defensores cuestionan que el tribunal de la instancia previa vulnerara la prohibición de doble valoración en la mensuración de la sanción penal, en tanto se habría contemplado dos veces la situación de niños afectados por los hechos, siendo que se trata de una circunstancia que ya se encuentra comprendida en el tipo penal respectivo.

Contrariamente a lo alegado por la defensa del acusado, observo que el tribunal de juicio no ha incurrido en una **doble desvalorización penal** al determinar el quantum de pena aplicado.

Tal es esto así que, en forma expresa, señaló que «la calificación legal de los hechos ya incluye circunstancias agravantes tales como la condición de ascendiente del sujeto activo, concerniente a la calidad de los vínculos, a la naturaleza de los hechos que se vinculan con su carácter gravemente ultrajante (agravante ya incluida) y las circunstancias de lugar, ya consideradas en la convivencia preexistente.

De tales circunstancias no se pueden extraer criterios de agravación de la sanción, pues tales extremos ya se encuentran incluidos en la calificación legal de las conductas y, por tanto, ya traducen la mayor punición».

Por su parte, en lo que tiene que ver específicamente con **la minoridad** de L.E.P.T. y G.P.T., el tribunal consideró, como agravantes de la penalidad impuesta, que «**las víctimas eran niños al momento de los hechos, condición que importa mayor vulneración de derechos**, al tiempo que **incrementa la probabilidad de incrementar el daño psíquico** comparado con la situación de una víctima mayor de edad» (ver fundamentos, pág. 43/44).

Lo reseñado descarta que la pena que el tribunal seleccionó y mensuró para el caso, se haya agravado por la consideración de un aspecto del hecho necesario para el perfeccionamiento del tipo, en este caso, que las víctimas eran menores de trece años de edad.

Por el contrario, de acuerdo a lo expresado por el tribunal, ese aspecto circunstancial de los hechos juzgados ha sido apreciado en el ámbito de la determinación judicial de la pena, como un incremento de la entidad lesiva de las conductas del autor por la mayor vulnerabilidad de las víctimas.

En este sentido se ha expedido este Tribunal donde ha señalado, con cita de destacada doctrina, que es posible –y necesario– tomar en cuenta la intensidad con que las circunstancias previstas en el tipo penal se manifiesta en el hecho.

Por ejemplo, si bien no sería posible agravar un robo por haberse empleado violencia contra la víctima, sí es posible considerar el **grado de violencia utilizado («Córdoba, Jorge Antonio», «Maldonado Quiroga», entre otros).**

Por otra parte, las valoraciones que, en el ámbito de la mensuración de la pena de aspectos o circunstancias personales del acusado, no se ven alcanzadas por las consideraciones negativas que hizo el tribunal de sentencia sobre las conclusiones y afirmaciones realizadas por los peritos que intervinieron en la pericia psiquiátrica y/o psicológica ordenada al acusado, a los términos del **art. 97 del CPP**, y que fueran debidamente analizadas precedentemente.

Con lo cual, no se han considerado circunstancias agravantes en función de material pericial ineficiente o contaminado, como lo entiende la defensa.

En función de lo expuesto, no advierto vicios capaces de controvertir el razonamiento del tribunal en los aspectos sustanciales el que, también sobre este punto, debe ser convalidado.

f.- Conclusión

En base a todo lo hasta aquí analizado, en concordancia con lo dictaminado por el señor Procurador General, y a la luz de la fuerza con la que la hipótesis acusatoria ha sido verificada en la audiencia de debate, la correcta valoración de las pruebas que la sostienen por el tribunal de juicio, y su adecuada aplicación del derecho sustantivo, entiendo que corresponde rechazar las argumentaciones de la defensa y confirmar la sentencia puesta en crisis.

Por lo expuesto, la primera cuestión planteada debe contestarse negativamente. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede. SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado Edgardo Adrián Porcel Valero y, en consecuencia, confirmar la sentencia n° 1.574 pronunciada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Segunda Circunscripción Judicial.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Imponer las costas a la parte vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.

4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP).

Secretaría, 30 de septiembre de 2022.-

27- LOPEZ DOMINGUEZ. 12-10-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	-	NNA	-	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=937>

Lex: Art. 119, 3° párrafo del CP

Vox: VG. NNA. A.S.I..Abuso sexual con acceso carnal. Perito de parte. Valoración probatoria.

Summa:

El **TPC** condenó al nombrado a la pena de **seis años de prisión** como autor responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal (art. 119, tercer párrafo CP)

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 2 CPP). Estima que la sentencia es nula, realizando una crítica global de la prueba que sustenta la resolución.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 2409. TPC N° 1-3° CJ.

Precedentes citados:

a-SCJM

- ver «Villegas», «Álvarez V.», «Donoso», entre muchos otros.
- ver «González Pringles», «Concha, Jesús», «Garrido O.», «Paz Parra», «Buenanueva Avallay» y, más recientemente, «Vargas Riquelmes», «González Sosa» y «Scifo Ruffini», «Agüero Pérez», entre otros.

Precedentes relacionados

- Ver Agüero Pérez. 25-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=777>

SCJM. Dres.: **Palermo.** Valerio. Adaro.

Fallo.

CUIJ: 13-06760160-7/1((038601-76719)) F C/ LOPEZ DOMINGUEZ OMAR ALFREDO. P/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO (76719) (76719/20) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106016590*

En Mendoza, a los doce días del mes de octubre del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 06760160-7/1, caratulada “L. D. S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. O. A. PALERMO, segundo, DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero, DR. MARIO D. ADARO.

La defensa técnica de O. A. L. D. interpone recurso de casación (véase expte. digital) contra la sentencia n° 2.409 emanada del Primer Tribunal Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción Judicial que condena al nombrado a la pena de seis años de prisión como autor responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal (art. 119, tercer párrafo CP) pronunciamiento dictado en los autos P-76.719/20.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. O. A. PALERMO, DIJO:

I.- Sentencia recurrida

La jueza de la instancia tuvo por acreditado, con la certeza requerida para el dictado de una sentencia condenatoria, el hecho individualizado en la pieza acusatoria en el que se refiere que «[...] en fechas y horas no precisas del año 2018, en el domicilio de la niña S., sito en ... y calle .. ., Mendoza, ingresó a la vivienda el encartado A. L. y tomó por la fuerza a la niña S., agarrándola del brazo y alzándola, mientras le decía que no diga nada, luego la penetró y la obligó a hacerle sexo oral» (véase expte. digital).

Para decidir en tal sentido, la jueza valoró el testimonio de la víctima prestado en Cámara Gesell; las declaraciones de A. O., L. P., M. C., L. F.; los informes practicados por los profesionales intervinientes, así como las demás pruebas válidamente incorporadas al proceso.

II.- El recurso de casación de la defensa

La defensa técnica de O. L. considera que la sentencia referida padece vicios de procedimiento, conforme lo establecido por el inc. 2 del art. 474 de la ley de rito.

Ello, en razón de la violación de normas establecidas bajo sanción de nulidad absoluta.

A tales efectos realiza una crítica global de la prueba que sustenta la sentencia de la jueza de la instancia anterior.

Considera, además, que no debe descartarse que la sindicación de O. L. responda a un «**relleno de memoria de [S.F.], por inducción directa o indirecta de un tercero**”.

Esta observación se enmarca en una crítica general al testimonio de la víctima en Cámara Gessel, así como al carácter de esta medida.

En otro orden de ideas, la defensa subraya que se omitió valorar prueba decisiva, como es el dictamen del **perito de control Lic. Carlos Guillermo Messina** y que no se valoró correctamente el testimonio de M. C., padre del hijo de S.F.

Con base en los argumentos anteriores, la defensa concluye que no se ha alcanzado un grado de certeza positiva que permita afirmar que O. L. fue el autor de los delitos que se le atribuyen.

Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General entiende que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto (fs. 6/9). Después de resumir los argumentos defensivos, valida el análisis de la prueba llevado a cabo por la jueza sentenciante y refuta los agravios esbozados por la recurrente.

En particular, pone de relieve que el testimonio de la víctima fue claro, consistente, coherente y con detalles explícitos –tal como lo determinó la jueza sentenciante–.

A su vez, descartó que su declaración tuviera fines gananciales o hubiera sido inducida por otra persona.

En suma, la Procuración General sostiene que la sentencia se fundó sólidamente, analizando en profundidad las testimoniales rendidas en la audiencia de debate y el resto de las pruebas incorporadas a la causa.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso interpuesto corresponde adelantar que la impugnación debe ser rechazada y, en consecuencia, convalidada la sentencia recurrida en su totalidad.

Ello, de conformidad con los argumentos que a continuación se exponen.

La defensa cuestiona la validez del razonamiento de la jueza de la instancia previa a partir de la valoración del testimonio de la víctima S.F. Esto por cuanto ha resultado fundamental para la acreditación del hecho imputado a O. L..

En este sentido, la crítica de la defensa relativa a la falta de credibilidad de la versión de S.F. se sustenta en lo que serían imprecisiones en su relato, en prueba que refutaría sus dichos y en el cuestionamiento de la naturaleza de la Cámara Gessel.

En relación con las variaciones en el relato de S. F., la defensa sugiere que O. L. fue involucrado como autor del hecho debido a «un relleno de la memoria de [S.F.]» o «la inducción directa o indirecta de un tercero».

Agrega, al mismo tiempo, que su defendido no fue mencionado desde el comienzo como el autor del hecho y que en el relato de S. F. aparecen otras personas que no fueron tenidas en cuenta en la sentencia de la instancia previa.

Ahora bien, después de analizar las razones brindadas por la defensa para anular la sentencia condenatoria y compulsar las presentes actuaciones, así como los fundamentos (véase expte. digital), entiendo que no se advierte, en el caso concreto, contradicciones en el relato de la niña S. que hagan mella en la credibilidad de su testimonio.

En efecto, y al respecto, debe tenerse en cuenta que la variación del testimonio en el marco de delitos tales contra la integridad sexual, en las que se verifica que la víctima es un niño o una niña, se explica debido a lo traumático de tales experiencias y la dificultad para asimilar la agresión.

No debe olvidarse que **las agresiones contra la integridad sexual** se cometen usualmente en el ámbito de la intimidad y al margen de terceros, contexto que, junto con las prescripciones derivadas de compromisos internacionales asumidos por nuestro Estado, así como de la legislación nacional y provincial que protege los derechos del niño, impone poner en un lugar destacado el testimonio de S. F.

En estos casos se advierte una **mayor vulnerabilidad** por tratarse de un ataque contra la integridad sexual y por la edad de la víctima.

Vulnerabilidad que aumenta cuando la agresión se produce en el seno familiar (ver al respecto, y en lo pertinente, lo señalado por este Tribunal en el precedente «V.»).

Todo lo cual ha sido especialmente tenido en cuenta por la jueza sentenciante.

En efecto, la propia jueza señaló, en relación con el cuestionamiento de la defensa, que S.F. fue sometida a numerosos interrogatorios y siempre mantuvo el núcleo duro de la declaración.

Consideró, en este sentido que las pretendidas contradicciones que destaca la defensa respecto de que, por ejemplo, la víctima confunde el día y la noche cuando contextualiza el abuso no son suficientes para hacer decaer el valor de su testimonio.

Al momento de prestar declaración testimonial en Cámara Gesell, la víctima hizo una detallada referencia a los abusos.

En relación con la intervención de A. L. en el hecho investigado S.F. refirió: «vino me agarró, me alzó, me llevó al baño, me tapó la boca y me dijo que no dijera nada, si no me iban a creer, mi familia nunca me creyó. Te juro que un asco, me tenía alzada, un asco y a los días tuve infección urinaria, le hizo lo mismo que le hice a mi hermano, con la boca todo. Mientras el otro huevón estaba matando el animal afuera, este otro me abusó, fue un rato largo, de aquí que matara el animal, le sacara el cuero todo. Hacía frío, era tardecito de noche. Yo me quise salir, yo lloraba me dolía muchísimo» (p. 29).

El peso probatorio de la mención del párrafo anterior no desaparece por el hecho de que S.F. tuviera alguna imprecisión respecto del marco diurno o nocturno en el que se llevó a cabo la agresión.

Ello, en tanto –como se desprende del testimonio de la Lic. Díaz– esta confusión obedece a las circunstancias inherentes en las que se llevan a cabo los delitos contra la integridad sexual de niños y niñas (supra).

La jueza de la instancia previa también rechazó que existieran contradicciones respecto de la forma en la que se practicó el abuso. Si bien su hermana R.N. declaró que la víctima le había dicho que había sido abusada por vía anal y vaginal, del relato de la niña S.F. surge que ésta en ningún momento hizo referencia a una penetración anal: «[S.F.] siempre dijo que el acceso había sido vaginal y que [el acusado] la habría obligado a tener sexo oral» (p. 24 sentencia en formato digital).

En esta línea, la jueza sentenciante entendió que el testimonio de la víctima fue claro, consistente, coherente y brindó detalles sexuales explícitos sobre el contexto y la manera en que se llevaron a cabo los abusos (p. 27 sentencia en formato digital).

Esto, llevó a la jueza a descartar el **valor de cualquier contradicción y afirmar su coherencia interna**.

Al respecto, expresamente refirió que: «He observado minuciosamente la Cámara Gesell de [S.F.] para poder adentrarme en su testimonio, claramente [S.F.] no sólo es vulnerable por el hecho de haber sido niña mujer al momento del abuso que narra, sino también, porque proviene de un sector social muy **carenciado** y se ha desarrollado en campo adentro, en un ámbito **con predominio muy patriarcal**, donde la mujer es un objeto a servir al hombre, conductas que tenía plenamente internalizadas», explica la jueza en la p. 30 de sus fundamentos.

Por su parte, de acuerdo a las constancias de la causa, la mención a terceras personas sin identificar que habrían intervenido en otros abusos no obsta a la responsabilidad de O. L. por el hecho atribuido.

Ello, en tanto existen elementos de prueba que avalan la acusación, tales como, además del testimonio de S.F., los exámenes psicológicos y declaraciones testimoniales que refuerzan la credibilidad del relato de S.F. A su vez, la jueza remarcó que los extremos del relato de la niña se correspondían con las

constancias obrantes en el legajo de la Dirección de Promoción y Protección de Derechos –respondiendo a las objeciones defensivas– (p. 28).

En suma, el testimonio de S.F. **es la principal prueba de cargo**, tanto respecto de la materialidad del hecho, como de la autoría del acusado. Así lo entendió correctamente la jueza de la instancia previa al referir que los dichos de la víctima sustentan la acusación.

En otro orden de ideas, no debe perderse de vista que el recurrente omite explicar cómo su estrategia defensiva podría haber variado en función de la hora de la comisión del abuso.

Es decir, la defensa no aporta una versión alternativa de los hechos con base en los matices en el testimonio de la víctima, considerados cruciales.

La jueza refirió al respecto que «A. L. se encuentra sindicado desde la primera notitia criminis, razón por la cual debe descartarse que su aparición en el proceso obedezca a un relleno en la memoria de [S.F.], por inducción directa o indirecta de un tercero. [S.F.] lo señala como su agresor en innumerables ocasiones previas a la declaración en cámara Gessel y en la misma, lo nombra de manera espontánea, cuando es preguntada por si sabe los motivos de su comparecencia a ese lugar» (p. 29).

Dicho lo anterior, aparecen completamente infundadas las afirmaciones de la defensa en relación con la invención del hecho por parte de S.F. o la manipulación de terceras personas para sindicar a O. L. como autor del hecho.

Nada de esto se encuentra sustentado en prueba concreta y, por ello, debe ser descartado de plano. Por el contrario, surge de la sentencia puesta en crisis que la S.F. sufrió consecuencias gravosas luego de que salieran a la luz los abusos, siendo este un elemento más a considerar en contra de la existencia de una supuesta ganancialidad.

Tampoco puede aceptarse la crítica a las declaraciones emanadas de la Cámara Gesell, en tanto pruebas a la que la práctica tribunalicia un valor irrefutable. Por un lado, no se brindan argumentos válidos que sostengan tal afirmación, y por otro, no debe perder de vista que la jueza sentenciante se basó en numerosos elementos de convicción que avalaron el testimonio de S.F. y le otorgan credibilidad, en particular, los testimonios de M. F., N. F., M. G. C. y M. C. que hablan a favor de la existencia de los abusos. Conforme explicó la jueza (p. 28) fue después de que S.F. hablase con M.C. que éste la aconsejó para tomar valor y hablar con V. V. –quien cumplía funciones de coordinadora pedagógica en la escuela ...– quien le brindó ayuda.

Esta desembocó en que S.F. le contara el hecho a sus padrinos –A. O. y L. P.– quienes llamaron al número de teléfono 102, un servicio telefónico gratuito y confidencial de escucha, contención y orientación para niños, niñas y adolescentes.

Igualmente contundentes fueron los testimonios de las profesionales intervinientes.

En particular, la declaración de la Lic. R., quien explicó la dinámica de la familia, así como el impacto de la denuncia en el grupo familiar y algunos de sus parientes. Respecto de esto último, no escapó al juicio de la jueza el análisis del testimonio de L. F. –quien se mostró reticente para con la existencia de los abusos y descalificante para con la denunciante– ya que esta persona mantenía una relación –conforme declaró M. C.– con el denunciado. Sobre la base de lo señalado considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada.

En consecuencia, debe rechazarse el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado y convalidarse en su totalidad la sentencia puesta en tela de juicio. **ASÍ VOTO.**

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Si bien adhiero a los argumentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde confirmar la sentencia analizada, me interesa dejar a salvo mi opinión en relación con la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género. Sobre esta cuestión, me remito, en lo pertinente, a lo que ya he referido en numerosos pronunciamientos (**ver «Villegas», «Álvarez V.»**, **«Donoso»**, entre muchos otros). ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Comparto los fundamentos por los cuales mi colega preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa del acusado. En cuanto a las consideraciones realizadas en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género y, en particular, cuando la víctima presenta **una doble condición de vulnerabilidad , por su género y por la franja etaria** a la que pertenece me remito, en lo pertinente, a lo que ya he referido en numerosos pronunciamientos (ver **«González Pringles», «Concha, Jesús», «Garrido O.»**, **«Paz Parra», «Buenanueva Avallay»** y, más recientemente, **«Vargas Riquelmes», «González Sosa» y «Scifo Ruffini», «Agüero Pérez»**, entre otros). ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. O. A. PALERMO, DIJO: Conforme lo anterior, corresponde omitir pronunciamiento en este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse como afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. O. A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de esta Suprema Corte de Justicia de Mendoza, fallando en forma definitiva se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de O. A. L. D. y convalidar en su totalidad la sentencia N° 2.409.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. O. A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

28- TONELLI BOOCK y ot. 14-10-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	Padre	NNA	-	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=939>

Lex: 119- 3, 125-3 CP

Vox: NNA. A.S.I.. Abuso sexual con acceso carnal. Promoción a la corrupción de menores agravada.

Partícipe necesario en **omisión impropia. Comisión por omisión por ser garante. Contexto familiar**

Summa:

El TPC condenó a los sindicados por los delitos enrostrados:

- Pablo: 12 años de prisión.
- Lucas: 12 años de prisión.
- Luis Alberto: 10 años de prisión.
- Silvia: 10 años de prisión.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 2 CPP). Sus agravios centrales: 1) al momento de los hechos no veían a su papá (SA) ni a la familia paterna. 2) actitud de los señalados durante el proceso 3) Los abusos sexuales sufridos por los niños –y no negados por la defensa– **podieron ser cometidos por personas del entorno de la madre de las víctimas**, quien los manipuló ...4) el mérito de los informes del CAI.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1969. TPC N° 1- 1°CJ.

Precedentes citados:

a-SCJM

I- Relato del menor:

- «Riedberger Galdame». 14-07-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=365>
- «Lorente»
- «Sayd Carrizo»

II- Perspectiva de género.

- «González Pringles», «Concha, Jesús», «Garrido Olivares», «Paz Parra», «Buenanueva Avallay» y, más recientemente, «Vargas Riquelmes», «González Sosa» y «Scifo Ruffini» y «Martínez Fernández»
- Agüero Pérez. 25-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=777>

Precedentes relacionados

a-CSJM

I-Interpretación y valor del relato de menores de edad de abusos sexuales en contextos familiares:

- «Oliva». 28-02-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=10>
- «Gómez Ayala». 17-05-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=662>

- «Ficara».

SCJM. Dres.: **Valerio.** Palermo. Adaro.

Fallo.

CUIJ: 13-06846338-0/1((018601-18755)) F C/ TONELLI BOOCK PABLO GUILLERMO; TONELLI BOOCK LUCAS FRANCISCO; TONELLI BOOCK LUIS ALBERTO FEDERICO, TONELLI BOOCK MARIA TERESITA, BOOCK JENICHEN SILVIA SUSANA. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO (18755/19) (18755) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106097074*

En Mendoza, a los catorce días del mes de octubre del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13- 06846338-0/1 caratulada “F. C/ T. L., P. G.; T. L., L. F.; T. L. L. A. F.; T. L., M. T. Y L. J., S. S. P/ PROMOCIÓN A LA CORRUPCIÓN DE MENORES AGRAVADA (...) S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, Dr. JOSÉ V. VALERIO segundo Dr. OMAR A. PALERMO y tercero Dr. MARIO D. ADARO.

La defensa de P. G. T., L. F. T., S. S. L. J. y L. A. F. T. plantea recurso de casación contra la sentencia n° 1.969 pronunciada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial, por cuanto condenó penalmente de acuerdo con el detalle que a continuación se expone.

A Pablo. G. T., a la pena de **doce años de prisión** con accesorias legales y costas, como autor penalmente responsable del delito de promoción a la corrupción de menores calificado por el vínculo y por la guarda en un número indeterminado de hechos en concurso real y participación necesaria en omisión impropia en los delitos de abuso sexual con acceso carnal agravado por ser encargado de la guarda, abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser encargado de la guarda por los hechos cometidos por L. F. T. y L. A. F. T. contra los menores F.R y C.T. (conf. art. 125 tercer párr., art. 45, art. 119 tercer párr. en fusión con el inc. b), art. 119 cuarto párr., 119 segundo párr. en función con el cuarto párr. inc. b), art. 55 del Código Penal).

A Lucas. F. T., a la pena de **doce años de prisión** con más accesorias legales y costas como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por ser encargado de la guarda, abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser encargado de la guarda, promoción a la corrupción de menores calificado por ser encargado de la guarda todo en un número indeterminado de hecho en concurso real (conf. art. 45, art. 119 tercer párr. en función con el cuarto párr. inc. b), art. 119 segundo párr. en función con el cuarto párr. inc. b), art. 125 tercer párr. y art. 55 del Código Penal).

A Luis. Alberto. F. T. a la pena de **diez años de prisión** con accesorias legales y costas, como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser encargado de la guarda, promoción a la corrupción de menores calificado por ser encargado de la guarda todo en un número indeterminado de hecho en concurso real (conf. art. 45, art. 119 segundo párr. en función con el cuarto párr. inc. b), art. 125 tercer párr. y art. 55 del Código Penal).

A Silvia. S. B. J. a la pena de **diez años de prisión** con más la costas y accesorias legales como autora penalmente responsable del delito de promoción a la corrupción de menores calificado por ser encargada de la guarda y por el vinculo todo en un número indeterminado de hechos en concurso real y participación necesaria en omisión impropia en los delitos de abuso sexual con acceso carnal agravado por ser encargado de la guarda, abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser encargado de la guarda por los hechos cometidos por L. F. T. y L. A. F. T. contra los menores F.R. y C.T. (conf. art. 125 tercer párr., art 45, art. 119 tercer párr. en función con el inc. b), art. 119 cuarto párr., 119 segundo párr.. en función con el cuarto párr. inc. b), art. 55 del Código Penal), todo ello en el marco de los autos n° P-18.755/19.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La decisión impugnada tuvo por acreditado que «[s]in poder precisar la fecha pero en el lapso de tiempo comprendido entre el mes de octubre de 2018 y el mes de febrero de 2019, en el interior del domicilio ubicado en calle ..., en un número indeterminado de veces P. G. T. introdujo una rama en el ano de su hijo C.T. quien tenía entre 5 y 6 años de edad aproximadamente, cuando éste se quedaba a dormir. En otras oportunidades, pero en el mismo periodo de tiempo y domicilio indicado supra, P. G. T. le bajaba el pantalón y calzoncillo a su hijo C.T. para luego tocar con sus manos y un palo el ano y el pene del menor. Que, en el mismo periodo de tiempo aludido supra, pero en el domicilio ubicado en calle ..., L. A. F. T., alias F., en una cantidad indeterminada de veces manoseó el pene de los menores C.T. y F.R, quien tenía entre 9 y 10 años de edad en ese entonces, haciéndoles movimientos ascendentes, descendentes, tipo masturbatorios y laterales, pellizcándoles también los glúteos a ambos menores».

«Asimismo, en las mismas circunstancias de tiempo y lugar, tocó con sus manos y con un palo, tipo rama, en el ano y el pene de C.T. Luego, en el mismo periodo de tiempo aludido supra, en el domicilio en calle ..., L. F. T. introdujo, en tres oportunidades, una rama en el ano de F.R. y de C.T., previo bajarles los pantalones, ocurriendo ello tanto en la cama de la habitación de L. T. como también en la cama de la habitación de su madre S. L. y en el sillón de la casa. Así también introdujo, con movimientos hacia adelante y atrás, en un número indeterminado de veces, un pedazo de cartón, que tenía forma de pene, en el ano de los menores F.R. y C.T. ocurriendo ello en la cama de la habitación de L., en la cama de la habitación de S. L. y en el sillón de la vivienda».

«Así también L. F. T. pinchaba con un tenedor los glúteos del menor F.R. y realizaba tocamientos con sus manos y un palo en el pene y el ano de C.T. Por su parte, en las mismas circunstancias de tiempo y lugar aludidas, siendo el domicilio ubicado en calle ..., S. S. L. J. le introdujo un pene de cartón en el ano a F.R. y a C.T. como así también realizó tocamientos en el pene del menor F.R. y en el pene y el ano del menor C.T. con las manos y un palo, ocurriendo ello en la cama de la sindicada. A su vez, observó cuando su hijo L. F. T. L. introducía el pene de cartón y el palo en el ano de ambos menores, sin adoptar las medidas necesarias para impedir los abusos ni evitar que los mismos continuaran ocurriendo, siendo que estos accesos carnales sucedían en el domicilio donde la misma habitaba».

«Además, en las mismas circunstancias de tiempo y en domicilio de calle ..., S. S. L. J., los hermanos L. F. T., P. G. T., M. T. T. y L. A. F. T. alias F., veían películas pornográficas en una televisión ubicada en la cocina de la vivienda, haciendo ver las mismas a los menores F.R. y C.T.». Para así decidir, el juez de la instancia previa valoró, principalmente, el relato de las víctimas F.R. y C.T.; la declaración del acusado P. G. T., los testimonios de D. S. (madre de las víctimas), M. C., P. S., L. H., C. C., P. C., P. L., M. F.s, S. C., A. B., S. M. M., L. S., C. C., N. A., F. I., M. F., A. R.o y C. G.; así como los exámenes de fs. 240/241, 595/96, 608/611, 752/756 y 914/916, entre otros. Además, tuvo en consideración el acuerdo probatorio alcanzado por las partes que implicó el desistimiento de la prueba testimonial de A. R., C. A. y Y. D..

Debe señalarse que el juez también **absolvió por el beneficio de la duda (art. 2 del CPP) a M. T. T.** del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser encargada de la guarda, promoción a la

corrupción de menores calificado por ser encargada de la guarda todo en un número indeterminado de hecho en concurso real (art. 45, art. 119 segundo párr. en función con el cuarto párr. inc. b, art. 125 tercer párr. y art. 55 del Código Penal) que se le atribuye en los autos n° P-18.755/19.

2.- Recurso de casación

Tras justificar la procedencia formal de la impugnación, la defensa plantea vicios procedimentales en la sentencia, previstos como motivo casatorio por el art. 474 inc. 2 del CPP. Específicamente, considera que la sentencia pronunciada incurre en la nulidad prevista en el art. 416, inc. 4 del CPP, por cuanto no respetó las reglas de la sana crítica racional en la valoración de la prueba y, alega, no fue correctamente fundamentada.

En este orden, afirma que no hay elementos de prueba sobre el aspecto objetivo del delito –menciona el delito de homicidio, aunque ello debe obedecer a un error material en la medida en que se acusan delitos contra la integridad sexual– y que ello motivó que el tribunal absuelva a M. T. T. y modificara la calificación de los hechos acusados a los restantes coimputados.

2.1.- En primer lugar, la defensa señala que las lesiones que se constataron en C.T. **fueron realizadas durante un tiempo en que éste no tenía contacto con su padre o la familia** de éste, lo cual fue omitido en la sentencia.

Explica que para la fecha de los abusos sexuales que habría sufrido el menor C.T. los acusados no veían a ese menor, puesto que mantuvieron contacto con éste por última vez el 18/02/19, e incluso la negativa de la madre de las víctimas a permitir la vinculación motivó que P. T. la denunciara por impedimento de contacto el día 26/02/19 (algo que también había denunciado en enero).

La propia madre de las víctimas afirmó en su declaración de fs. 253 que la última vez que P. T. vio a los menores fue el 15/02/19, día en que concurrió al fuero de familia a denunciar los abusos sexuales que sufrían sus hijos.

Sin embargo, el informe médico del CMF obrante a fs. 51 y de fecha 08/03/19 no encontró lesiones en F.R., y en C.T. referenció una erosión anal no sangrante de 4 cm en hora 12 con una evolución de 5 a 7 días que podía haber sido realizado con algún objeto de borde romo.

De modo que si tenía una evolución de 5 a 7 días, el abuso debió tener lugar entre el 1 y el 3 de marzo de 2019, fecha para la cual ninguno de los T. había visto al menor de edad.

El Dr. Romero, del CMF, ratificó ese informe a fs. 426 y agregó que las lesiones eran de corta data porque la mucosa, que es de rápida regeneración, estaba lesionada; y que las lesiones eran compatibles con la introducción de un objeto o dedo pero no de un pene. Durante el debate este profesional afirmó que, como máximo, la lesión podía tener 10 o 15 días, pero no 30 o 40.

2.2.- En segundo orden, afirma que **no fue valorada en la sentencia la actitud de los imputados durante el proceso.**

Sostiene la defensa que cuando P. T. fue detenido, S. L. y L. T. lo visitaron en la comisaría, lo que demuestra su grado de «inconsciencia» puesto que podrían haber evadido fácilmente el accionar de la justicia en caso de haber tenido participación en los hechos investigados. Incluso concurrieron al debate en libertad, y S. B. fue en numerosas ocasiones a la Unidad Fiscal para pedir autorizaciones e interiorizarse sobre el avance de la causa.

2.3.- En tercer lugar, afirma que durante el debate explicó que los abusos sexuales sufridos por los niños –y no negados por la defensa– **podieron ser cometidos por personas del entorno de la madre de las víctimas**, quien manipuló a sus hijos para que direccionase la responsabilidad hacia personas con las que tenía odio.

Señala como posible responsable a M. C., pareja actual de la madre, quien resultó ser estudiante de psicología.

Agrega que en la casa de la denunciante había numerosa cantidad de personas que se preparaban para realizar eventos en donde se cambiaban de ropa.

Así, durante la instrucción S. dijo que había ocho personas que se cambiaban, y durante el debate amplió el número a diecisiete, y agregó que sus hijos la mayoría de las veces no estaban o estaban al cuidado de su madre, y que se realizaban dos eventos por semana.

Esto, fue ratificado por C., que afirmó que se cambiaban entre diez a doce personas y que a veces los niños estaban presentes. B., testigo ofrecido por S., dijo que los niños estaban cuando la gente iba a cambiarse, y que había entre trece y catorce personas; y también la testigo P. S. habló de que se cambiaban entre diez y doce personas. Concluye de ello la defensa que **en el entorno de la madre los niños estaban expuestos a situaciones potencialmente peligrosas para su integridad psicofísica**, lo que no fue considerado en la sentencia.

2.4.- Una cuarta crítica refiere que no se valoró el **informe del CAI** obrante a fs. 83 sobre las víctimas elaborado por la Lic. Campana en el marco de actuaciones del fuero de familia, realizado el 01/03/19 y que refiere que F.R. tiene un relato que abunda en temática de adultos y repite que su mamá le dijo que contase esas cosas, que su padre es un «vivo que no pone dinero» y que la casa donde viven es de su madre, y advierte que el niño repite un discurso de su progenitora pues, incluso, alude a brotes cerebrales de L. T. y acusa a P. T. de ser un manipulador, sin entender el concepto de esas palabras.

También puntualiza que su **padre es machista** sin entender qué significa ello, y ante la pregunta al respecto afirma que su madre le dijo que era «tratar a las mujeres como esclavas». También dijo que odiaba a su padre y describió como hechos de abuso puntuales que le hacían ver pornografía y que su padre se chupaba los dedos, aunque sin resonancia afectiva de angustia.

Señala que el examen aclara que en el relato de F.R. se vislumbraban las mismas situaciones y el uso de casi **las mismas palabras que las expresadas por su madre en la entrevista colateral**, y que el menor actuó como portavoz de su hermano C.T.

En cuanto a C.T., también manifestó situaciones de abuso sexual infantil aunque sin preocupación, ocupado más en jugar que en hablar. Mientras que en cuanto a la entrevista con la madre el informe detalló que tenía mucha ansiedad, relató los hechos de abuso sufridos, denotó una clara hostilidad y rechazo contra P. T. y su familia, y habló sobre cómo los menores estaban inmersos en los conflictos de la pareja.

A juicio de la defensa, examen tiene fuerte valor probatorio puesto que en el debate penal, y de los resultados de los exámenes que se realizaron a los niños, surge que la madre estuvo presente e intervino **ejerciendo control absoluto** sobre lo que ellos expresaban.

2.5.- Lo mismo refiere, en quinto lugar, en relación con el **informe psicológico de la madre de los niños realizado por el CAI** a fs. 364, en el que la Lic. Campana afirmó que se trataba de una persona con quejas somáticas que se incrementan con situaciones de estrés y que no escucha la explicación que podían recibir esas situaciones. También encontró que no poseía autocrítica y se percibía como una persona sin errores, que tiende a culpabilizar a los demás de sus problemas y presentaba rasgos egocéntricos y narcisistas sin empatía.

Agregó que podía demostrar **tendencia manipuladora en sus vínculos interpersonales y reaccionar con hostilidad si no se satisfacían sus demandas**, que tenía personalidad sobre-controladora con rigidez ideofectiva que le impedía respetar puntos de vista distintos al suyo. También que tendía a funcionar con

hostilidad y reacciones violentas, lo que la lleva a ser proclive a tener trastornos de ansiedad con escasa acogida para recibir ayuda y particular hostilidad contra P. T. y su familia. Particularmente, en relación con los abusos sufridos por sus hijos, no mostraba angustia sino odio contra la familia T., y que evidenció una carencia de intentos de no contaminar a los menores con los problemas que ella vivía con T. y una tendencia manejar ganancialmente la información. Ese informe fue ratificado por la Lic. Campana a fs. 409 y en el debate explicó que F.R. mostraba disociación puesto que no relacionaba a su madre con ningún aspecto negativo, pero respecto de su padre tenía una hostilidad intensa.

2.6.- Un sexto agravio cuestiona que no se hiciera mención alguna en la sentencia a los exámenes psicológicos realizadas a los acusados por la Lic. Mathus y la Lic. Squilario, quienes manifestaron que los acusados no tenían personalidad con desajustes en el plano sexual ni trastornos específicos de ese orden.

2.7.- Por otra parte, y en cuanto al examen psicológico de fs. 785, resalta que detectó abuso sexual infantil dentro del entorno contenedor de la familia y violencia psicológica y física sufrida mientras sus padres estaban en pareja, aunque por la prolongación del proceso judicial y la intervención de innumerables instituciones públicas resultaba dificultoso discriminar las acciones ejercidas por cada uno de los involucrados, como así también la participación de los mismos en los hechos investigados.

También, refiere que el niño examinado no alucinaba ni deliberaba, y que había sufrido abusos sexuales aunque no podía identificar cada acción y su autor. La defensa resalta de este examen que encuentra falta de confianza en el menor respecto de los adultos que debían cumplir un rol protector, y explica que para la fecha en que se realizó el examen (el 30/11/20) esa carencia debía asociarse a su madre y no al padre acusado.

2.8.- Un octavo agravio está vinculado al informe psicológico de fs. 680 realizado por la Lic. Fusari –quien declaró a fs. 819 y en el debate–, que alude a indicadores de fabulación en el relato de C.T., algo normal en niños, cuando menciona que su abuela y la familia del padre le lavaban el cerebro y él se olvidaba de cómo bañarse. En cuanto a los abusos, no detecta fabulación porque no había un relato sino frases sueltas y hechos sin profundizar, lo que podía responder a la cantidad de acciones que describió haber sufrido de la familia T., o a un proceso psicológico. Pero, por una u otra razón, señala que no mostraba signos de abuso sexual. Ese informe también describía al niño como tímido y retraído y con un relato que, si bien no parecía influenciado por adultos, sí mostraba contaminación con los problemas entre sus padres. La Lic. Fusari en el debate manifestó que los indicadores inespecíficos de abuso de C.T. habían sido obtenidos a partir de una entrevista con su madre, quien describía autolesiones, bajo rendimiento escolar y trastornos del sueño.

La defensa afirma que esos indicadores podían deberse a otros asuntos, como la separación de sus padres o los conflictos entre ellos.

2.9.- Un noveno agravio cuestiona que estos informes hayan sido sólo mencionados, más no valorados en la sentencia. La decisión está motivada en la declaración del Lic. Izura quien participó sólo parcialmente de la Cámara Gesell, y en dos peritos que actualmente tratan a los menores, la Lic. Cibels Carrizo y la Lic. Lorena Hernández. Sin embargo, a juicio de la defensa esas profesionales no son imparciales, puesto que están comprometidas por la relación personal alcanzada durante el tratamiento.

2.10.- En décimo lugar, y en cuanto a las consideraciones sobre el material pornográfico que fue hallado en los dispositivos electrónicos encontrados en los lugares donde pernoctaban los niños y donde habrían ocurrido los hechos, afirma la defensa que tanto P. T. como L. T. lo adjudicaron al consumo privado de L. T., aclarado que era material obtenido de sitios Web públicos y que fue hallado en laptops o computadoras que no estaban ubicadas en el lugar donde los niños dijeron haber visto material pornográfico.

2.11.- Por último, a juicio de la defensa no resulta lógica la interpretación del tribunal de sentencia seguida para desvincular a T. T. y condenar al resto de los acusados. Considera que el nivel de acreditación de los hechos resultó del íntimo convencimiento del juzgador, antes que de elementos de prueba. Cuestiona que la resolución haya reconstruido históricamente los hechos y luego los haya enrostrado a cada acusado sin prueba suficiente, que incluso evaluara una situación no elevada a juicio y que fundara la intervención de cada acusado en una versión estereotipada que no especifica qué actividades habría desarrollado cada uno. En función de tales argumentos, solicita la anulación de la sentencia y efectúa reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de contestar la vista de ley conferida, el señor Procurador General considera que el recurso, si bien es procedente desde el punto de vista formal, debe ser rechazado en el fondo. Ello, por cuanto los agravios expresados no alcanzan a demostrar vicios o defectos en el razonamiento del Tribunal que ameriten la anulación de la sentencia, que luce debidamente fundada.

El recurso, en ese orden, aparece como una discrepancia de criterio orientada a desvincular a los acusados, pero que no logra rebatir el profundo análisis del plexo probatorio realizado por el juez. Explica que se tuvieron en cuenta las declaraciones de las víctimas, quienes desde el comienzo de la investigación señalaron a los acusados como autores de los acometimientos contra sus integridades sexuales.

Además, el juez observó que las distintas instancias de intervención profesional permitían visibilizar la reiteración y persistencia de la información brindada por los niños sobre los abusos sexuales de los que fueron víctimas, tanto en lo relativo a los episodios con contenido sexual –como introducción de objetos analmente o tocamientos en partes púdicas–, como las proyecciones de material pornográfico con entidad corruptora que les hacían observar, todo ello con una sindicación concreta, específica y persistente de los autores.

Esto, a criterio del Procurador, echa por tierra la estrategia defensiva que pretende colocar los abusos en personas del entorno de la madre. Señala que en este caso cobra un valor fundamental el testimonio de las víctimas y los informes psicológicos y psiquiátricos que corroboran su veracidad.

Explica que los tales informes mostraron conclusiones relevantes, como que el relato de los niños gozaba de credibilidad, no presentaba signos de fabulación, ni mitomanía y que reflejaba consecuencias psicológicas.

Particularmente, en la entrevista preliminar realizada por el EDeEAS los niños fueron contundentes, y la pericia psicológica realizada por el CAI fue corroborante. A las innegables conclusiones que surgen de esa pruebas se sumó el examen físico realizado a los menores de edad por el Cuerpo Médico Forense, que dio cuenta de secuelas físicas de abuso sexual.

En definitiva, entiende que en la sentencia se valoró adecuadamente toda la prueba de cargo y descargo y, a partir de esa ponderación, se llegó a la conclusión de que los hechos narrados por las víctimas resultaban ciertos y, con ello, la participación que le cupo a cada acusado.

Frente a ello, la defensa tiende a separar y tratar de anular los elementos de prueba que fueron valorados de manera integral por el tribunal.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver la cuestión planteada adelanto que, a mi criterio, corresponde rechazar el recurso de casación planteado por la defensa de P. G. T., L. A. F. T., L. F. T. y S. S. L. J.. En la medida en que todos los

agravios planteados por la defensa se vinculan con la fundamentación de la sentencia en punto a la valoración de la prueba, a efectos de brindar un adecuado tratamiento a cada uno de los agravios, los trataré en el orden en que han sido planteados en el recurso y reseñados en el apartado de este voto dedicado a la exposición de aquéllos (2).

4.1.- Sobre las circunstancias temporales de los abusos sexuales

Debe descartarse la crítica defensiva según la cual los abusos sexuales no ocurrieron del modo en que fueron acusados o, al menos, el abuso sexual con acceso carnal que sufrió C.T. no ocurrió del modo atribuido; en función de que para la fecha en que se constataron lesiones en su cuerpo éste ya no veía a ninguno de los acusados.

En primer lugar, no puede hacerse lugar al agravio porque se asienta en una premisa que no puede ser convalidada, consistente en que «siempre que exista un abuso sexual con acceso carnal, éste producirá lesiones en la víctima».

Esta premisa dista de ser una verdad apriorística que sea verdadera para todos los casos de abuso sexual de manera generalizada.

Dicho en otras palabras, que sólo se hayan constatado en fecha 08/03/19 lesiones en la mucosa anal de C.T., de reciente data, no quita que puedan haber existido abusos sexuales con acceso carnal anteriores, en la medida en que pueden haber tenido lugar sin generar lesiones.

En segundo lugar, el argumento sólo parece alcanzar los abusos sexuales con acceso carnal, pero la defensa omite explicar qué alcance exculpatorio tendría esta explicación respecto de todos los demás delitos contra la integridad sexual de los niños F.R. y C.T. que habrían tenido lugar sin acceso carnal.

En tercer orden, el agravio planteado por la defensa ha omitido dar cuenta de las consideraciones contenidas en la sentencia en relación con la temporalidad de los hechos.

Así, el juez de la instancia previa sostuvo que, a partir de la declaración que prestó en el juicio el Lic. F. Marcelo Izura, la falta de especificación de la fecha de los hechos se debía al alto coste, en sentido emocional, que aquéllos habían tenido para los niños –v. fundamentos, p. 21–.

En cuarto lugar, el argumento no resulta consistente en sí mismo para rebatir el caudal probatorio de cargo. En efecto, la crítica defensiva pretende instalar la idea de que, si el abuso sexual que generó lesiones en C.T. tuvo lugar cuando éste ya no tenía contacto con ningún miembro de la familia T., entonces debió ser cometido por alguien más –no acusado en este proceso– y lo mismo los demás hechos.

Sin embargo, esta conclusión depende de un margen de apreciación muy delgado. El profesional en el que la defensa asienta su agravio –Serafín A. Romero Lombardo, del CMF– afirmó durante la investigación penal preparatoria que las lesiones habían sido producidas entre cinco y siete días antes del examen físico; período que, en oportunidad de declarar en el debate, amplió a «[...] 10 o 15 días como máximo, no era una erosión de larga data, no estaba cicatrizada.

No se puede extender a 30 o 40 días [...]» (v. sentencia, p. 23). Es decir, si el profesional realizó su examen el 08/03/19, el acceso carnal que produjo lesiones podría haber tenido lugar hasta el 21/02/19, siendo que los acusados tuvieron contacto –siempre según la defensa– por última vez el 18/02/19.

A mi juicio, el escaso margen de tres días en que la defensa asienta todo su constructo argumentativo no resulta suficiente para desacreditar la cuantiosa prueba de cargo que fue producida durante el juicio y valorada minuciosamente por el juez de sentencia –remito para ello a los fundamentos de la resolución impugnada–.

En particular, cuando los dichos del médico estaban orientados a descartar que el hecho hubiera tenido lugar «30 o 40 días antes del examen», no 18 días antes. Ello, máxime si se toma en consideración que los

menores de edad que fueron víctimas relataron reiterada y consistentemente los hechos que sufrieron, y que el contenido de sus declaraciones fue considerado creíble por los profesionales que los abordaron quienes, además, constataron un claro correlato emocional con la entidad de los hechos que éstos describían.

Debe tenerse presente que esta Sala ha afirmado que, ante casos de ataques sexuales a niños o niñas, no resulta necesario acreditar con precisión la fecha exacta de cada uno de los abusos sexuales cometidos.

De hecho, **la indeterminación propia del específico momento de las agresiones** contra la integridad sexual en autos no sólo se explican por el específico modo de comisión de estos hechos –esto es, por adultos del entorno familiar, en un ámbito doméstico de confianza–, sino también por lo traumático de la vivencia, lo cual distorsiona el recuerdo y relato de las circunstancias en las que se llevaron a cabo los hechos.

No puede exigírsele a víctimas que se encuentra en una situación como la descrita que recuerden con máxima precisión la fecha de cada uno de los episodios que dieron lugar a los abusos (ver, al respecto, **«Riedberger Galdame»**).

De tal manera, al momento de la determinación del momento de los hechos debe considerarse el perfil psicológico de niño o niña, su edad, su capacidad de situarse en el tiempo y demás particularidades que puedan influir de algún modo en la precisión de su relato (ver, al respecto, **«Lorente» y «Sayd Carrizo»**).

4.2.- **Tampoco puede hacerse lugar al agravio que requiere que se valore como prueba de descargo la conducta procesal de los acusados, en función de que podrían haber evadido fácilmente el accionar de la justicia.**

El rechazo de este argumento se impone, puesto que el sometimiento al proceso es un deber que no puede atenuar la responsabilidad penal ni constituye un indicio de inocencia.

4.3.- **El tercer argumento de la defensa afirma que los abusos tuvieron lugar en el contexto familiar de la madre de los niños.**

Esta tesis se asienta en la crítica a la sentencia en punto a la **temporalidad del abuso sexual** con acceso carnal que produjo lesiones en C.T. –de la que he dado cuenta en el apartado 4.1– y en el hecho de que en la casa de la madre de los niños se realizaban eventos en los cuales muchos adultos se cambiaban de ropa, lo que podría haber generado un contexto idóneo para que ocurrieran los abusos. Este argumento no puede motivar la anulación de la sentencia, como pretende la defensa.

En primer lugar, porque no se ha ocupado de exhibir vicios en la fundamentación de la sentencia, sino que solamente reitera la teoría del caso de la defensa.

En segundo orden, porque no explica numerosas pruebas de cargo que apuntan a los acusados como los responsables de los hechos, principalmente las declaraciones de los niños, que fueron asertivos al mencionar por su nombre a cada uno de los acusados y establecer qué responsabilidad habían tenido.

Pero además, el agravio es improcedente porque se asienta en una premisa falsamente construida, consistente en afirmar que «porque en un domicilio se cambien de ropa personas adultas, es probable que allí se cometan abusos sexuales».

Desvinculada de cualquier otro apoyo probatorio, esta premisa nada aporta para solidificar la teoría del caso de la defensa, máxime en la medida en que tales eventos se vinculaban a la explotación comercial de la madre de las víctimas –esto es, la organización de fiestas infantiles–, y que no se demostró –ni existen motivos para suponerlo– que las personas adultas se cambiaran de ropa en presencia de los niños.

El hecho de que la actual pareja de la madre de los niños C.T. y F.R. haya sido estudiante de psicología hasta tercer año –circunstancia que alega la defensa–, nada dice respecto a que podrían haber sido influenciados para modificar identidad de los abusadores y sindicar a los acusados.

Ello, más aún si se tienen en consideración las numerosas intervenciones profesionales que afirmaron que los relatos de los niños lucían creíbles y no presentaban signos de fabulación o manipulación adulta.

Algo similar ocurre con el hecho, alegado por la defensa, de que la madre de los niños cultivase plantas de marihuana en su casa.

Este argumento, no vinculado argumentativamente con los abusos, no resulta idóneo para cuestionar la argumentación realizada por el juez interviniente.

4.4. y 4.5- Los agravios relativos a la falta de mérito del informe del CAI de fs. 83 y 364 elaborados en el marco de actuaciones del fuero de familia tampoco pueden ser recibidos.

Ello, en función de que la profesional que elaboró los informes en cuestión, la Lic. Pilar Alejandra Campana García, fue citada a declarar en el debate, testimonio que fue valorado en la sentencia –ver, fundamentos, p. 19/20–. Respecto de su declaración, el juez resaltó que, aunque no podía afirmar si lo que los niños decían era o no cierto, sí consideró que «[...] es raro que un niño verbalice una situación de abuso sexual, porque se le ocurrió o lo fantaseó. Hay que creerle al niño [...]».

Y, contrariamente a lo que afirma la defensa, el juez sí atribuyó mérito a esta prueba cuando afirmó que «[...] en definitiva, se trató de un testimonio sin valor convictivo, la profesional no recordaba casi nada del caso concreto, debió acudir a sus apuntes y pese a ello su aporte tampoco fue valioso en términos probatorios [...]» –v. fundamentos, p. 19–. De tal manera, estos dos agravios tampoco resultan procedentes.

4.6.- Falta de mérito de exámenes de Lic. Mathus y Squilario

El sexto agravio se vincula con la falta de mérito de los exámenes realizadas por las Lic. Mathus y Squilario sobre la falta de rasgos en la personalidad de los acusados que indicasen desajustes o trastornos en el plano sexual. El argumento no puede ser acogido, puesto no es necesario demostrar desajustes o trastornos en el plano sexual para tener por acreditado el hecho.

El punto de partida implicado en este agravio asume erróneamente concepciones discriminatorias que no pueden ser convalidadas en esta instancia.

Abusar sexualmente de una persona menor de edad no necesariamente es resultado de una condición médica o una enfermedad, ni la pedofilia es algo susceptible de ser «detectado» ineludiblemente mediante un examen psíquico.

Para tener por acreditados los hechos en cuestión, tampoco se requiere que un examen demuestre un perfil con trastornos psicológicos o psiquiátricos, ni ello es necesario para fundamentar una condena por abuso sexual a una persona menor de edad.

Nuestro sistema de responsabilización penal se basa en el principio de responsabilidad por el acto o hecho, y no requiere construcciones sobre la personalidad, gustos, carácter, antecedentes, orientación sexual, ni preferencias del autor, lo cual es propio de un derecho penal de autor asociado a criterios peligrosistas antes que al principio de culpabilidad. En definitiva, el agravio debe ser rechazado puesto que no es necesario acreditar los extremos que invoca la recurrente para tener por probados los hechos que se atribuyen a los acusados.

4.7.- Examen psicológico de fs. 785

La defensa en séptimo orden repasa el examen psicológico de fs. 785, que detectó que indicadores de abuso sexual intrafamiliar, violencia psicológica y física mientras sus padres estaban en pareja, y –resalta la defensa– encontró falta de confianza en el menor de edad evaluado respecto de los adultos que debían cumplir un rol protector, carencia que debía asociarse a su madre y no al padre acusado.

Este agravio no puede ser acogido en la medida en que no constituye una crítica contra la sentencia condenatoria pronunciada en autos. Involucra, antes bien, una lectura de la defensa de la prueba que privilegia aquellos extremos que pueden colocar el centro de la responsabilidad en una persona distinta a la de alguno de los acusados –en particular, el padre de C.T.–, más de ningún modo logra instalarse como una prueba de descargo que haya sido erróneamente valorada en la sentencia. Máxime cuando la pericia comienza reconociendo la existencia de abusos sexuales intrafamiliares.

Se trata, como afirma el señor Procurador General en su dictamen, de un intento de aislar pruebas para inducir un estado convictivo más débil, que no logra su cometido en la medida en que se contraste con un análisis íntegro del sólido plexo probatorio sobre el que el juez motivó la acreditación de los hechos.

4.8.- Informe psicológico de fs. 680

Lo mismo ocurre con el octavo agravio, que plantea una situación similar en relación con el informe psicológico de fs. 680 realizado por la Lic. Fusari, que alude a indicadores de fabulación en el relato de C.T., aunque no detecta fabulación en relación con los abusos sexuales, lo que podía responder a la cantidad de acciones que describió haber sufrido de la familia T., o a un proceso psicológico.

Al igual que ocurre en el caso anterior, esta argumentación no logra concretarse en un agravio causado por la sentencia en la medida en que la prueba en cuestión no desvincula a los acusados de los hechos, sino que solamente marca algunos puntos de discrepancia de una de las numerosas profesionales que intervino junto con otros colegas.

Discrepancia que, debo destacar, además de ser minoritaria no conmueve la valoración que surge del análisis conjunto de la prueba, tal como señalé en el apartado anterior.

4.9.- Valor convictivo de testimonios

En cuanto al agravio que cuestiona el valor convictivo de los testimonios de los Lic. Izura, Cibels Carrizo y Hernández, debo señalar que el cuestionamiento tampoco logra conmover la solidez de la sentencia condenatoria. En relación con Izura, la defensa afirma que éste solo parcialmente presenció la Cámara Gesell realizada.

Sin embargo, no explica por qué esto condicionaría los puntos respecto de los cuales prestó declaración, ni cómo ello perjudicaría la teoría del caso de la defensa.

Y en relación con las Lic. Cibels Carrizo y Lorena Hernández, la defensa cuestiona su imparcialidad puesto que trataron privadamente a los niños, aunque tampoco indica en qué modo esto perjudicó a la defensa, ni en qué puntos de lo referido por estos profesionales discrepan con los peritos de control aportados por la defensa.

4.10.- Material pornográfico

El décimo agravio cuestiona que se haya valorado como prueba de cargo la **existencia de material pornográfico hallado en dispositivos electrónicos** en la vivienda de los acusados.

Afirma que no estaban en el mismo lugar donde los niños dijeron que había sido reproducido, sino en laptops o computadoras ubicadas en otro sitio; y que, además, fue adjudicado por los acusados al consumo privado de L. T..

El agravio, sin embargo, es improcedente.

En primer lugar, puesto que no es necesario que el material en cuestión sea hallado en el mismo lugar donde los niños dijeron haber sido expuestos a él, si se considera que estaba alojado en dispositivos electrónicos de fácil traslado. En segundo orden, porque que uno de los acusados hiciera consumo de aquel material de manera personal no obsta a que se hubiera expuesto a los niños, tal como refirieran. En definitiva, este agravio –que apunta contra un extremo que ha sido valorado como un indicio cargoso por parte del juez, dentro de un entramado probatorio mayor y más complejo– no constituye una crítica sólida contra la sentencia, tal que pueda motivar su anulación.

4.11.-

Por último, la defensa cuestiona la decisión de la instancia previa de absolver a M. T. T., lo que considera una muestra de que la valoración de la prueba fue global y no respondió a la intervención concreta de cada acusado en los hechos.

El agravio ha de ser desestimado en la medida en que parece no tomar en consideración las explicaciones que el juez brindó en la sentencia para los extremos en cuestión.

En efecto, es posible advertir que M. T. T. fue absuelta por el juez por considerar que su señalamiento por parte de los niños fue vago y débil, con generalidad discursiva y falta de correlato en la labor profesional previa y posterior, así como falta de acompañamiento en prueba indiciaria –ver, fundamentos, p. 27–.

Debe señalarse que esa decisión no fue recurrida por la acusación pública. Con ello contrasta la intervención de cada uno de los restantes acusados, que fue valorada progresivamente a lo largo de toda la valoración probatoria desarrollada por el juez –sin que corresponda en esta oportunidad transcribir cada segmento–.

También se trató independientemente para cada acusado el cuadro probatorio, vinculado a cada uno de los elementos típicos de cada delito atribuido. Incluso, se justificaron así ciertas restricciones a la acusación (a modo ejemplificativo, puede tenerse presente la no condena de L. A. F. T. por el delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por el beneficio de la duda) –ver, fundamentos, p. 28–. De manera tal que el agravio debe ser desestimado.

4.12.- Conclusión

Por las razones expuestas, y en opinión concordante con el señor Procurador General, considero que debe responderse de manera negativa la primera cuestión planteada. En consecuencia, debe desestimarse el recurso de casación planteado en autos por la defensa y confirmarse la sentencia n° 1.969 pronunciada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial en estos autos n° P-18.755/19. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Comparto los fundamentos por los cuales mi colega preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa del acusado. En cuanto a las consideraciones realizadas en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos donde las víctimas presentan una situación de mayor vulnerabilidad por motivo de la edad me remito, en lo pertinente, a lo que ya he referido en numerosos pronunciamientos (ver «González Pringles», «Concha, Jesús», «Garrido Olivares», «Paz Parra», «Buenanueva Avallay» y, más

recientemente, «Vargas Riquelmes», «González Sosa» y «Scifo Ruffini», «Agüero Pérez» y «Martínez Fernández», entre otros). ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación deducido por la defensa de P. G. T., L. F. T., S. S. L. J. y L. A. F. T..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro.

29- VALSECCHI VARGAS. 16-10-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	Padre	NNA	-	PCC	-	-	A	-	-	-	-	-	N	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=933>

Lex: 119, 1° párrafo en función con el 5° párrafo, 4° párrafo inc. b del CP. Art. 474 y 477 CPP.

Vox: VG. NNA. ASI. Abuso sexual simple. Vínculo. Cambio de calificación legal por el juez de instancia anterior. Querellante particular. Impugnabilidad subjetiva. Inadmisibilidad formal. Nulidad del debate.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **tres años de prisión de ejecución condicional** por encontrárselo autor penalmente responsable del delito abuso sexual simple agravado por el vínculo (art. 119 primer párrafo en función con el último párrafo, inc. b del CP). La víctima tenía 3 años de edad. El SA es su progenitor.

Interpusieron recurso de casación:

- a- El **MPF**. Solicita se haga lugar al recurso impetrado, se case en forma directa la resolución impugnada **modificando la calificación legal, así como que se fije un nuevo monto de pena** en relación al acusado. (Art. 474 inc. 1 CPP).
- b- La parte **querellante particular**. solicita se haga lugar al recurso impetrado, se case la resolución impugnada, se modifique la calificación legal y se lo condene a la pena oportunamente solicitada de diez años. (Art. 474 inc. 1 CPP).
- c- **La defensa**. Solicita la anulación del debate y la absolución del acusado, en tanto entiende – liminarmente e invocando la doctrina de la arbitrariedad– que el fallo contiene fundamentación aparente al alterar el contenido y significación de las pruebas y omitir considerar prueba dirimente.

El Procurador General:

- a. Mantiene el recurso interpuesto por la Fiscalía
- b. Se pronuncia por **inadmisibilidad formal del recurso** de la parte querellante, con cita de precedentes de esta Sala, «**Sánchez, Fernando**», «**Yaciófano**», «**Cruz Juárez**».
- c. Estima que no corresponde hacer lugar desde lo sustancia al recurso de la defensa.

La SCJM **admitió los recursos de casación** interpuestos por la defensa del acusado y por el representante del Ministerio Público Fiscal y en consecuencia, resolvió **anular el debate**, la sentencia N° 1.028 y sus fundamentos y remitir las actuaciones a la OGAP de dicho Tribunal a fin de que determine el juez que ha de realizar el nuevo debate y emitir un nuevo pronunciamiento. Desestimó formalmente el recurso de casación deducido por la parte querellante.

Resolución cuestionada: Sentencia n°.1028 (26-11-19). TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados:

a-SCJM

I- **Respecto de testigo único** el MPF cita el precedente:

«**Palorma Palma**».

Los abusos sexuales cometidos por miembros de las **fuerzas de seguridad**, sea como resultado de una práctica concebida desde el Estado o como resultado de la omisión de éste de prevenir la consumación de este crimen, constituyen una violación a los derechos humanos de las víctimas, particularmente el derecho a la integridad física y mental.

Expte.: 108457 - FISCAL C/PALORMA PALMA, OSVALDO F. Y GRECO ROMANO, JOSE E. POR ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE UN HECHO EN C.R. C/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL S/CASACION

Fecha: 20/11/2013 – SENTENCIA. Tribunal: SUPREMA CORTE - SALA N° 2. Magistrado/s: BOHM - ADARO – NANCLARES. Ubicación: LS460-196. Fuente.: Oficina de Jurisprudencia.

II- Inadmisibilidad formal del recurso del querellante particular

- «Silva Macagno» y «Arzuza»

III- Sobre la calificación. Abuso sexual gravemente ultrajante.

- «Roncaglione»01-07-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=357>
- «Díaz Bustos»28-11-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=238>
- «Villegas Giménez» 18-06-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=145>
- «Espinoza Olguin»

Precedentes relacionados

INADMISIBILIDAD FORMAL DEL RECURSO DEL QUERELLANTE PARTICULAR:

- GRAIN y ot. 23-05-22. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=836>

SCJM. Dres.: **Valerio**. Llorente. Adaro (Licencia).

Fallo.

CUIJ: 13-05085141-3/1((018601-128420)) FC/ VALSECCHI VARGAS LUCAS DANIEL. P/ ABUSO SEXUAL GRAVAMENTE ULTRAJANTE AGRAVADO (128420) (2945) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105252362*

En Mendoza, a días los seis días del mes de octubre del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 05085141-3/1 caratulada “F. C/V. V., L. D. P/ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE AGRAVADO S/CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. PEDRO J. LLORENTE y tercero, el DR. MARIO D. ADARO.

A fs. 722/725 obra recurso extraordinario de casación interpuesto por el Sr. Fiscal Jefe de la Unidad Fiscal de Delitos contra la integridad sexual contra la Sentencia N° 1.028 de fecha 26 de noviembre de 2019 del Tribunal Penal Colegiado N° 1 del Primera Circunscripción Judicial por el que se condena a L. D. V. V. a la pena de tres años de prisión de ejecución condicional por encontrárselo autor penalmente responsable del delito abuso sexual simple agravado por el vínculo (art. 119 primer párrafo en función con el último párrafo, inc. b del CP).

Del mismo modo a fs. 726/733 hace lo propio el representante de la querrela particular y a fs. 734/760, la defensa del acusado.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Son procedentes los recursos interpuestos?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El tribunal impugnado, en sala unipersonal, resolvió del modo precedentemente señalado por considerar acreditado el hecho contenido en la acusación fiscal de los Autos N° P-128.420/15, esto es que «[...] en fecha no determinada pero aproximadamente en el mes de Noviembre de **2015**, en la vivienda ubicada en calle ... de Ciudad de Mendoza, L. D. V. V., **introdujo sus dedos en la vagina y el ano de su hija** L.G.V.F. de 3 años de edad».

Para así decidir el Tribunal de sentencia valoró las declaraciones prestadas en audiencia de debate por: a) M. G.; b) P. F.; c) F. R.; d) E. L. D. P.; e) F. R.; f) N. F.; g) J. M.; h) A. R.; i) S. M. G.; j) P. E. Á.; k) A. M. O.; l) R. M. E. V. y ll) D. F. V.; así como la declaración en Cámara Gesell de la menor L.G.V.F.; la declaración de R. M. S., las declaraciones del acusado en ejercicio de su derecho de defensa material y el resto de los elementos de prueba válidamente incorporados.

Si bien la jueza de la anterior instancia entendió acreditada tanto la materialidad del hecho como la autoría del acusado, **modificó la calificación legal requerida por la acusación por la de abuso sexual simple agravado.**

En este sentido, sostuvo que la calificación legal originaria **no fue suficientemente fundada por las partes acusadoras** y que, al existir dudas acerca de dicha figura, se debía favorecer al acusado.

A su vez, y al analizar la figura legal requerida por la acusación, descartó la concurrencia tanto del tipo objetivo como subjetivo de dicha figura.

Así, y en lo pertinente, resolvió condenar al acusado L. D. V. V. por el hecho calificado como abuso sexual simple agravado por el vínculo (art. 119 primer párrafo en función con el último párrafo inc. b) del CP) a la pena de tres años de prisión en suspenso e imposición de reglas de conducta por el mismo lapso.

2.- Los recursos de casación interpuestos por el Ministerio Público Fiscal y por la defensa

2.a.- Recurso de casación del Ministerio Público Fiscal

El Fiscal Jefe de la Unidad Fiscal de Delitos contra la integridad sexual formula recurso de casación contra la sentencia arriba individualizada, luego de justificar su procedencia formal, entiende que el motivo de agravio se circunscribe al supuesto del art. 474, inc. 1 del CPP, al existir una desajustada interpretación de la figura del párrafo segundo del art. 119 –abuso sexual gravemente ultrajante– trasladando la figura al abuso sexual simple.

Sostiene que los hechos claramente encuadran en aquella figura en la redacción de la **ley 25.087** del año 1999, cita doctrina y afirma que de la misma posición lo son tanto la Fiscalía, el querellante y la Asesora de Menores.

Afirma que antes de la última reforma al Código Penal por la **ley 27.352 (2017)**, **la doctrina era prácticamente unánime en cuanto a que la introducción de los dedos en la vagina –como es el caso– no se trata de un tocamiento simple sino del tipo intermedio del abuso sexual gravemente ultrajante**, circunstancia que entiende **se estimó acreditada** independientemente de la inexistencia de examen físico. Cita un fallo del Tribunal Penal Colegiado N° 2 reciente e invocado en los alegatos.

Agrega que la **defensa no objetó la calificación legal sino la materialidad de los hechos y entiende que el fallo afecta gravemente los derechos de la menor** doblemente, por ser menor y por ser mujer, citando jurisprudencia de esta Sala.

En suma, solicita se haga lugar al recurso impetrado, se case en forma directa la resolución impugnada **modificando la calificación legal, así como que se fije un nuevo monto de pena** en relación al acusado.

2.b.- Recurso de la querrela particular

La querrela particular formula recurso de casación contra la sentencia arriba individualizada.

Entiende que el motivo de agravio se circunscribe al primer supuesto previsto por el art. 474 del CPP, al existir errónea aplicación de la ley sustantiva, afirmando que existe un discrecional y arbitrario cambio de calificación legal de los hechos que se dan por acreditados.

Entiende que la sentenciante da por acreditados los hechos, pero su discrepancia sólo se relaciona a un tema de encuadre legal.

Refiere que la posición de la jueza al respecto se trata de su opinión personal y no de una postura doctrinaria y jurisprudencial. Sostiene que no existen dudas de que la voluntad de la niña fue reemplazada por V. haciendo prevalecer su deseo sexual.

Refiere la forma en que los hechos se llevaron a cabo, el daño psíquico y emocional que la niña ha sufrido, a cuyo efecto cita los testimonios rendidos en debate en cuanto a los efectos que le hecho le habría producido.

De tal manera, entiende completos tanto el tipo objetivo como el tipo subjetivo.

Cita jurisprudencia local y nacional así como doctrina nacional.

En suma, solicita se haga lugar al recurso impetrado, se case la resolución impugnada, se modifique la calificación legal y se lo condene a la pena oportunamente solicitada de diez años.

Hace reserva de caso federal.

2.c.- Recurso de la defensa del acusado

La defensa al articular el recurso de casación solicita **la anulación del debate y la absolución del acusado**, en tanto entiende –liminariamente e invocando la doctrina de la arbitrariedad– que el fallo contiene fundamentación aparente al alterar el contenido y significación de las pruebas y omitir considerar prueba dirimente.

Ello en mérito a las previsiones del art. 472, inc. 2 del CPP por cuanto la resolución incurre **en vicios in procedendo**. Justifica la procedencia formal y sustancial, analiza los agravios y refiere que la sentencia contiene motivación aparente y es nula de conformidad al art. 416 del CPP, y, con cita de doctrina, sostiene que la motivación para ser lógica debe responder a las leyes del recto entendimiento humano: ser coherente, congruente, inequívoca, derivada y adecuada.

Considera que la jueza no ha integrado debidamente los testimonios de J. M. y P. F.; de ésta con la menor y los de M. con las Psicólogas G., R. y R.. Por su parte, realiza consideraciones en relación con el carácter dirimente de la falta de examen físico de la menor, que hubiera colaborado a la negación o afirmación del hecho.

Refiere que omite la **consideración de la inexistencia de rasgos de perversión o pedofilia del acusado** señalado por los profesionales de organismos oficiales y transcribe parte de las declaraciones con el mismo objetivo. Así de la Lic. G.; de la madre de la menor; de la Lic. R.; de E. D. P.; de F. R.; de N. F.; R. F.; de J. M.; la Lic. R.; la Lic. S. M. G.; P. A.; A. O.; R. V. y D. V., para volver a afirmar que la sentencia hubiera sido absolutoria si dichos testimonios hubieran sido integrados.

Entienden que el vicio de arbitrariedad se plasma en **la asignación del carácter de verdad absoluta al testimonio único en Cámara Gesell de la niña**, testimonio controvertido por el acusado y omitido de valorar con el resto del plexo probatorio, no salvado con citas jurisprudenciales. Puntualiza que los testigos no vieron lesionada ni con rasgos de violencia física a la menor.

Critica la afirmación acerca del testimonio en Cámara Gesell, lo descontextualiza y lo juzga de mera convicción debido a **la inexistencia de correlato emocional** señalado por la Lic. G.; que no se refiere respecto del dolor para lo que entiende necesario el examen físico, dirimente para la existencia del hecho y reitera la mención de la sangre realizada por la madre.

Reseña la falta de contrastación de ello con lo señalado por M. –en relación que el médico dijo que la niña no tenía nada– y lo señalado por la encargada del Jardín maternal P. A. –esto es, que la niña fue llevada al médico y podía tener infección urinaria–. Para concluir sobre el testimonio de la niña entiende que el mismo fue controvertido por el imputado, careció de correlato emocional tal como lo señaló la Lic. G., **omitió realizar un análisis riguroso en orden al dolor que la menor dice haber sentido y del que no se efectuó examen físico alguno**.

Aduce que éste es dirimente para la existencia del hecho, más cuando la madre relata que la niña le refirió la existencia de sangre en la vagina.

Cuestiona que, frente a **estas falencias probatorias y una errónea investigación penal preparatoria**, la jueza ensayara una metodología –errónea– **de validación única del testimonio de la menor** que no reúne los parámetros del autor que al efecto cita, pues es increíble subjetivamente y está desvirtuada por pruebas periféricas. Por lo que, afirma, la **existencia de incriminación inducida**.

Entiende arbitrario y de puro voluntarismo, en orden a lo señalado por E. D. P., que la menor presentara a partir de los tres años un cambio conductual en su casa y en el jardín que asistía por cuanto pudo deberse a otros factores, como el cambio de pareja de su madre; mutilando también el testimonio de P. A. y omitiendo valorar, asimismo, las múltiples versiones de la propia menor sobre hechos que detalla (los

golpes sufridos, el tema del pozo, el pretender tirarla del auto, llevarla a un viejito, lesiones nunca constatadas ni vistas por nadie, sangrado en zona vaginal), lo que juzga falso a tenor a los dichos de J. M.. A juicio del recurrente estos relatos resultan fantásticos e increíbles.

En relación con la verosimilitud por constataciones periféricas objetivas de la declaración de la niña, la defensa refiere que la jueza la tiene configurada, en razón del informe del EPAASI, por la falta de indicios compatibles con fabulación o mitomanía.

Esto, a su criterio, es una inferencia ilógica cuanto el mismo informe refiere inexistencia de indicadores clínicos compatibles con daño a la salud, presentando un único indicador indirecto –conductas masturbatorias– que provienen de los dichos de la madre.

Así cuestiona que se le otorgue un carácter validatorio cuando ese mismo informe refiere que la menor no da relato alguno, ni refiere abuso ni indicador de éste. También entiende que el testimonio de la Lic. G. ha sido mutilado y tergiversado en su significación.

Transcribe pasajes de su declaración cuando dice que la menor no le refirió ser abusada, que no tenía indicadores fehacientes de abuso sexual infantil, ni relato ni dibujos contundentes, sino simplemente una situación que a ella no le refirió.

La defensa entiende que esas explicaciones que han sido descartadas sin argumentación alguna por parte de la jueza y que hacen ver **una «maquinación de la progenitora»**, entendiendo que la separación conflictiva de esta última con el acusado y la ausencia del padre pueden configurar dicha situación traumática, siendo la Lic. G. categórica en cuanto a que no presenta indicadores de abuso sexual infantil. Luego critica la valoración de la declaración de R..

Destaca que **es la psicóloga elegida por la madre**. Transcribe pasajes de su declaración de la que surge menciones a dibujos no realizados en su presencia, así como también que indicadores que pueden darse en otro tipo de situaciones –separación conflictiva de los padres por caso–, sin poder afirmar categóricamente que la niña haya sido abusada y la implantación de recuerdos y los golpes referidos, pero no constatados.

Razona que si se contrapone dicho testimonio con el de J. M. que dijo que la madre llevó a la niña llevó al médico y no tenía nada y el de la maestra que refirió la existencia de una posible infección urinaria, debió concluirse que el hecho no existió, pues ninguna prueba es unívoca.

Contrapone la declaración del Dr. H. incorporada por lectura, en cuanto a que **a una niña de esa edad no se le pueden implantar recuerdos**, con lo señalado en contrario por la Lic. R., ambas declaraciones citadas como fuente de convencimiento por la jueza y agrega que el primero refiere que, para ello, es necesario que haya una persona que construya ese recuerdo, lo que se verifica pues es la madre es quien tiene a su exclusivo y excluyente cuidado 24 horas a la menor.

Se detiene en distintas fechas, un acta de desgrabación de audio del 21/09/2017, la denuncia del abuso del 24/11/2015 y un primer video desgrabado el 10/05/2015, para cuestionar que una madre que conoce que su hija es abusada con daño físico por sangrado en mayo, espera a noviembre para hacer la denuncia y no la lleva al médico. Además, que olvida aportar dichas pruebas y lo hace recién en el 2017 a través de un acta notarial.

Afirma que éstas han sido fraguadas y que, en su caso, hubo participación de la madre en dicho abuso en tanto, sabiendo que el padre abusaba de la menor, la siguió llevando a las visitas hasta el mes de noviembre.

Agregan que la jueza descontextualizó lo señalado por H. –que la niña no agrega nada en su relato– al acompañar grabación de la madre y de los abuelos maternos de una supuesta manifestación espontánea

donde se advierte claramente que la menor es guiada respecto de lo que tiene que decir, agregando numerosos hechos: de un supuesto tocamiento se transforma en muchos; se agregan encierros en un pozo con telarañas; llevarla con una persona de edad mayor que le hace lo mismo que el padre; que sangró por la vagina a consecuencia de los tocamientos; que —el padre— le sacaba el cinturón del auto y la quería arrojar, que la amenazaba con un arma.

Así, afirman que, si H. hubiera estado en el debate, hubiera afirmado que se estaba frente a un relato o recuerdo implantado. Sin embargo, la sentenciante justifica ello con cita de jurisprudencia, lo que no implica un bill de indemnidad ni un permiso para abdicar la tarea del juez, tomando para la condena aquello que convenía a su designio y omitiendo valorar otras constancias de las mismas pruebas que cita en su apoyo, por lo que ha incurrido en arbitrariedad conclusiva.

De tal manera, sostiene que el relato de la menor no es creíble porque los elementos periféricos lo desacreditan y afirma que se está frente a un recuerdo implantado por la progenitora, aclarando que ello se dice luego de explicar y analizar la totalidad del material convictivo.

En cuanto al tercer requisito en orden a verificar la credibilidad —persistencia en la incriminación, carencia de ambigüedades y de contradicciones— de la niña, la defensa sostiene que sufre el mismo análisis sesgado, mutilado y arbitrario.

La menor ha ido agregando detalles al supuesto abuso que ya han sido desarrolladas. Los dichos se han modificado en el tiempo y tiene **ambigüedades y contradicciones** propias de quien ha sido inducido a un relato falso, con los mismos intérpretes y fuentes de conocimiento —la madre y sus abuelos maternos—. Cuestiona a la sentenciante al utilizar elementos nimios respecto de la prueba de descargo. Así con E. D. P., su maestra de jardín, a quien la contrapone con el valor que da a lo manifestado por la encargada P. A., de menor relación con aquella, incurriendo en arbitrariedad.

Lo propio hace con los padres del acusado y la empleada del domicilio, basada solo en su íntima convicción.

Finalmente, refiere que la jueza le quitó relevancia al examen físico, aseverando que aun con ése debió ser analizado junto al resto del material probatorio, cuando se entiende que es un elemento de prueba insoslayable para demostrar o no la existencia del rastro físico y verificar la hipótesis del acusado.

La jueza asegura que la madre no llevó a revisar a su hija por protección, por lo señalado por el pediatra y a la espera de orden de la Fiscalía. Asegura la defensa que dicha aseveración es falaz, sólo en apoyo de la condena y absurda porque la llevó y le dijeron que la niña no tenía nada.

Esto resulta contrario a la experiencia común para una madre frente al relato de su hija abusada, que se potencia cuando la jueza refiere que F. era ajena a este ámbito judicial y pudo pensar que no era necesario hacerlo, ello también para justificar su condena.

Agrega que la jueza, omite esta deficiencia probatoria, a su criterio dirimente pues coloca al acusado en estado de indefensión absoluto, contraponiendo los dichos de la menor con la declaración del imputado y se lo imposibilita probar su inocencia.

Cita en apoyo de lo **argumentado un fallo de la Cámara de Casación Penal de Buenos Aires** con transcripción de algunos de sus fundamentos.

En definitiva, la defensa sostiene que en el caso no hay rastro físico del supuesto abuso, que la prueba de los especialistas es ambigua, y hasta contradictoria, que la jueza ha omitido su rol de perito de peritos, que la niña ha estado sujeta a meses de psicoterapia antes de develar lo sucedido ante una psicóloga — que da por cierto el abuso a partir de los dichos de la madre—, lo que no permite determinar si la niña miente o fabula cuando se le han implantado recuerdos.

De tal manera, alegan la inconstitucionalidad de la sentencia por arbitrariedad, violación de normas procesales –la inviolabilidad de la defensa en juicio, la doble instancia y el debido proceso legal– con cita de normativa internacional, solicitando se dicte fallo absolutorio y, subsidiariamente, la oportuna remisión de los autos. Hace reserva de caso federal.

3.- El dictamen del Procurador General

El Procurador General a fs. 772 **mantiene el recurso de casación articulado por la Jefatura de la Unidad Fiscal de Delitos contra la integridad sexual y contesta la vista conferida** a fs. 795/797.

Luego de resumir la postura de la defensa y la de las partes acusadoras, se expide en primer lugar por la inadmisibilidad formal del recurso articulado por el querellante particular, a cuyo efecto cita fallos de este Tribunal («Sánchez», «Yaciófano», «Cruz Juárez»).

En cuanto a los restantes, entiende que corresponde su admisión formal con diversa suerte en lo sustancial.

Los argumentos del Fiscal Jefe en cuanto a la procedencia de **la calificación originaria –abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo– exponen con claridad, a su criterio, la arbitrariedad en la que incurre la sentenciante en cuanto a la calificación legal** haciendo un detalle pormenorizado de todas las pruebas que acreditan la autoría del acusado.

En cuanto al recurso articulado por la **defensa** afirma que en diversas causas se ha referido la validez del testigo único a cuyo efecto cita jurisprudencia de esta Sala («Palorma Palma»), añadiendo que los dichos de la menor en Cámara Gesell resultan corroborados con los demás elementos probatorios colectados en la instrucción como en el debate.

Del mismo modo, que fue el propio fiscal quien refirió los indicadores de credibilidad de la víctima y deslindó el problema de los padres, como pareja, de lo referido por la menor y las consecuencias que ésta presentaba.

En cuanto a la falta de examen físico, entiende que ha sido explicado por los profesionales la razón de su falta de realización –el extenso lapso de tiempo entre el hecho y la denuncia que impedirían advertir la existencia de rastros físicos–, pero asevera que ello no resta credibilidad al relato, afirmado por las declaraciones de los especialistas, así como la **falta de influencia materna**, corroborados por testigos objetivos ajenos al hecho.

De acuerdo con lo expuesto, peticona se haga lugar al recurso de casación impetrado por el Ministerio Público y se rechace el articulado por la defensa del imputado.

4.- Audiencia de informe oral del recurso

Al momento de informar oralmente el recurso interpuesto por el Ministerio Público Fiscal el Fiscal Adjunto fundamentó los motivos por los cuales se cuestiona la sentencia recaída en autos y, luego de analizar la prueba rendida y a su juicio correctamente valorada por la sentenciante en cuanto a la existencia del hecho y la autoría del acusado, argumentó respecto de la calificación legal a la que consideró equivocada, con cita en abundante doctrina y jurisprudencia, razón por la que petitionó se case la sentencia. Respecto del recurso de la defensa solicitó el rechazo del mismo al considerar que realizó un análisis compartimentado de la prueba rendida poniendo énfasis en la falta de realización del examen físico, único modo de solicitar la absolución de su representado. A su turno, el letrado representante de la querrela particular, a más de adherir a los fundamentos del Ministerio Público Fiscal, fundamentó los motivos por los cuales solicitó el rechazo del recurso de casación formulado por la defensa y la admisión del interpuesto por su parte, cuestionando nuevamente el cambio de calificación legal y deteniéndose

respecto de la existencia de daño psíquico respecto de la menor. Solicitó por último se case la sentencia, se modifique la calificación legal y se condene en función de ello.

5.- La solución del caso.

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Por diversas razones considero que los recursos articulados van a seguir suerte diversa.

Así corresponde hacer lugar al recurso de casación formulado por el representante del Ministerio Público así como el recurso articulado por la defensa del acusado y rechazar el incoado por el representante de la querrela particular.

Vale aclarar, que el núcleo del reclamo del Ministerio Público Fiscal y, por ende del análisis en este caso, debe circunscribirse a la pretendida errónea aplicación de la ley sustantiva (art. 474 inc. 1 del CPP).

Mientras que, en el caso de la defensa, el mismo se traduce en la arbitrariedad de la sentencia por errónea valoración de la prueba rendida (art. 474 inc. 2 del CPP). De acuerdo con ello, debe adelantarse que la resolución impugnada ostenta los vicios, que en diversos sentidos, le atribuyen tanto la defensa, como el Ministerio Público Fiscal. Ello por cuanto y, por un lado, tal como advierte la defensa, no se han valorado debidamente los elementos de prueba obrantes en la causa. Por otro lado, y tal como afirma el representante del Ministerio Público Fiscal, aun soslayando el vicio señalado en la ponderación de los elementos de convicción, lo cierto es que la calificación en la que se han encuadrado los hechos no resulta correcta.

Dicho en otras palabras, la resolución cuestionada adolece de vicios in procedendo relacionados en la valoración de la prueba y de vicios in iudicando respecto de aplicación del derecho sustancial al caso. Tal circunstancia, como se explicará, amerita su anulación. Por ello ordenaré mi voto, en razón de los agravios articulados, de forma de dar tratamiento en primer lugar al recurso de la defensa, para luego dar tratamiento al del Ministerio Público Fiscal, previo realizar consideraciones acerca de la legitimación de los impugnantes para recurrir.

a.- Consideraciones sobre la legitimación de los recurrentes para impugnar la decisión cuestionada

En lo que concierne a los requisitos de **impugnabilidad subjetiva**, debe señalarse que el recurso de casación deducido por los representantes del Ministerio Público Fiscal reúne los recaudos procesales pertinentes, en tanto esa parte ostenta interés y tiene la facultad para interponerlo.

Ello de conformidad a lo establecido por los **arts. 476, inc. 4 y 475 del CPP**, en relación con la **impugnabilidad objetiva** de la decisión cuestionada.

Del mismo modo, cabe concluir respecto del recurso articulado por la defensa del acusado.

Ahora bien, no puede llegarse a la misma conclusión respecto del recurso interpuesto por el representante de la querellante particular.

En efecto, de acuerdo con lo dispuesto por el **art. 477 del CPP** aquella parte solo podrá impugnar las sentencias de **sobreseimiento** confirmadas por la Cámara de Apelaciones o dictadas por el tribunal de juicio y las sentencias **absolutorias** siempre que hubiere requerido la imposición de pena.

Es decir que su facultad de recurrir se halla condicionada, reservando el ejercicio de la totalidad de las facultades procesales correspondientes al ejercicio de la acción pública a su titular quien, en definitiva, también representa los intereses del querellante particular y ello, como ya ha tenido oportunidad de señalar este Tribunal, no aparece contrario a la normativa constitucional y convencional vigente (al respecto y entre otros, ver los precedentes «Cruz Juárez», «Silva Macagno» y «Arzuza»).

En mérito a ello y habiendo sido en el caso el acusado condenado **se impone el rechazo formal de la presentación del querellante particular** pues no obstante dicha parte **ostentar interés jurídico** con la interposición del recurso deducido, **no tienen la facultad legal para hacerlo**.

Por otra parte, y habiendo el Ministerio Público Fiscal ejercido dicha facultad recursiva y con ello garantizada la tutela judicial efectiva del interés de la querellante particular y resultando los agravios expresados por ésta coincidentes con los del acusador público, **no se advierte vulneración** alguna de los derechos de aquella parte en el proceso.

En definitiva, y en forma coincidente con lo dictaminado por el señor Procurador General, la resolución cuestionada **es objetivamente impugnabile por ser sentencia definitiva, pero subjetivamente sólo el Ministerio Público Fiscal y el acusado**, razón por la que entiendo que el querellante particular, en el caso concreto y por las razones antes señaladas, carece de legitimidad subjetiva para recurrir.

b. 1.- El recurso de casación de la defensa

De acuerdo a lo que se adelantó, entiendo que el recurso de la defensa debe prosperar por los motivos que desarrollaré seguidamente y, en consecuencia, esta es una de las razones por la que considero que corresponde la **anulación de la sentencia** impugnada.

Metodológicamente he de seguir el desarrollo de la jueza de la instancia anterior en la sentencia en cuanto al plexo probatorio utilizado para condena, en tanto los agravios de la defensa en su recurso, si bien siguen este mismo camino para argumentar el análisis crítico, pero en sentido opuesto, previamente aborda aquellas cuestiones que, a su criterio, no han sido consideradas.

En efecto, la crítica central de la defensa indica que **la jueza no valora de manera integral la prueba rendida**.

En particular, los testimonios de M. – pareja de la madre de la víctima–, F. –madre de la niña– y los de las psicólogas G., R. y R., así como la asignación de carácter no dirimente al examen físico de la niña con el informe psicológico elaborado por los profesionales del Cuerpo Médico Forense respecto de la inexistencia de rasgos de pedofilia o perversión en el acusado.

De la lectura de la sentencia surge que la sentenciante, para aseverar la existencia de la materialidad del hecho y a la autoría del acusado consideró como elemento esencial la declaración de la menor en Cámara Gesell, testimonio que analiza a la luz de la Convención internacional de los Derechos del Niño, la Convención de Belem Do Pará y las Reglas de Brasilia.

Ello, en tanto la víctima es un **sujeto especialmente vulnerable**, por su condición de menor especialmente y de mujer, añadiendo en su análisis el aumento de la vulnerabilidad que se acrecienta en este tipo de delitos cometidos por lo general en **ámbitos familiares y/o de intimidad, y por familiares cercanos**.

Para ello analizó en primer lugar **la credibilidad de dicho testimonio bajo el prisma de tres aspectos:**

1) incredibilidad subjetiva, para lo que se detuvo tanto en los testimonios de cargo –P. F. y J. M., quien fuera pareja de la primera–; N. F. y R. F., abuelos maternos de la niña; Lic. A. R. y P. A., como de descargo –del acusado; así como de R. V. y D. V., abuelos paternos de la niña; y A. M. O.;

2) verosimilitud o constataciones periféricas objetivas, aspecto fincado principalmente en el informe del EPAASI de fs. 25/26 y los testimonios de las psicólogas M. G., Lic. F. R. y Lic. A. R., además del de S. M. G., psicóloga de parte; a lo que sumó actuaciones rendidas en expedientes de familia venidos AEV y las declaraciones de las parejas de P. F. en distintas épocas, E. D. P. –maestra de la menor–; y,

3) persistencia en la incriminación por parte de la menor, trayendo a colación las manifestaciones de una de sus terapeutas, R. y lo señalado por la niña en la Cámara Gesell. De tal manera, la jueza dio cuenta del

contenido de todas estas declaraciones y destacó la información que consideró relevante para tener por acreditado el hecho y la autoría del acusado (véase para ello fundamentos, fs. 713/715).

La declaración de la niña en Cámara Gesell, cuyo desgrabado rola a fs. 237/239 y se reprodujo en el debate oral, fue valorado, transcribiendo incluso los expresos dichos de la menor que sintetizan los hechos en cuanto al modo y al tiempo en que éstos sucedieron (ver fundamentos de fs. 713, párrafo 3ro.).

Por su parte, la jueza consideró, a los efectos de tener por fortalecida la declaración de la menor, la existencia de elementos de corroboración periféricos. Principalmente el testimonio de la Lic. M. G., la Lic. F. R. y la Lic. A. R. (ver fundamentos fs. 713 vta., párrafo 5to. y 6to.)

Hizo lo propio respecto del testimonio de la Lic. A. R. y de la perito de parte, Lic. S. M. G., luego, ambas, de visualizar la Cámara Gesell en orden a la credibilidad del relato de la niña. Descartó valoración positiva de la última, dando, como razón, que era la única profesional en opinión contraria al resto en cuanto a la falta de correlato emocional en la menor y la importancia del examen físico. (ver fundamentos de fs. 714 y 714 vta.).

Ponderó, además, respecto de la materialidad del hecho, los testimonios de N. F. y R. F., abuelos maternos, a quienes la menor refiriera los hechos y la filmaran; el de la madre de la niña, P. F., que radicó la denuncia y del que también se escuchara video para considerar la persistencia de la menor en la incriminación, carencia de ambigüedades y contradicciones, expresiones concretas y específicas, no modificadas por el transcurso del tiempo y coherentes respecto de la connotación de los tocamientos y el modo de realización (ver fundamentos fs. 715).

Luego, el testimonio de J. M., pareja de la madre de la víctima hasta prácticamente la denuncia, de F. R., su pareja actual, la amiga de la madre R. M. S. y de la encargada del jardín de infantes a la que concurría ésta, P. A., para dar cuenta, también, de los cambios conductuales y descartar la ganancialidad de esos testimonios. E hizo lo contrario respecto de los testigos de cargo, los padres del acusado y empleada de la casa A. M. R. y la maestra E. D. P..

Ejes del recurso de la defensa:

La defensa plantea su recurso respecto de los siguientes ejes:

- 1)** falta de integración de los testimonios rendidos en el debate;
- 2)** falta de rasgos de perversión o pedofilia del imputado que surge del examen elaborado por el CMF;
- 3)** inexistencia de constatación o advertencia de lesiones por supuesta violencia física manifestada por la niña de parte de su padre;
- 4)** falta de verificación de dolor o sangrado indicado por la menor;
- 5)** validez de verdad absoluta al testimonio de Cámara Gesell controvertido por el acusado;
- 6)** errónea investigación penal preparatoria;
- 7)** omisión de evaluación de otros factores de corroboración periférica que desvirtúan las pruebas consideradas (cambio de parejas de la madre, relatos inverosímiles de la menor acerca de la existencia de un pozo con telarañas, de un viejo que le hacía las mismas cosas que el padre, intención de tirarla del auto de éste, piñas, lesiones, sangrado);
- 8)** indicadores de situación traumática no específicos de ASI;
- 9)** modificaciones en el relato que lo transforman en un relato inducido e implantado; y,
- 10)** falta de realización imprescindible del examen físico por el CMF. Tal como ya he señalado, entiendo importante el razonamiento de la jueza de sentencia cuando parte, en su valoración del plexo probatorio, del relato de la menor. Del mismo modo, el análisis que hace de los testimonios de los profesionales para fortalecer dicho relato. Ello en orden a la credibilidad y confiabilidad.

Sin embargo se advierte que ese análisis minucioso, **no lo ha sido suficientemente respecto de la totalidad del testimonio**, así como de los testigos de cargo.

Lo propio se ha de decir de las declaraciones del acusado, quien hizo uso de su derecho en dos oportunidades durante el debate.

En efecto, existe una cuestión que no ha sido suficientemente abordada por la jueza de la instancia previa y que se vincula con la circunstancia que la niña carecía inicialmente de relato.

Ello surge del informe del EPAASI de fs. 25/26 a poco de iniciada la investigación y motivó resoluciones judiciales –archivo y pedido de sobreseimiento– en favor del acusado (ver fs. 27 y 402).

Esto fue puntualizado por éste en su declaración en el debate y en la investigación penal preparatoria.

También que surge de dicho informe inexistencia de indicios compatibles con fabulación o mitomanía.

También es cierto que, avanzada la investigación se incorporaron pruebas en sentido contrario.

Además, la niña comenzó a presentar cambios de conducta, de los que dan cuenta casi todos los testimonios que se rindieron y que fueron debidamente considerados en la sentencia.

Es evidente y de eso dan cuenta los expedientes que tramitan en el fuero de familia así como las denuncias entre ambos, de la existencia de un conflicto familiar importante y de larga data, que incluso ha involucrado a los abuelos paternos que han intentado obtener régimen de visitas para con su nieta con resultado infructuoso.

De ello no puede colegirse, situación que no ha quedado debidamente dilucidada, el tiempo en que el régimen de visitas efectivamente se desarrolló ni cuántas fueron las oportunidades en que éste se concretó, situación que fue introducida por el propio acusado, por la abuela paterna y su esposo y no fue aclarada suficientemente y que directamente incide en el desarrollo de los hechos. No ha habido evaluación alguna por parte de las psicólogas tratantes y del EPAASI respecto de ciertos aspectos del relato de la niña.

En este sentido, es importante destacar que, luego de relatar en Cámara Gesell el abuso, la niña refiriendo a si veía a su padre dijo, «[y]a no, porque me hacía cosas muy feas, me rompía las vinchas, los perfumes de vidrio con la mano con un cuchillo de cortar salame [...]» (ver registro audiovisual del 08/11/2019, a partir del minuto 00:18:24 y ss.).

Luego agregó, «[m]e pegaba patadas, me tiraba los pelos, me encerraba, se iba a comprar helado y no me llevaba para nada, me gritaba en el oído [...]» (ver registro audiovisual del 08/11/2019, a partir del minuto 00:20:11 y ss.).

En el video que fuera filmado por los abuelos maternos y luego de relatar el abuso, mencionó, acerca de la conducta de la abuela paterna R. que «[v]iene y le dice “no le cerrés la puerta a mi niña” [...]» (ver registro audiovisual del 08/11/2019, a partir del minuto 00:50:40 y ss.).

Del mismo modo y a preguntas de su madre en una grabación que también se reprodujera, ante los hechos, la niña expresó que «[y]o no lo reté, solo los papás de él, “no le hagas más eso a la L. porque le duele, ellos me defendieron [...] ellos seguro que lo están retando [...] lloraba mucho, el papá mío y la R. los retaron “no hagas más eso” [...] –a nuevas preguntas de la progenitora– «[m]e dolía mucho [...] los papás de ellos me defendieron [...]» (ver registro audiovisual del 08/11/2019, a partir del minuto 00:54:40 en adelante y ss.).

En el mismo sentido, estas situaciones fueron relatadas por la Lic. F. R.. Así, acerca de haber circulado con su padre en el auto y que éste le habría retirado el cinturón de seguridad y le habría abierto la puerta, así como que en el patio de la casa de su padre había un pozo donde una vez la habían tirado y sentía mucho

miedo (ver registro audiovisual del 23/10/2019, a partir del minuto 00:20:00 y ss; 00:40:44 y ss.; 00:31:58 y ss.).

Hizo mención también a que L.G.V.F. había referido que le propinaba piñas y golpes pero que ella no lo había advertido (ver registro audiovisual del 23/10/2019, a partir del minuto 00:50:00 y ss.). Este relato es reproducido por N. F., la abuela materna, y es coincidente con el abuelo materno, R. F..

La niña, luego de relatar lo realizado por el padre y a su requerimiento acerca de si le decía algo, respondió que «[n]o, porque me pega piñas en la cara» [...] viene la R. y me salva [...] le dice “basta de hacer llorar a mi niña, él le cierra la puerta y ella la abre [...]» (ver registro audiovisual del 23/10/2019, a partir del minuto 02:35:30 y ss.).

Luego, en contrario, la niña indica que refirió, «[l]a R. me encierra [...] ellos son malos, me pelean, yo soy buena, lo miro porque está cocinando y me agarra la oreja, me lleva a un pozo que no puedo salir, que tiene telarañas [...] ellos me dan la mano y me salvan, no sé si tienen sótanos, no preguntamos –agregó– [...]» (ver registro audiovisual del 23/10/2019, a partir del minuto 02:37:20 y ss.). Indicó también que «[l]a amenazaba con un revólver [...] que le decía que no la mataba porque le dolía la cintura [...]» (ver registro audiovisual del 23/10/2019, a partir del minuto 02:60:00 y ss.).

También surgió una evidente **relación conflictiva entre ambas familias** en tanto la niña refirió que con esa gente no se podía hablar, que llegaba sucia, despeinada, sin ropa.

La sentenciante también evaluó los testimonios de J. M. –que mantuvo una relación sentimental con P. F. desde agosto de 2013 hasta noviembre de 2015– quien señaló, respecto de la comunicación de la niña con el padre y los abuelos paternos, como inicialmente buena para luego advertir un cambio radical con efectos en su conducta.

Del mismo modo, la jueza valoró las declaraciones de P. A., respecto de estos cambios de conducta y por último de F. R., pareja de P. F. desde Febrero de 2016.

En este orden, **la jueza evaluó insuficiente la relación conflictiva** que el acusado mantenía con la madre de la víctima, para desvirtuar la hipótesis acusatoria y entender la posible existencia de inducción de ésta para con la niña que careció de relato inicial.

Del mismo modo **restó peso probatorio a los testimonios de descargo**, la familia del acusado –sus padres– y la empleada de la casa, en base a la cercanía parental con el acusado, la afectación directa por las visitas de su nieta, y por no ser dirimientes para desvirtuar la existencia de los hechos. Hizo lo propio respecto de S. D. P., maestra de la niña, al contrastar su testimonio con el de la encargada del Jardín, A., en orden al **poco tiempo que conocía a la niña y sus características personales**, reseñadas por aquella encargada.

Por un lado, no comparto que únicamente la relación de parentesco pueda ser un elemento, en sí mismo, determinante para evaluar sus testimonios, en especial cuando careció inicialmente de relato la niña.

Por el otro, que la imposibilidad de los abuelos de ver a su nieta opere del mismo modo.

Entiendo que dichos testimonios debieron analizarse, conjuntamente con las actuaciones labradas en el fuero de familia.

Unos y otros testimonios juntamente con la declaración del imputado, **debieron ser analizados en forma completa**, sobre todo cuando estas declaraciones resultaron absolutamente contrapuestas en orden a la cantidad de visitas que efectivamente se concretaron, los motivos por los cuales algunas no se realizaron, **la denuncia que la abuela paterna interpuso por lesiones, el resultado adverso respecto del régimen de visitas de los abuelos paternos e**, incluso las características edilicias de la vivienda del acusado en orden a las menciones de la niña respecto de los lugares en que los hechos habrían acontecido.

Por su parte, la defensa plantea y así lo ha hecho durante todo el proceso incluido el debate y los alegatos, la falta de realización de **examen médico a la menor como un elemento insoslayable**, no sólo respecto de la hipótesis del abuso sexual sino de aquellos otros sucesos de golpes o lesiones que la menor habría sufrido de manos de su padre y a los que hizo referencia.

La jueza **advirtió dicha falencia pero justificó los motivos alegados** por la madre de la menor como atendibles –así, no llevarla a revisar por protección ante la negativa de su médico de hacerlo o la espera de indicaciones de la Fiscalía que nunca ordenó el examen y pudieron generar en ella su innecesariedad– y le restó carácter dirimente a la omisión del Ministerio Público Fiscal.

Entiendo, **claramente refiriéndose al abuso sexual únicamente**.

Sin embargo un análisis de contexto, teniendo en cuenta, las reiteradas menciones a los golpes recibidos por la misma niña, la existencia de un sangrado y la recurrencia a la mención de sufrimiento de dolor, debieron ser motivo de expreso y completo análisis, más cuando incluso existen contradicciones entre posibles concurrencias a médicos del orden privado con resultado negativo o falta de revisión a la menor por falta de indicación del Ministerio Público Fiscal e, incluso, requerimiento denegado, menciones a la existencia de infecciones urinarias, entre otras, que surgen de las testimoniales de M., P. F., R. y A. e incluso de los abuelos maternos.

Queda por último referir que sólo ha habido una **mención débil respecto de las declaraciones del acusado**, que en ejercicio de su derecho de defensa ha controvertido la prueba de cargo, las que han sido cotejadas y valoradas insuficientes en remisión a la problemática familiar que ambos progenitores mantienen en orden al resto del plexo probatorio.

En suma, y dejando en claro, como ya expresara, que el **relato de la víctima, debe ser el eje central de análisis**, para luego ir en busca de elementos de corroboración periférica, las omisiones valoratorias apuntadas, que también importan elementos a indagar, me persuaden de la necesidad de revocar la sentencia dictada. De tal manera, entiendo que la pretensión recursiva de la defensa debe prosperar.

Ello, de modo alguna **implica afirmar que se impone la absolución del acusado, sino sólo que la labor de ponderación de elementos de prueba realizada ostenta vicios que no permiten sustentar, válidamente, la condena impuesta**.

Por tal razón, se impone la realización de un nuevo juicio que dirima la eventual intervención punible del acusado en los hechos atribuidos.

b. 2.- El recurso de casación del Ministerio Público Fiscal

El agravio del Ministerio Público Fiscal se centra únicamente **en la errónea calificación legal** (art. 474 inc. 1 del CPP), dada a los hechos por la jueza de sentencia, en tanto afirman que tiene a los mismos por probados en cabeza del acusado y conforman un abuso sexual gravemente ultrajante en los términos del art. 119, párrafo 2° del CP, agravado por su condición de progenitor de la menor víctima, inc. b), párrafo 4° del mismo artículo.

Si bien, dado el resultado del análisis de la cuestión anterior, donde se han afirmado la existencia de vicios en la resolución **cuestionada vinculados con la valoración de la prueba, lo que permite afirmar sobre la inexistencia de una plataforma fáctica debidamente acreditada** y ello conllevaría a omitir el tratamiento del recurso del Ministerio Público Fiscal, lo cierto es que, tal como se dijo, en el plano sustancial la sentencia también adolece de vicios que, por su relevancia, en el caso estimo que deben ser abordados.

La jueza de sentencia sostuvo que **la calificación originaria no fue debidamente fundada por la acusación** aunque sí lo hizo la querrela; luego planteó dudas en relación con el modo y citó lo señalado por la niña en Cámara Gesell y sostuvo que no se incorporó el examen físico para determinar la magnitud y modalidad

de esos tocamientos, duda que, en orden a la calificación, consideró que debía operar en favor del acusado.

Téngase presente que la omisión de incorporación del examen físico no fue valorada como dirimente al momento de la acreditación de la materialidad de los hechos, pero sí en cuanto a la calificación legal (ver fundamentos fs. 716, párr. 5to.).

Añadió cuestionamientos de constitucionalidad a la figura y afirmó que ninguna de las modalidades de la figura del art. 119, 2º párrafo, – prolongación en el tiempo o circunstancias especiales que tienen como fin un sometimiento sexual gravemente ultrajante– han sido invocadas y fundadas por las partes.

De tal manera, entendió aplicable la figura básica ante la falta de peligro para la integridad física e innecesario vejamen para la dignidad de la víctima, tanto por el contexto en que se practicó, como por la modalidad del acto. Además, consideró que tampoco el hecho había supuesto un sometimiento, enlazado por la jueza únicamente a la prolongación en el tiempo.

Descartó por ello el tipo objetivo propuesto por el Ministerio Público Fiscal y entendió sin acreditación el tipo subjetivo consistente en someter a la víctima y degradarla. Sin embargo, resulta importante destacar que, de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal, hechos como el aquí investigado, de tenerse por acreditados, serían encuadrables en la figura reclamada por el Ministerio Público Fiscal.

En efecto, sobre la cuestión se ha dicho que «[...] en el delito de abuso sexual gravemente ultrajante la conducta desplegada por el autor tiene un alto contenido degradante y vejatorio para la víctima.

Ello en tanto constituye un acto que, por las circunstancias de su realización o por su duración, implica por sí mismo un **notable agravio a su dignidad e integridad sexual**, produciendo una humillación mayor a lo que normalmente se verifica con el tipo básico de abuso sexual» («**Roncaglione**»).

En el mismo sentido que «[...] ha sido adecuada la valoración del tribunal [de sentencia] cuando sostuvo que los tocamientos fueron gravemente ultrajantes para la víctima, puesto que, por su modalidad, fueron actos que importaron un **«plus de degradación y humillación para la víctima y de alto contenido vejatorio**, lo que excede al abuso sexual simple» («**Díaz Bustos**»).

Asimismo, que «[e]l hecho atribuido como delito sexual gravemente ultrajante, debe ser entendido de modo que las circunstancias implicaron un **sometimiento humillante para la víctima**, es decir que esta **agravante reside en la mayor afectación que sufren los bienes jurídicos protegidos** (libertad e indemnidad sexuales), como consecuencia de la forma que adquiere el abuso sexual mediante el sometimiento y que traspasa el límite del ultraje natural que acarrea toda intervención dolosa de terceros en el ámbito de la esfera sexual (tanto en su esfera Objetiva como en la Subjetiva)» («**Villegas Giménez**», con referencia al precedente «**Espinoza Olguin**»).

De acuerdo con lo expuesto, y más allá del resultado de lo analizado en el apartado anterior sobre la procedencia del recurso de la defensa, estimo que el recurso del Ministerio Público Fiscal también debe prosperar.

c.- Conclusión

En mérito a lo antes señalado, y por los fundamentos expresados en cada uno de ellos, corresponde acoger los recursos incoados por la defensa del acusado así como el oportunamente articulado por el Ministerio Público Fiscal. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Llorente. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede. SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de la cuestión anterior corresponde anular la sentencia N° 1.028 y sus fundamentos dictados,

en Sala unipersonal, por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial, y remitir las actuaciones a la OGAP de dicho Tribunal a fin de que determine el juez que ha de realizar el nuevo debate y emitir un nuevo pronunciamiento. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento el resultado que se arriba en las cuestiones que anteceden corresponde imponer las costas por su orden y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Admitir los recursos de casación interpuestos por la defensa del acusado L. D. V. V. y por el representante del Ministerio Público Fiscal y en consecuencia anular el debate, la sentencia N° 1.028 y sus fundamentos y remitir las actuaciones a la OGAP de dicho Tribunal a fin de que determine el juez que ha de realizar el nuevo debate y emitir un nuevo pronunciamiento.
- 2.- Desestimar formalmente el recurso de casación deducido por la parte querellante a fs. 726/733 de las presentes actuaciones.
- 3.- Imponer las costas por su orden y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 06 de octubre de 2022.-

30- AREVALO SORIA. 20-10-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														474
VG	Conv	NNA		-	-	-	A	-	-	-	-	-	-	414

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=934>

Lex: Art. 119 primer párrafo en función con el cuarto párrafo letra f), 119 segundo párrafo en función con el cuarto párrafo letra f), 149 bis segundo párrafo y 55 del CP. Art. 392 CPP. Art. 2, 414 CPP.

Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual gravemente ultrajante. Convivencia. Víctima menor. Delito continuado. Absolución cuestionada. Hecho diverso.

Summa:

El **TPC** absolvió al señalado por el beneficio de la duda.

El **MPF** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 CPP).

El **Procurador General** mantiene el recurso de casación planteado en autos.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación interpuesto por el Fiscal titular de la Fiscalía de Instrucción de la Unidad Fiscal de Delitos contra la Integridad Sexual, confirmando la sentencia dictada.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1445 TPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados:

a-SCJM

- Ver «Villegas», «Álvarez Vega», «Donoso», entre otros.

b-CNCCC. Sala 2

- «Contrera Serrano», «La Giglia», «Roumieh», «Mejía Mendoza» y «Florentín», de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala 2

Doctrina citada:

Arce, R. y Fariña, F. (2006); “Psicología del testimonio y evaluación cognitiva de la veracidad de testimonios y declaraciones”, En J. C. Sierra, E. M. Jiménez y G. Buela-Casal (Coords.), Psicología forense: Manual de técnicas y aplicaciones (pp. 563-601), Madrid: Biblioteca Nueva. ISBN: 84-9742-431-X. CAPÍTULO XXIII.

SCJM. Dres.: **Palermo.** Valerio. Adaro (Licencia).

Fallo.

CUIJ: 13-05501938-4/1((018601-64349)) F.YQUER. C/ AREVALO SORIA ROQUE MARCELO P/ ABUSO SEXUAL SIMPLE AGRAVADO (64349) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105681109*

En Mendoza, a los veinte días del mes de octubre del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-05501938-4/1 caratulada "F. c/ A. S. R. M. P/ ABUSO SEXUAL (...) S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero Dr. OMAR A. PALERMO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero Dr. MARIO D. ADARO.

El titular de la Fiscalía de Instrucción n° 9 de la Unidad Fiscal de Delitos contra la Integridad Sexual formula recurso de casación contra la sentencia n° 1.445 pronunciada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial, por cuanto **absolvió** a R. M. A. S. del delito de abuso sexual simple agravado por ser cometido contra una menor de 18 años de edad aprovechando la situación de convivencia preexistente, abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser cometido contra una menor de 18 años aprovechando la situación de convivencia preexistente en modalidad de delito continuado y coacción, todo en concurso real (arts. 119 primer párrafo en función con el cuarto párrafo letra f), 119 segundo párrafo en función con el cuarto párrafo letra f), 149 bis segundo párrafo y 55 del CP), que se le atribuía en la presente causa P-64.349/15 por el beneficio de la duda (arts. 2, 414, 557, 558 y 560 del C.P.P.).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La jueza interviniente en la decisión impugnada absolvió al acusado del hecho que se le atribuía, consistente en que «[...] en fecha no precisada pero ubicable aproximadamente en el mes de julio del año 2012, a las 02:00 hs. en la cama grande de una de las habitaciones de la vivienda ubicada en ..., el ahora imputado R. M. A. S., quien convivía con la menor C. M. R., en ese entonces de 11 años de edad, en oportunidad de encontrarse recostado junto a la niña en la cama de mención, le tocó a la misma las piernas, los glúteos y la vagina por debajo de la ropa, mientras le sostenía las manos. Luego de ello le manifestó que no contara a nadie lo ocurrido porque si lo hacía le iba a pasar algo a su hermano. A los pocos días de ocurrido este primer hecho, siendo aproximadamente las 06:00 hs., en la cocina del mismo domicilio mencionado, R. M. A. tomó por la fuerza a la menor [C.M.R.], la subió arriba de la mesada, la besó en la boca, le tocó los pechos, le bajó el pantalón hasta las rodillas, le corrió la bombacha y le introdujo sus dedos en la vagina, oportunidad en la que la menor tomó un cuchillo y le manifestó que no se acercara, por lo que el justiciable la insultó y le dijo que se fuera» (v. fundamentos, p. 01/02).

La jueza interviniente también absolvió al acusado respecto de la reformulación de la acusación por hecho diverso que planteó el Ministerio Público Fiscal durante el debate, según la cual «[...] [e]n fecha no precisada por ubicable entre el mes de noviembre de 2011 y el mes de febrero de 2012, en el interior de la vivienda ubicada en [***], lugar donde R. M. A. S. convivía con la menor [C.M.R.], en ese entonces de 11 años de edad, encontrándose en la cocina del lugar, la besó en la boca y la llevó al baño del

departamento donde la puso contra la pared, la volvió a besar en la boca y en el cuello y le frotó su pene sobre la vagina por encima de la ropa». «En otro momento, en horas de la noche, mientras estaban acostados en el dormitorio que compartía A. con la madre de la víctima, Sra. S. C., viendo una película, mientras su hermano y madre dormían en la misma cama, A. la besó en la boca hasta la cintura y le introdujo dos dedos en la vagina». «Por último, otro día, siendo entre las 7 y 9 de la mañana, oportunidad en que iban a salir para pasar el día en un camping, mientras [C. M. R.] estaba desayunando en el comedor del departamento y en oportunidad en que se dirigió a dejar la taza, la agarró de la cintura, la dio vuelta, la subió en la mesada, la besó en la boca y el cuello, le tocó los pechos y la vagina por encima de la ropa, intentó bajarle los pantalones mientras tenía su pene afuera del pantalón, motivo por el cual la víctima lo empujó y tomó un cuchillo para defenderse». «Al momento de retirarse del lugar, [C. M. R.] le dijo al imputado que le iba a contar a su padre lo que estaba haciendo y cuando regresó al lugar, A. le dijo que no debía decirle a su padre porque él salía mucho con su hermano y ella tenía que cuidar a su hermano, oportunidad en que le metió la mano por debajo de la bombacha y le introdujo los dedos en la vagina [...]» (v. fundamentos, p. 02).

Para resolver de ese modo, la jueza valoró principalmente la declaración de la denunciante C.M.R.; los exámenes realizados por el Cuerpo Médico Forense; los testimonios de S. C. C., J. M. R., G. L. M. P., M. É. V., J. C. S., D. B. A., M. F. A., C. F. G., A. A. C.; los exámenes psicológicos de C.M.R. y de R. M. A.; el testimonio de las Lic. J. J., D., P. y A. C. C., de E. K. y R. C. y del Lic. A. G.; la declaración del acusado, R. M. A.; la historia clínica de C.M.R. obrante en la DINAF y las causas AEV 10.394/11 y 182/17.

2.- Recurso de casación

El recurso del Ministerio Público Fiscal se funda en el art. 474 inc. 1 del CPP, en tanto se agravia de la valoración probatoria llevada a cabo por la jueza interviniente.

Considera en este sentido que se no realizó en la instancia previa una derivación razonada de la prueba rendida y no se observaron reglas relativas a la sana crítica racional que prevé la normativa procesal.

En este orden, el recurrente cuestiona la valoración de las distintas declaraciones de la víctima.

En primer lugar, porque partió de la errada premisa de que la declaración prestada en el debate debe contrastarse con la prestada en la instrucción.

Esta premisa es considerada incorrecta porque «[...] aun existiendo ciertas diferencias o más bien imprecisiones, en su exposición, el relato sostenido por [C.M.R.] se mostró siempre claro y preciso en relación al acometimiento lesivo a su integridad sexual, la concreta modalidad de ejecución, y al señalamiento de A. S. como autor.

Intentó precisar las circunstancias de los hechos padecidos **cuando era solo una niña**, debiendo **rememorar sus vivencias, con las dificultades lógicas que hubo de sortera para poder hablar** de los ultrajes vivenciados más de ocho años atrás.

Son comprensibles, por demás, ciertas confusiones y detalles que pudieron escapar a su memoria, pese a lo cual fue persistente y constante en la incriminación: dijo haber sido besada y tocada en su cuerpo, en sus genitales por **quien era la pareja de su madre**, que le introdujo los dedos en la vagina, que la amenazó con su hermano, circunstanciando dicho accionar durante la convivencia que mantuvieron ambos en el mismo domicilio familiar, más precisamente en la cocina, en el baño, en el dormitorio que Arévalo compartía con su madre y en el comedor del departamento en cuestión, aportando además como datos periféricos la película que estaban viendo en uno de los hechos y que en otro de los episodios iban a salir de camping.

Brindando en todos los casos una narrativa espontánea, coherente y reiterada [...]» (v. recurso, p. 05/06).

Por esas razones, considera que el razonamiento de la jueza es errado en la medida en que **pretende un relato idéntico en cada exposición que realiza la víctima y exige más precisiones temporales y modales, y desconoce las dificultades lógicas que representa para una mujer recordar una experiencia ultrajante,** rememorar una vivencia de ataque a la libertad sexual y tener que exponerla repetidamente.

También refiere que la jueza varía en atribuir o no persistencia en el relato a la víctima en sus consideraciones.

Por otra parte, cuestiona que se le restara credibilidad a la víctima porque sus declaraciones tuvieran inconsistencias cuando ya era adulta, como si el lapso de tiempo desde los hechos y la mayor edad alcanzada fueran obstáculo para toda posible disminución en la memoria de la testigo, sin considerar que su relato encontró apoyo en prueba objetiva: **el examen psicológico que se le realizó y que los profesionales corroboraron en el debate.**

Además, refiere que esta conclusión se contradice con las propias expresiones de la jueza, que afirmó que había tenido la impresión de que la víctima era sincera, para luego reforzar las **divergencias en su relato que le restaban credibilidad.** Considera así que en su mérito, la jueza no tuvo en cuenta que el estado psíquico y emocional de la víctima era acorde con su versión de los hechos, pues arrojó «[...] comportamientos autodestructivos, dificultad para relacionarse con lo masculino, dudas respecto a su identidad sexual, constante temor y una postura de hiper-vigilancia y extremos cuidados respecto a su hijo; entre otros indicadores que ha experimentado la joven, perdurado incluso hasta la actualidad, que resultan claramente compatible con factores emocionales asociados a vivencias traumáticas como el abuso sexual [...]» (v. recurso, p. 07/08).

Y que, en refuerzo de ello, según la experta del EDeAAS –no cuestionada– no **había indicios de intereses o motivos espurios en la víctima ni su entorno para motivar una denuncia falaz en perjuicio del acusado.** Concluye el recurrente que no basta la mera invocación de la duda si no está acompañada de fundamentación y no se determinan los motivos por los cuales es dirimente, sino que la aplicación del beneficio de la duda requiere de razones relevantes para dudar.

3.- Dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de contestar la vista de ley conferida, el Procurador General mantiene el recurso de casación planteado en autos.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación formulado, adelanto que a mi juicio corresponde rechazar el recurso de casación planteado por el Ministerio Público Fiscal en autos y, en consecuencia, confirmar la sentencia n° 1.445 pronunciada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial en autos.

De la lectura del recurso –reseñada en el apartado 2 de este voto– surge que el representante fiscal **se queja del mérito que realizó la jueza interviniente de la prueba obrante en autos, particularmente en punto al modo en que fue valorada la declaración de la víctima.**

Ahora bien, tras meritar las críticas planteadas por el recurrente y examinar la sentencia absolutoria pronunciada en autos, arribo a la conclusión de que la impugnación debe ser desestimada por dos razones.

En primer lugar, porque **las incongruencias y falencias argumentativas que el fiscal le atribuye a la sentencia no se verifican en autos.**

Me ocuparé de esto en el apartado siguiente (a).

Y en segundo lugar, porque **las dudas que cimentaron la aplicación del beneficio por primado del principio de inocencia en el caso, no versaron –como parece proponer el recurrente– sólo en torno a la declaración de la víctima, sino que incluyen un análisis más amplio del cuadro probatorio (b)**. Veamos.

a.- Las críticas del recurrente contra la sentencia impugnada se pueden recapitular en seis cuestionamientos sobre al modo en que la jueza interviniente **valoró la declaración de la víctima**.

Ellos son:

i) que se enfocó en **inconsistencias irrelevantes** de los testimonios que prestó la víctima, antes que en lo central, donde se mantuvo coherente;

ii) que por ello **desconoce las dificultades que representa revivir el hecho** para una víctima de abuso sexual;

iii) que erróneamente consideró que **un adulto no puede tener inconsistencias** en su relato;

iv) que no vinculó el relato de la víctima con prueba objetiva (concretamente, con el examen psicológico que se le realizó y los testimonios de los profesionales que la efectuaron);

v) que el valor probatorio asignado a la declaración de la víctima se contradice con la credibilidad que la jueza misma le asignó; y

vi) que **no tuvo en cuenta el correlato emocional** de la víctima con el contenido de su declaración.

Ahora bien, al revisar los fundamentos de la sentencia –expresados por escrito– a la luz de estas críticas, advierto que ninguna de ellas encuentra asidero.

Así, observo que al valorar los testimonios que prestó C.M.R.–que en la sentencia se reconstruyó en sus aspectos centrales, v. fs. 6/7 de la sentencia–, la jueza concluyó que «[...] [a]l contrastar ambos relatos de [C. M. R.], se advierte una diferencia central en cuanto a la acción desplegada por A. y las partes del cuerpo de [C. M. R.] sobre las que dichas acciones recayeron.

Según lo dicho en el debate, el acusado besó a [C. M. R.] desde la boca hasta la cintura y le introdujo dos dedos en la vagina.

De acuerdo a la primera declaración, ARÉVALO le tocó las piernas, la cola y después la vagina.

En esta oportunidad no le introdujo los dedos, sino que eso ocurrió cuando se estaban por ir de camping. [...] A ello se agrega una diferencia de menor entidad, en torno a lo que le habría manifestado A. a [C. M. R.] después de cometidos esos actos. En el debate, que se había enamorado de ella.

En la etapa preparatoria, que había sido un desliz y que no contara nada porque a su hermano le podía pasar algo.

Por último, la referencia temporal a las vacaciones de invierno es incorrecta. La denunciante y el imputado coincidieron en que mantuvieron una relación entre los meses de noviembre de 2011 a febrero o marzo de 2012 [...]» (v. fundamentos, p. 7/8, el destacado es original).

En otro tramo de la sentencia destacó que «[...] [l]as principales diferencias que se advirtieron en este tramo del relato giraron en torno a la defensa que habría desplegado [C. M. R.] ante la agresión sexual de A.. [...]

En la versión primigenia de los hechos, [C. M. R.] tomó un cuchillo grande, se lo puso a A. en los genitales, lo lastimó entre el pene y los testículos y vio sangre. [...] En la versión del debate, A. le mostró el pene a [C. M. R.], ella tomó un cuchillo chico, pero no hizo nada con el cuchillo. Sin embargo, más adelante en la misma declaración dijo que ejerció presión con el cuchillo por arriba de la ropa, pero no recuerda haberlo lastimado y no vio sangre [...]» (v. fundamentos, p. 9, los destacados son originales).

Tras reconstruir el modo en que cada una de las partes evaluó las diferencias en las declaraciones de la víctima, la jueza concluyó que las inconsistencias eran decisivas. Transcribo a continuación la conclusión de la argumentación de la jueza sobre este punto, para luego analizar nuevamente los agravios del recurrente: «[...] [a] mi juicio, existen importantes diferencias entre las dos declaraciones de quien sería víctima en este proceso. Más aún, dentro de la misma deposición en el curso del debate, se observaron desemejanzas». **«Si bien se advierte persistencia en la incriminación de R. M. A. – lo que constituye un indicador de credibilidad–, no hay persistencia en el relato – lo que autoriza a cuestionar su credibilidad–».**

«La prueba más acabada de ello radica en la conducta procesal que debió desplegar en el juicio el representante del Ministerio Público.

El Sr. Fiscal **mutó la acusación originaria** recurriendo al instituto del hecho diverso. Esa novación de la acusación no se motivó en nueva prueba que se hubiera incorporado al debate de un modo sorpresivo, sino **en las variaciones que presentó el relato** de [C. M. R.].

El acusador público debió "acomodar" la acusación a la segunda versión de la joven». «El tiempo transcurrido desde la presunta comisión de los hechos (entre noviembre de 2011 y febrero o marzo de 2.012) y la primera declaración de [C. M. R.] (30 de octubre de 2.018), esto es, más de siete años, indudablemente impactó en la memoria de la joven.

Ahora bien, esa demora en el avance del proceso y la posible **merma en la memoria de la testigo, no son atribuibles al acusado sino al órgano encargado de la persecución penal.**

Por lo tanto, no pueden cargarse en la cuenta de A.». «Por otro lado, entre la declaración de la etapa de investigación –fecha a la que [C. M. R.] tenía dieciocho años– y la declaración en el debate –prestada cuando [C. M. R.] tenía veinte años–, transcurrieron dos años y [C. M. R.] ya era mayor. Por lo tanto, se trata de contrastar dos declaraciones prestadas por una persona mayor de edad, en un espacio de dos años».

«Es relevante que el primer hecho que integra la nueva acusación formulada por el Ministerio Público no aparezca circunstanciado en la declaración de [C.M.R.] durante la investigación». «En relación al segundo hecho (el de la película en la cama), estimo corresponde hacer las siguientes valoraciones». «En primer término, si bien es fácticamente posible la agresión sexual por parte de A. en el contexto señalado por [C.M.R.], **no parece plausible.**

De acuerdo al testimonio de [C.M.R.], ella estaba acostada en una cama de dos plazas junto a su madre, a su hermano y a A.. [C.M.R.] estaba ubicada entre su madre y el imputado y, aprovechando que su madre se había quedado dormida, el acusado ejecutó los actos de agresión sexual».

«El pequeño espacio en que estaban acostadas cuatro personas y la proximidad de [C.M.R.] respecto de su madre, a quien podía despertar con un simple movimiento o grito, hacen improbable que el acusado se arriesgase a ser descubierto abusando sexualmente de [C.M.R.]. No se trata de exigir a una niña de once años una actitud de resistencia frente a un hombre mayor, sino de que no parece ajustado a las reglas de la experiencia común y la psicología que A. decidiera correr tamaño riesgo.

Tal como destacaron el Ministerio Público y la Querella, este tipo de delitos suelen cometerse sin testigos y aprovechando la soledad de la víctima».

«En segundo lugar, existe una diferencia sustancial entre las dos declaraciones de [C.M.R.] respecto de la modalidad de la agresión. En la etapa de investigación manifestó que A. le había tocado las piernas, la cola y la vagina, sin introducción de dedos en la zona vaginal. En la deposición en el debate, dijo que A. la había besado desde la boca hasta la cintura y le había introducido dos dedos en la vagina». «En este caso,

aprecio que la diferencia entre ambos relatos afecta al núcleo mismo del hecho, a la materialidad de la conducta atribuida al acusado.

No encuentro explicación –ni tampoco ha sido proporcionada alguna por las partes acusadoras– para esta variación acerca del modo de la agresión (tocamientos, en la investigación; besos e introducción de dedos en el debate) y de las partes del cuerpo sobre las que habrían recaído (piernas, cola y vagina en la investigación; desde la boca a la cintura y vagina en el debate)».

«En cuanto al tercer hecho (antes de ir al camping), las divergencias entre ambas declaraciones son medulares. Más aún, advertí discrepancias entre los dichos de [C.M.R.] durante el primer día del debate (en esa oportunidad su declaración fue recibida vía Skype) y el segundo día del debate (el Tribunal y las partes nos constituimos personalmente por los problemas técnicos en la conexión, a fin de recibir en condiciones de inmediatez la declaración de la principal testigo de esta causa)». «En ese sentido, el primer día del debate [C.M.R.] dijo: “Cuando dejé la taza, él me agarró y me subió a la mesada, me besó, me volvió a manosear. Él siempre me amenazaba con mi hermano. Vi su miembro e intentó penetrarme, pero no”. El segundo día, [C.M.R.] expresó: “Vi su miembro, pero no hizo nada más que mostrármelo”. Es decir, de un día a otro del debate, A. pasó de intentar penetrarla a sólo mostrarle el pene». «También la secuencia en que se desplegó el hecho difiere.

En la etapa de investigación, el imputado le introdujo los dedos en la vagina cuando [C.M.R.] estaba sobre la mesada. En el debate, primero la besó y la tocó sobre la mesada y en un momento posterior, cuando [C.M.R.] volvió al departamento, le introdujo el dedo». «Por último, más allá de la diferencia respecto del tamaño del cuchillo, lo que [C.M.R.] hizo con el mismo difiere notablemente. En la instrucción, se lo colocó a A. entre el pene y los testículos, lo lastimó y vio sangre.

En el debate, no hizo nada con el cuchillo, sólo lo tomó, no recuerda haber lastimado a A. ni haber visto sangre». «Est[e] punto tiene trascendencia porque en función de los dichos de [C.M.R.] durante la investigación, el Sr. Fiscal ordenó se efectuara un examen físico a A., destinado a verificar si tenía una lesión en la zona genital. El Cuerpo Médico Forense constató que R. M. A. no tenía cicatrices en la región genital (fs. 219)». «Además estas divergencias son relevantes porque versan sobre percepciones visuales (haber visto o no sangre).

CBCA

Con referencia ello, al tratar el Análisis de Contenido Basado en Criterios (CBCA), como instrumento para evaluar el contenido de una declaración, se ha dicho: “Johnson y Raye (1981) propusieron un marco de referencia para comprender como pueden discriminarse los sucesos percibidos o externos de los imaginados o internos. Para estos autores, las memorias varían en una serie de rasgos, de tal manera que aquellas cuyos orígenes se encuentran en sucesos percibidos contienen más información sensorial, mayor número de detalles contextuales y menos referencias a procesos cognitivos que las memorias con base interna o imaginada. Al proceso de discriminar entre recuerdos de origen interno y recuerdos de origen externo lo denominan control de la realidad (Reality Monitoring)” (Arce, R. y Fariña, F. (2006); “**Psicología del testimonio y evaluación cognitiva de la veracidad de testimonios y declaraciones**”, En J. C. Sierra, E. M. Jiménez y G. Buela-Casal (Coords.), **Psicología forense: Manual de técnicas y aplicaciones (pp. 563-601), Madrid: Biblioteca Nueva. ISBN: 84-9742-431-X. CAPÍTULO XXIII**)».

«Para concluir con la valoración del testimonio de [C.M.R.], cuando declaró en el ámbito de la inmediación, tuve la **impresión de que era sincera**, principalmente por la forma de su exposición. Sin embargo, **al analizar el contenido de sus declaraciones, advierto diferencias esenciales [...]**» (v. fundamentos, p. 10/12, los destacados son originales)».

La extensa transcripción realizada da cuenta de la improcedencia de **las críticas** expresadas por el recurrente.

En efecto, respecto del cuestionamiento **(i)**, debe decirse que la jueza **no se enfocó en inconsistencias irrelevantes, sino en aspectos centrales del hecho.**

Tan centrales fueron, afirmó la jueza, que fue necesario para el representante fiscal modificar la acusación que motivó el debate en uso del instituto del hecho diverso que prevé nuestra legislación procesal. La jueza **ha destacado minuciosamente cada inconsistencia**, y le ha asignado un valor central sólo a aquellas que consideró decisivas, sin que el recurso dé cuenta mínimamente de ello.

Además, en relación con las críticas individualizadas como **(ii) y (iii)**, contrariamente a lo afirmado por el recurrente, considero que la jueza valoró las dificultades que tiene para la víctima recordar estos hechos y, por eso, se enfocó en las declaraciones que aquella prestó cuando ya había alcanzado la adultez. Estas declaraciones, como se advierte de la transcripción realizada, tenían poca distancia temporal entre sí. De modo, que no se justificaban las discrepancias en aspectos esenciales que la jueza destacó.

No parece haberse basado en una expectativa irreal, como propone el recurrente, según la cual los adultos no pueden tener inconsistencias en su relato. Por el contrario, la jueza ancló la valoración de prueba en discrepancias sensibles y notorias sobre aspectos centrales de la declaración y justificó –con cita de bibliografía especializada en la materia– por qué aquellos aspectos eran los que, por ser acompañados de un mayor número de detalles contextuales y sensoriales, debían ser considerados centrales.

En cuanto a los cuestionamientos consignadas como (v) y (vi), debe señalarse que contrariamente a lo afirmado por el recurrente la jueza sí tuvo en cuenta el correlato emocional de la víctima con el contenido de su testimonio y justificó por qué, a pesar de parecer sincera y creíble, su declaración dejaba margen para la duda.

Estos puntos, al igual que el consignado como (iv), se vinculan con el apartado b) de este voto y serán tratados con mayor detalle a continuación.

b.- Como sostuve antes, la jueza no sólo sustentó su duda en función del testimonio de C.M.R.–como parece afirmar el recurrente, quien sólo cuestiona este tramo de la fundamentación de la sentencia–.

La decisión también valoró todas las demás pruebas producidas y destacó por qué no contribuían a confirmar la versión de C.M.R., valorada –como corresponde al incorporar **una perspectiva de géneros** en el abordaje de casos que suponen violencia contra mujeres y niñas– con especial atención a los elementos contextuales que rodean el testimonio de la víctima.

A mi entender, las complicaciones probatorias que presentan los casos de violencia de género, de violencia contra la mujer o los abusos sexuales no deben significar la abrogación de los principios básicos que informan el proceso penal, ni la imposibilidad absoluta de condenar.

Aquí también la hipótesis acusatoria debe comprobarse con el grado de certeza que exige la norma procesal.

Este es el sentido que debe otorgarse a los **arts. 16 inc. i y 31 de la ley 26.485**: no se trata de modificar los estándares de prueba que rigen éste y todos los casos penales, sino de extremar las medidas para realizar una investigación completa y profunda de cada caso, acompañada de una **valoración de los elementos colectados sin estereotipos de géneros** y con particular atención por la situación de la persona que pueda estar en una **posición vulnerable** en función de su género, para determinar las peculiaridades que presenta cada elemento de prueba (coincido, sobre este punto, con la posición manifestada por el juez Eugenio Sarrabayrouse en «**Contrera Serrano**» y los precedentes «**La Giglia**», «**Roumieh**», «**Mejía Mendoza**» y «**Florentín**», de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala 2).

Cabe remitir, en punto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, en lo pertinente, a lo que oportunamente he señalado en los casos «Di Césare Morales», «Zurita Ábrego», «Ruiz Casas», «Tizza» y «Mejía Salvador».

En línea con esta idea, la jueza en el caso concreto consideró que el conjunto de pruebas, valorado de ese modo, no lograba generar el grado de certeza necesario para justificar una condena: «[...] [C.M.R.] declaró que, además de su prima G. y sus padres, les había contado los abusos que había sufrido por parte de A. a otras personas, a quienes individualizó. Los testimonios de estas personas deberían operar como corroboración del relato de [C. M. R.] deberían conformar el conjunto de indicios que acompaña y apoya el relato de quien aparece como víctima de un delito contra la integridad sexual». «Sin embargo, no sucede eso. Por el contrario, las personas mencionadas por [C.M.R.] negaron que ella les hubiese comentado haber padecido abusos sexuales. Esto tiene una importante incidencia en la absolución de A. porque se trata de pruebas que llegan al juicio de la mano de quien aparece como víctima. Se trata de elementos de convicción que tienen su génesis en la esfera de contactos de [C.M.R.] y respecto de los cuales A. no tiene ninguna incidencia ni influencia». «Por eso considero que estas pruebas tienen más valor desincriminante que las pruebas ofrecidas por el propio imputado y sus Defensores. En otras palabras, la absolución por la duda de A. no reposa tanto en la prueba que la Defensa técnica trajo al juicio, sino en la prueba que surgió de la declaración de [C.M.R.] –de preferente valor convictivo en estos casos- y que no operó como corroboración objetiva de su declaración [...]» (v. fundamentos, p. 20, los destacados son originales)».

Es decir, las personas que la propia C.M.R. mencionó como aquéllas a quienes había contado sobre los hechos, negaron que esto hubiera ocurrido. En este orden, la jueza repasó diversas testimoniales. Veamos. Por una parte, la declaración de J.C.S., hija de la pareja actual del acusado, a quien C.M.R. dijo haberle comentado vía Facebook sobre el hecho, y quien le habría contestado que ella también era víctima de hechos similares, que involucraban también amenazas.

Sin embargo, J.C.S. negó haber mantenido esa conversación, así como todos los demás detalles contextuales que C.M.R. había mencionado –como ser fan de One Direction o formar parte de grupos LGTB en Facebook–. La jueza concluyó que «[...] [p]odría interpretarse que [J.C.S.] es la hijastra del acusado y por eso intenta beneficiarlo, pero esta divergencia entre los dichos de [C.M.R.] y los de [J.] podría haber sido zanjada, en todo caso, oficiando a Facebook para verificar si ese presunto diálogo había existido. [...] Tal como quedó planteado el cuadro probatorio, no existe en este punto una corroboración periférica de la declaración de [C.M.R.] [...]» (v. fundamentos, p. 21). Lo mismo ocurrió con Alejandro Arturo Calderón, ex pareja de su madre a quien la C.M.R. dijo haber comentado los hechos. La jueza destacó al respecto que «[...] [e]l Ministerio Público convocó a C. a prestar declaración testimonial durante la investigación.

Sin embargo, en virtud del contenido de esa declaración, no lo ofreció como testigo en el juicio. C. compareció al debate como testigo de la Defensa. [...] A. A. C. desmintió todo lo declarado por [C.M.R.] [...]» (v. fundamentos, p. 21, el destacado es original). Tras reconstruir la declaración de C. y mostrar cómo negó todo dato que confirmara la versión de la víctima, la jueza concluyó que «[...] C. aparece como un testigo totalmente desinteresado. Tenía una buena relación con [C.M.R.] y no conoce a A.. Lució como un testigo sincero, sin ninguna finalidad ganancial. De allí que su testimonio no sólo no actúa como corroboración periférica del de [C.M.R.] sino que hace mella en él, sembrando la duda acerca de su veracidad [...]» (v. fundamentos, p. 22).

También la jueza **se expidió sobre la ausencia de ofrecimiento como prueba, por parte de la acusación, del testimonio del regente y personal del gabinete psicopedagógico del Colegio Nieves del Aconcagua**, a quien C.M.R. dijo que les habría contado su experiencia con el acusado.

Sobre esto, la jueza concluyó que «[...] [a] los fines de brindar sustento a la declaración de [C.M.R.], los acusadores podrían haber solicitado que se oficiara al Colegio Nieves del Aconcagua a fin de determinar si se había labrado algún acta o se había tomado alguna medida ante lo manifestado por la alumna [C.M.R.].

Tampoco se ofreció el testimonio de la regente y de los integrantes del gabinete del colegio, posiblemente por el tiempo transcurrido.

Los docentes y autoridades escolares que toman conocimiento de que un alumno ha sido víctima de algún abuso sexual están obligados a activar un protocolo y a denunciar el hecho. Esto no sucedió en el caso de [C.M.R.]. [...]» (v. fundamentos, p. 22). En la misma línea, la jueza valoró la declaración de los médicos K. y C., de la DINAF, puesto que [C.M.R.] había dicho que les había contado «lo que le había pasado». K. no corroboró tal extremo y sostuvo que en la historia clínica de C.M.R. no aparecían dudas sobre su sexualidad, y señaló que el doctor Contreras se había ocupado de su tratamiento. C., por su parte, declaró que «[...] “A mí nunca me manifestó haber sido víctima de un delito... Si ella me hubiera manifestado haber sido víctima de un delito, yo lo habría consignado.

Además debería figurar como antecedente antes de la intervención psiquiátrica. El Lic. V. debería haberlo dicho.

Si me lo hubiera dicho a mí, yo debería haber concretado la denuncia inmediatamente a través de un acta del abogado de la institución” [...]» (v. fundamentos, p. 23, el destacado es original). La jueza también meritó la ausencia de constancias de abuso sexual en la historia clínica de C.M.R. a la que había aludido K. y descartó el argumento fiscal según el cual esa ausencia se explicaba porque a la víctima le costaba verbalizar el hecho, puesto que la propia C.M.R. había dicho que pudo verbalizar el suceso con Contreras, quien lo desmintió. Además, dada la fecha de las entrevistas con Contreras, de fecha posterior a la denuncia, la jueza valoró que los padres de C.M.R. ya estaban en conocimiento de los hechos de abuso cuando la víctima inició el tratamiento, y aun así no lo comentaron a los psiquiatras que atendían a su hija (v. fundamentos, p. 24).

Concluyó la jueza al respecto que «[...] [l]os testimonios de K. y C. y el contenido de la Historia Clínica de [C.M.R.] constituyen pruebas de peso que abren, junto a las otras pruebas valoradas en este punto, un espacio para la duda razonable». «Dos profesionales psiquiatras con dilatada experiencia en el tratamiento de niños y adolescentes realizaron el seguimiento de [C.M.R.] desde el 10/8/16 hasta el 2/9/18 aproximadamente. Durante esos dos años no detectaron en la joven síntomas compatibles con abuso sexual ni ella les comentó haber vivido una situación de esa naturaleza. Por el contrario, vincularon los trastornos psíquicos de [C.M.R.] a conflictos entre sus progenitores».

«La Historia Clínica de la DINAF pone al descubierto que [C.M.R.] fue una adolescente institucionalizada, abordada por profesionales de distintos organismos, ninguno de los cuales puso en conocimiento de la autoridad que la joven hubiese sido víctima de abusos sexuales.

Desconozco si alguno de esos profesionales podría haber aportado más información al proceso.

El Ministerio Público ofreció el testimonio de psicólogos y psiquiatras de la UIC, del Hospital de Maipú y del Centro de Salud N° 172 de Godoy Cruz, pero en el juicio desistió de los mismos [...]» (v. fundamentos, p. 24). Como colofón, la jueza brindó una conclusión sobre las principales circunstancias en que cimentó la duda que motivó la absolución: «[...] ¿Por qué razón C. desmiente a [C.M.R.] si siempre tuvieron una

buena relación? ¿Por qué motivo las autoridades del Colegio Nieves del Aconcagua no activaron el protocolo por abuso si [C.M.R.] les manifestó que había sido abusada por una ex pareja de la madre? ¿Por qué razón el Dr. C. no asentó en la Historia Clínica que [C.M.R.] había sido víctima de agresiones sexuales? ¿Por qué motivo los padres de [C.M.R.] no le dijeron al Dr. C. que su hija había sufrido abusos sexuales? ¿Es posible que dos psiquiatras especializados que trataron a [C.M.R.] durante dos años no hayan asociado sus síntomas con una experiencia de violencia sexual? [...] No tengo la respuesta a ninguno de estos interrogantes –ni a los que plantearon los acusadores, ni a los que formulo yo–. Precisamente por eso, no alcanzo la certeza necesaria para el dictado de una condena. Precisamente por eso, la situación procesal de R. M. A. S. debe resolverse de conformidad al art. 2 del C.P.P. [...]» (v. fundamentos, p. 25).

Nótese que ninguno de estos interrogantes ha sido tomado en consideración por el recurrente en su impugnación, a pesar de que resultan decisivos en la motivación de la sentencia impugnada.

Por último, y en relación con la corroboración periférica de las declaraciones de C.M.R. que a criterio del representante fiscal surgiría del examen psicológico que realizó personal del EDeAAS, advierto en primer lugar que la valoración de esta prueba no fue omitida por la jueza en su sentencia (véase pp. 15/16).

En segundo orden, observo que la jueza comparó las declaraciones de cada profesional interviniente y del profesional de control propuesto por la defensa, y concluyó en sentido favorable a la pretensión del recurrente, pues afirmó que «[...] [e]l Lic. G., por su edad, es una persona de más experiencia que la Lic. J.. Sin embargo, el Lic. G. no está capacitado en el test de Rorschach y la Lic. J. sí. Igualmente, entre las técnicas gráficas administradas a [C.M.R.] no se halla el **test de Rorschach**, por lo que ese aspecto no tuvo incidencia en las conclusiones de la pericia que se le practicó a la joven. [...] En suma, **no hallo razones objetivas para otorgar mayor peso convictivo a uno u otro dictamen.**

No obstante, coincido con las profesionales del EDEAAS en que **no se advierte una finalidad ganancial por parte de [C.M.R.]. Su relato aparece desprovisto de una motivación espúrea [...]** (v. fundamentos, p. 16).

Este extremo ha sido omitido por el recurrente en su impugnación, quien se limita a cuestionar la coherencia de la credibilidad y sinceridad que la jueza atribuyó a C.M.R., sin tomar en cuenta las restantes consideraciones sobre la prueba periférica que han sido transcriptas y que fundamentaron la conclusión absoluta de la decisión. Por las razones expuestas, propongo al acuerdo desestimar el recurso de casación planteado por el representante fiscal en autos. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Sobre la cuestión a resolver, **coincido con el colega** de Sala preopinante en punto a la solución que corresponde brindar al recurso en tratamiento.

En relación con las consideraciones realizadas por el preopinante sobre la valoración de elementos de prueba en hechos ocurridos en contextos de violencia de géneros, me remito a la posición que he sostenido en anteriores pronunciamientos (ver «Villegas», «Álvarez Vega», «Donoso», entre muchos otros). ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por el Fiscal titular de la Fiscalía de Instrucción n° 9 de la Unidad Fiscal de Delitos contra la Integridad Sexual en autos.
- 2.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 20 de octubre de 2022.-

31-FLORES. 28-10-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
													N	474
VG	Conv	NNA	-	-	-	-	A	-	-	-	-	-	N	414

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=932>

Lex: 119, 3° y 4° párrafo inc. f del CP. Art. 2 y 414 del CPP.

Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual con acceso carnal. Convivencia. Absolución. Nulidad de la sentencia.

Summa:

La **Segunda Cámara del Crimen-2° CJ**, absolvió al señalado por el beneficio de la duda.

El **MPF** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 del CPP).

El Sr. **Procurador General** mantiene el recurso de casación planteado en autos.

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuestos por el MPF y en consecuencia anular la sentencia.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1467. Segunda Cámara del Crimen- 2° CJ.

Precedentes citados:

a-SCJM

- Ver «Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa»; «Quiroga Morales»; «Ojeda Pérez»; «Vázquez Tumbarello»; «Vega»; «Zurita»; entre otros.
- «Mamani Navarro»
- «Di Cesare Morales» y «Mejía Salvador»

Precedentes relacionados:

- Ver Agüero Pérez. 25-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=777>

SCJM. Dres.: **Valerio**. Palermo. Adaro (Licencia).

Fallo.

CUIJ: 13-04343959-0/1((020502-127071)) FC/FLORES PEDRO OSVALDO. P/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR LA SITUACION DE CONVIVENCIA PREEXISTENTE (127071) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104420194*

En Mendoza, a los veintiocho días del mes de octubre del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13- 04343959-0/1 caratulada “F. C/ F., P. O. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR LA SITUACIÓN DE CONVIVENCIA PREEXISTENTE S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO, y tercero DR. MARIO D. ADARO.

El representante del Ministerio Público Fiscal interpone recurso de casación (fs. 465/472 vta.) contra la sentencia n° 1.467 (fs. 451 y vta.) y sus fundamentos (fs. 453/463 vta.), mediante la cual se absolvió por el beneficio de la duda a P. O. F. del delito de abuso sexual agravado por el acceso carnal y por la convivencia preexistente (art. 119 tercer párrafo en función del cuarto párrafo inc. f del CP), en la causa N° P2-127.071/16.

El pronunciamiento fue dictado por la entonces Segunda Cámara del Crimen de la Segunda Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver: PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto? SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde? SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

Como se adelantó, el tribunal de la instancia anterior absolvió por el beneficio de la duda a P. O. F. en relación con los hechos atribuidos en la presente causa que fueran calificados como abuso sexual agravado por el acceso carnal y por la convivencia preexistente en calidad de autor.

Según en la plataforma fáctica contenida en el auto de elevación a juicio «[e]n fecha no determinada con precisión, pero que desde que la víctima [D.M.L], hija de la imputada de autos V. L., tenía ocho años de edad, y hasta los doce años de la misma, el coimputado P. O. F. mediante golpes y amenazas para que la niña no contara nada a su mamá, en distintas y reiteradas oportunidades, accedió carnalmente, vía vaginal y anal, a la víctima, habiendo sucedido el primero de los hechos en un sillón marrón que se encontraba en una de las habitaciones de un domicilio sito en calle, oportunidad en que colocándola en “cuatro patas”, en el sillón antes referido, le bajó la ropa interior y la penetró analmente, cuando ambos se encontraban solos, y la madre de la víctima se había ido a Mendoza, siendo este el domicilio donde más veces se repitieron hechos similares en distintas oportunidades. Que hechos como el descripto tuvieron lugar asimismo en un domicilio de calle, al lado de ..., aproximadamente a la altura municipal n° ... de San Rafael, en un domicilio ubicado por calle ..., en una casa que el imputado tenía que pintar, lugar donde en distintos días, abusó de la denunciante, y en un domicilio sito en calle de ... n° de San Rafael, lugar donde el encartado, la denunciante y su madre convivían a excepción de aquel ubicado en calle».

Para llegar a la solución absolutoria el tribunal consideró que **los dichos de la denunciante aportaban confusión, en tanto muchas de sus expresiones eran contradictorias, y no existía ninguna otra prueba que los avalara.**

Asimismo, estimó que la versión del acusado al momento de declarar no había logrado ser desvirtuada por la prueba rendida en la causa, y en consecuencia, en modo alguno podía tener por acreditados, con el grado de certeza que requiere el pronunciamiento condenatorio, ni la materialidad de los sucesos investigados, ni la autoría y consecuente responsabilidad penal del acusado.

2.- El recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público

El representante del Ministerio Público Fiscal promueve su impugnación sustentada en las disposiciones del art. 474 incs. 1 y 2 del CPP.

Considera que la resolución recaída en autos es nula al no haberse observado las reglas de la sana crítica racional. Sostiene que no se han merituado en forma conjunta los indicios y elementos probatorios de valor decisivo.

Sostiene que esas pruebas e indicios son de fundamental importancia para el esclarecimiento de la causa. Afirma que se omitió considerar que los acometimientos sexuales siempre tuvieron como escenario el domicilio donde residía el acusado junto a la víctima y sus hermanas.

Asimismo, hace referencia que el acusado se aprovechaba de la denunciante cuando su madre se encontraba en el trabajo y otras veces lo hacía con el consentimiento de ésta (habiéndose extraído compulsas por tal circunstancia).

Agrega que la víctima expresó que uno de los accesos fue en una obra de calle ... donde fue llevada por el imputado, circunstancia que fue reconocida por éste, pero negó haber abusado de la menor.

Luego, el representante del Ministerio Público Fiscal realiza una transcripción de algunos párrafos relevante de los **informes psiquiátricos y psicológicos**.

Hace referencia que el tribunal elaboró sus propias conclusiones afirmando que la denunciante incurrió en contradicciones, sin embargo, el recurrente considera que ésta en todo momento relató los mismos episodios de abuso y sindicó al acusado como autor de los mismos.

Por ello que considera que no han existido contradicciones en su testimonio, sino aclaraciones en cuanto a la edad que tenía a la época de los abusos y otras circunstancias que surgieron de su interrogatorio.

Con respecto, a lo manifestado por el acusado en cuanto a que la denuncia tenía por **móvil la venta de una propiedad** sobre la cual la víctima estaba molesta, el recurrente sostiene que ella aclaró que ese no fue el motivo, manifestando además que desde los 18 años aquélla se encuentra anotada en el IPV para la adjudicación de una vivienda.

Asimismo, manifiesta que no se **valoró lo afirmado por los peritos** en cuanto al estado de angustia que presentaba la víctima en las entrevistas. Considera que eso nunca pudo ser fabulado.

En cuanto al examen mental de fs. 93 realizado al acusado, el recurrente sostiene que, si bien los resultados se encuentran dentro de los parámetros normales, destaca que en la realidad el abusador no tiene rasgos que permitan distinguirlo de quien no lo es. Hace referencia que en la sentencia se cuestionó el hecho que la víctima no les contó de los abusos a sus hermanas.

Al respecto, considera que debe valorarse que la víctima se encontraba sola, no tenía contención de nadie atento a que su madre no hizo nada al enterarse de lo ocurrido y su padre se encontraba fallecido.

En efecto, argumenta que el acusado **fue selectivo y abusó de la persona vulnerable de la casa**.

Por último, señala que las fotos donde se observa a la víctima y su abusador no deben ser utilizadas como un elemento para descartar los abusos, en tanto sostiene que la convivencia continuó durante largos años tolerando la denunciante los abusos.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General mantiene el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal contra la sentencia N° 1.467 y sus fundamentos dictada por la entonces Segunda Cámara del Crimen de la Segunda Circunscripción Judicial.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación formulado considero, por los motivos que a continuación se exponen, que corresponde hacer lugar a la impugnación interpuesta por el representante del Ministerio Público Fiscal.

Luego del análisis del recurso interpuesto por el Ministerio Público Fiscal, así como de la resolución atacada, considero ésta es arbitraria.

Esto, en tanto su motivación se encuentra viciada pues existen cuestiones que, en función las pruebas producidas, no fueron debidamente abordadas por el tribunal de la instancia anterior.

Como se explicará, ello derivó en una conclusión errónea en cuanto a la materialidad de los hechos y la autoría del acusado.

En este sentido, entiendo oportuno destacar que este Tribunal se ha pronunciado sobre valoración probatoria con perspectiva de género en diversas oportunidades («Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa»; «Quiroga Morales»; «Ojeda Pérez»; «Vázquez Tumbarello»; «Vega»; «Zurita»; entre otros).

Las consideraciones allí realizadas entiendo que, en lo pertinente, son aplicables al presente caso, en tanto el tribunal de la instancia anterior no abordó el caso con perspectiva de género.

En efecto, estimo que el tribunal **no valoró cuidadosamente el relato de D.M.L. al ser el único y más importante elemento con que se cuenta en los casos de abuso sexual.**

Asimismo, considero, en sentido concordante con el representante del Ministerio Público Fiscal, que la víctima no ha variado su versión de los hechos y que siempre ha sido clara, precisa y coherente al relatar los abusos sexuales de los que fue objeto por parte del acusado.

En este sentido, entiendo que el tribunal de la instancia anterior, al valorar la declaración de D.M.L. no tuvo en cuenta su situación de vulnerabilidad, al ser la víctima menor de edad al momento del hecho, así como tampoco tuvo en cuenta la existencia de violencia intra-familiar en la que se encontraba inmersa y las amenazas recibidas por el acusado. Estas situaciones fueron expuestas por la víctima al momento de prestar declaración testimonial durante el juicio oral.

En primer lugar, al manifestar que los abusos sexuales comenzaron cuando ella tenía **8 años de edad**; en segundo lugar, al hacer referencia que el acusado era **agresivo y golpeador compulsivo**, que su mamá sabía de los abusos y no hacía nada al respecto y que su padre había fallecido.

Por lo tanto, no tenía nadie que la defendiera ni la protegiera.

Por último, destacó que el acusado le manifestaba que si le contaba a su madre la iba a matar.

Por lo expuesto, considero que la sostenida falta de coherencia en el relato de los hechos, tal como lo plantea el tribunal, carece de virtualidad para excluir la existencia del hecho y la responsabilidad penal del acusado.

Es decir, no se advierten motivos de peso para dudar de la declaración de la víctima D.M.L., en tanto resulta respaldada a través de una serie de corroboraciones periféricas, entre las que ocupa un lugar preponderante, el informe psicológico de D.M.L., como así también las declaraciones de la licenciada R. L. D., el doctor R. C. y la testigo J. L., las que han sido valoradas y analizadas de manera aislada y parcial por el tribunal de la instancia anterior.

Considero que tal vicio resulta decisivo con relación al resultado del fallo que se ataca, en tanto su integral valoración haría variar la solución adoptada.

En efecto, en el informe psicológico de fs. 183 y vta. la licenciada R. L. D. destacó que la víctima **«[n]o tiene características de personalidad fabuladora [...] Relata hechos de abuso sexual con acceso carnal que la ubican como víctima de los mismos.** El actor de esos hechos es claramente identificado como el denunciado en autos [...] El relato que hace de los hechos le provoca angustia y llanto [...] Al evaluar los indicadores psicológicos que permiten inferir credibilidad en el relato surge: -Se observan sentimientos concomitantes con una vivencia gravemente ultrajante (angustia, temor e impotencia). **-Relato lógico y estructurado. -Presencia de detalles específicos al momento de los hechos.** -Presencia de alusiones al estado mental subjetivo.

El contexto de la denuncia es el esperado en este tipo de casos [...] **El daño psicológico observado es alto.** En este sentido, los hechos le produjeron una importante modificación en la vida cotidiana, con detrimento de la paz anímica, ocasionando tristeza y descenso en el nivel de calidad de la existencia. Se detectan sentimientos de angustia, vergüenza, tristeza, visión negativa de la vida y el porvenir, accesos de llanto, falta de deseo de continuar viviendo.

Surgieron sentimientos de aislamiento, de desamparo, dificultades en las vivencias de placer [...] presenta síntomas de depresión crónica, lo cual compromete su afectividad y la manifestación de la misma [...] **Al evaluar los indicadores psicológicos, es posible inferir credibilidad a su relato».**

A su vez, durante el juicio oral la licenciada refirió que existió concordancia entre las emociones que iba expresando la víctima, su angustia y el relato que hacía de los hechos.

También debe destacarse que, ante la pregunta del representante del Ministerio Público Fiscal, en cuanto a que si existió alguna cuestión ganancial en su relato que tuviera motivo para que la víctima inventara los hechos, contestó que no encontró nada que pudiera parecer un motivo para hacer una falsa denuncia. Además, refirió que generalmente ella es una de las cuestiones a indagar, sobre todo cuando el autor es alguien conocido o de la familia, en tanto pueden intervenir sentimientos, situaciones o conflictos en la familia como un modo de hacer daño o de buscar una recompensa económica.

Asimismo, ante el interrogatorio del representante del Ministerio Público Fiscal, con respecto a si pudo advertir por qué razón la víctima guardó el secreto tanto tiempo, la profesional explicó que es esperable que pase mucho tiempo para contar los hechos de abusos, en tanto la víctima se encontraba en la **etapa de develación tardía o denuncia tardía.**

Por su parte, el doctor R. C., médico psiquiatra del Cuerpo Médico Forense, durante el juicio oral manifestó que es bastante común que la víctima haya guardado tanto tiempo el secreto del abuso sexual.

Asimismo, ante la pregunta del representante del Ministerio Público Fiscal con respecto a si encontró algún indicador que el abuso fuera inventado con un fin ganancial, manifestó que no, que le pareció que era una cuestión bastante posible.

Se advierte, que **no** se extrae del testimonio de la víctima, ni de las declaraciones de los profesionales, ni de ninguna otra prueba que exista por parte de la víctima algún **fin ganancial** para denunciar los hechos de abuso sexual por parte del acusado.

A su vez, la declaración de la víctima se encuentra respaldada **por la declaración de su hermana, J. L.,** prestada durante del juicio oral, quien manifestó que cuando la D.M.L. tenía ocho años de edad vio la mano del acusado en su vagina por debajo de las sábanas. Aclaró que se dio cuenta por el movimiento de las sábanas.

También contó que, en otra oportunidad, P. F. alzó a D.M.L. para cambiar un foco y le tocó la cola, situación relatada por la propia víctima.

Asimismo, la testigo confirmó los episodios de violencia que sufrían por parte del acusado. En efecto, a pesar de la mala relación que existía entre la testigo y el acusado, admitido por la primera, considero que no existen motivos serios para pensar que J. L. quería perjudicarlo con su declaración, en tanto manifestó, en forma clara, que nunca tuvo problemas con F., más que le levantara la mano, otra cosa no pasó. Por consiguiente, advierto que, en el caso bajo análisis, la sentencia no cumple con los recaudos necesarios para constituir un acto jurisdiccional válido.

Esto, en tanto se observa que el tribunal analizó de manera aislada y parcial las declaraciones de la licenciada R. L. D., el doctor R. C. y la testigo J. L., como así también el informe psicológico de la víctima y su declaración. («Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa»; «Quiroga Morales»; «Ojeda Pérez»; «Vázquez Tumbarello»; «Vega»; «Zurita»; entre otros).

Clandestinidad y valor central de testimonio de la víctima. Mamani Navarro.

En este orden debe tenerse en cuenta, tal como este Tribunal ha referido en otras ocasiones, que la mayoría de estos delitos se cometen en la clandestinidad, lo que de por sí justifica **el valor central que en su acreditación o desestimación tengan los testimonios brindados por quienes aparecen como víctimas**, atento que éstos suelen ser los únicos elementos de prueba, imponiéndose, en consecuencia, la imposibilidad de exigir pluralidad de pruebas en referencia directa al hecho ilícito (ver al respecto **«Mamani Navarro»**).

Por su parte debe considerarse que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene referido que no resulta un acto jurisdiccional válido aquella sentencia en que se «consideran los **testimonios en forma fragmentaria y aisladamente** [...] en especial cuando se ha prescindido de una visión de conjunto y de la necesaria correlación de los testimonios entre sí, y de ellos con otros elementos indiciario».

Asimismo, consideró que «es arbitraria la sentencia en la cual la interpretación de la prueba se limita a un **análisis parcial y aislado** de los elementos de juicio obrantes en la causa; pero no los integra ni armoniza debidamente en su conjunto, defecto que lleva a desvirtuar la eficacia que, según las reglas de la sana crítica, corresponde a los distintos medios probatorios» (Fallos 308:640). Esta es la posición también de este Tribunal (ver, al respecto, L.S. 381-233; 382-107; 388-219; 398-42; 401-188).

Puede concluirse entonces que se advierten vicios en el análisis integral de los elementos de prueba valorados por el tribunal de juicio que lo llevaron a no tener por acreditada, por el beneficio de la duda, la materialidad del hecho y la vinculación de P. F. en su comisión, lo que lleva a anular la sentencia absolutoria.

En este aspecto, debe destacarse que constituye deber de los magistrados motivar suficientemente sus decisiones, por lo que resulta razonable que nuestro ordenamiento procesal local prevea que la sentencia será nula si faltare o fuere contradictoria la motivación de la mayoría del tribunal, o no se hubieran observado en ella las reglas de la sana crítica, con respecto a elementos probatorios de valor decisivo (art. 416 inc. 4 del CPP).

Por todo lo expuesto, debe contestarse de manera afirmativa la primera cuestión planteada por lo que, en consecuencia, corresponde la anulación de la sentencia cuestionada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género me remito, en lo pertinente, a lo

oportunamente señalado en «Di Cesare Morales» y «Mejía Salvador» por resultar, en lo pertinente, aplicable al presente caso.

En función de ello, estimo que corresponde responder de manera afirmativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso formulado en autos, y anular la sentencia de N° 1.467 de fs. 451 y vta. y sus fundamentos, y remitir las actuaciones al Tribunal Penal correspondiente a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la realización del nuevo debate. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuestos por el representante del Ministerio Público Fiscal y en consecuencia anular la sentencia N° 1.467 de fs. 451 y vta. y sus fundamentos.
- 2.- Remitir los presentes obrados al Tribunal Penal Colegiado correspondiente, a fin que la OGAP siga el trámite de ley y se emita un nuevo pronunciamiento.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 28 de octubre de 2022.-

32- GUARDIA MERCADO. 30-11-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	H	NNA	-	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=979>

Lex: 119, 2°, 3° y 4° párrafo inc. b del CP.

Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual con acceso carnal. Vínculo.

Summa:

El **TPC** condenó al nombrado a la pena de **once años de prisión** como autor responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo (un hecho) en concurso real con abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo (en un número indeterminado de hechos) (arts. 119, tercer párrafo en función con el cuarto párrafo inc. b; 119 segundo párrafo en función con el cuarto párrafo inc. b y 55, todos del CP). El SA es hermano de la menor víctima de 12 años.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 2 CPP). Estima que la sentencia es nula, realizando una crítica global de la prueba que sustenta la resolución.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1950. TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados:

a-SCJM

- «Villegas»,
- «Álvarez Vega».07-07-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=314>
- «Donoso»,
- «González Pringles», «Concha, Jesús», «Garrido Olivares», «Paz Parra», «Buenanueva Avallay» y, más recientemente, «Vargas Riquelmes», «González Sosa» y «Scifo Ruffini» y «Martínez Fernández»
- Agüero Pérez. 25-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=777>

Precedentes relacionados

a-CSJM

I-Interpretación y valor del relato de menores de edad víctimas de A.S.I. en contextos familiares:

- «Oliva». 28-02-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=10>
- «Gómez Ayala». 17-05-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=662>
- «Ficara».

II- Relato del menor:

- «Riedberger Galdame». 14-07-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=365>
- «Lorente»
- «Sayd Carrizo»

SCJM. Dres.: **Palermo.** Adaro. Valerio.

Fallo.

CUIJ: 13-06832368-6/1((018601-154876)) F. Y QUER. C/ GUARDIA MERCADO ENZO JAVIER P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL (154876/17) (154876) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106083988*

En Mendoza, a los treinta días del mes de noviembre del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13- 06832368-6/1 caratulada “F. c/ G. M. S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO, segundo DR. MARIO D. ADARO, y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO.

La defensa de E. J. G. M. interpone recurso de casación contra la sentencia n° 1.950 y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.

Ello, en tanto se condena a aquél a la pena de once años de prisión de cumplimiento efectivo por considerársele autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo (un hecho) en concurso real con abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo (en un número indeterminado de hechos) (arts. 119, tercer párrafo en función con el cuarto párrafo inc. b; 119 segundo párrafo en función con el cuarto párrafo inc. b y 55, todos del CP) en los autos n° P-154.876/17.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO:

1.- La resolución recurrida

El juez de la instancia anterior tuvo por acreditado, con la certeza requerida para el dictado de una sentencia condenatoria, que «[...] sin poder precisar fecha exacta pero cuando la víctima L. (nacida en fecha 5 de septiembre de 2001) contaba con doce años de edad, en horas de la siesta, en el domicilio sito en [...] [...], su hermano E se quitó la remera, [...] tomó de los brazos a la víctima, la acostó boca arriba en la parte de debajo de la cucheta de una de las habitaciones del domicilio referido, la levantó de los brazos y mediante amenazas le tapó la boca, la desvistió, le exigió que le chupara el pene y la penetró por la vagina. Luego, sin poder determinar las fechas y horas exactas, pero cuando [L.] tenía 13 años hasta que cumplió los 16 años, E. G. M., siguió manoseándola y la obligó, sujetándola del cabello y poniéndola de rodillas en el piso, a que le chupara el pene, en un número indeterminado de veces» (véase expte. digital). Para decidir en tal sentido, el juez valoró las declaraciones testimoniales brindadas en sede de debate – en particular la de los familiares de L. y el acusado–, la declaración de L. en Cámara Gesell, la declaración del acusado, el informe del Equipo de Abordaje de Abuso Sexual (EDeAAS a partir de ahora) y el informe del Cuerpo Médico Forense (CMF a partir de ahora). Todo ello junto con el resto de la prueba válidamente incorporada al proceso.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa interpone su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 474, inc. 2 del CPP. El recurrente construye su estrategia argumentativa alrededor de la idea de que L. miente y, a partir de allí, despliega una serie de argumentos que pueden ser resumidos en cuatro postulados. Primero, con base en la versión brindada por el acusado al prestar declaración, sostiene que la niña se encontraba obsesionada con él.

Segundo, alega que la familia del acusado contradijo lo expresado por L., un indicio más de lo falaz de su declaración. Tercero, pone de relieve contradicciones internas en el relato de L., tales como el tiempo y lugar donde se habrían producido los abusos. Cuarto, niega la posibilidad física de la secuencia relatada por L. respecto de cómo sucedieron los abusos sexuales. Realiza reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

Una vez analizados los agravios vertidos por la defensa, el Procurador considera que, si bien el recurso procede formalmente, debe ser rechazado en el fondo.

Argumenta que en la sentencia se llevó a cabo un análisis de la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica racional de acuerdo con el derecho vigente. Agrega que en el juez de la instancia previa tuvo en cuenta que la víctima al momento de los hechos era una niña y que esta circunstancia fue correctamente tenida en cuenta al valorar las pruebas obrantes en la causa.

En particular, con respecto al testimonio de L. destaca que de los exámenes psicológicos y otras corroboraciones periféricas objetivas surge que no miente.

Finalmente, pone de relieve que no se ha verificado por parte de la víctima la intención de perjudicar al acusado, lo que surge de las entrevistas que los profesionales intervinientes le efectuaron en distintas oportunidades.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso interpuesto corresponde adelantar que la impugnación debe ser rechazada y, en consecuencia, convalidada la sentencia recurrida en su totalidad. Ello, de conformidad con los argumentos que a continuación se exponen.

La defensa cuestiona la validez del razonamiento del juez de la instancia previa, a partir de la valoración del testimonio de la víctima L. Esto por cuanto ha resultado fundamental para la acreditación del hecho imputado a E.

En este sentido, la crítica de la defensa relativa a la falta de credibilidad de la versión de L. se sustenta en lo que serían imprecisiones en su relato y en prueba que refutaría sus dichos, al mismo tiempo que avalaría la versión brindada por el acusado.

De manera preliminar, corresponde señalar que L refirió, en relación con el hecho investigado en la presente causa, los siguientes detalles: «Yo vivía con mi mamá primero en [...], mi mamá siempre nos dejaba solos. Mi mamá mi hermana, y los mellizos; mi mamá siempre se iba, nos dejaba sola, con mis hermanos.

Ellos venían a cuidarnos, se iba a la mañana y volvía a la noche, mi hermano E., nos decía que nos portábamos mal, y nos pegaba y en la siesta yo me iba dormir con él. Cuando yo me quedaba en esa pieza, yo cuando me quedaba dormida él me manoseaba. Cuando le decíamos a mi mamá [...] yo me quedaba con él en la pieza [...] para que no les pasara lo mismo a mis hermanos.

Tenía unos once años más o menos; mi papá también nos dejaba solos y quedábamos al cuidado de E. Una de las veces, nos dejó en el patio. El patio era de chapa y hacía calor, nos mandaba al patio, y él se quedaba adentro. Y nos decía que hasta que no termináramos no entrábamos. Yo prefería que lo que él me hacía a mí no se lo hiciera a mis hermanos. Una de esas veces yo entré, y el cerró la puerta con pasador y mis hermanos quedaron afuera, no me acuerdo si estaba con remera o no, me pegó porque dijo me había portado mal. Él fue a abrir la puerta, mi mamá entró y me vio[...]. Mi mamá [...] se fue, él me agarró en la parte de abajo cucheta y me agarró con una mano los dos brazos hacia arriba y con la otra me tapo

la boca, me saco la ropa interior, yo le decía que no, me saco la ropa y me violó» (p. 5 de los fundamentos de la sentencia en formato digital).

Luego, al continuar con su relato, L. expresó: «[...] Hubo un tiempo en que E. vivió con nosotros, después venían seguido, los vecinos se quejaban porque nos quedábamos solos, y entonces ahí empezó a venir E., y les dio permiso para que él nos pegara; incluso si no nos portábamos bien [...] en [...] más o menos 7 y a los 10 u 11 en casa de mi abuelo en [...]. Nos arrendaba mi abuelo.

Esa casa no recuerdo la dirección exacta [...]. Ahí hasta que puse la denuncia. Hasta el 14 noviembre de 2017 la violación fue en [...] me manoseaba, nos golpeaba. En [...] fue esa sola vez. No estoy segura. Porque nos pedía sexo oral. Mi mamá no estaba, yo me tenía que quedar en la casa [...] él me decía que fuera a donde él estaba que yo le tenía que hacer caso.

El me despertaba, tenía dos opciones o se la chupaba o me la metía. Yo le decía ninguna de las dos, y él me decía que no tenía opción, me acuerdo de que él iba al baño se lavaba o se había bañado, y me agarraba, a mí me daban arcadas me daban ganas de vomitar, lloraba, y me decía que no le importaba [...] lloraba todo el tiempo [...] me daban muchas arcadas y vomitaba, y él me decía bueno, no pasa nada, me decía quédate tranquila, ya va a llegar tu mamá, no digas nada...lo de sexo oral fueron muchas veces, no recuerdo cuantas.

Él ponía películas porno en vez de los Simpson. La violación fue más de una vez. No sé, esa vez fue la que más recuerdo. Me dolía, y mi mamá me decía que tenía [...] que no molestara que yo siempre quería ir al médico. Él me decía que no dijera nada, que mi mamá se iba a morir [...] una de las últimas veces fue en el casamiento. Yo no me acuerdo si estaba en el colegio. El me busco y me dijo que tenía que ir con él, mi mamá me decía que tenía que hacerle caso que era mi hermano. El me busco en el auto, yo tuve que hacer la limpieza, él me puso contra la pared me manoseo, tocaron el timbre, y él me dejo encerrada, y me dijo deja la casa limpia vos tenés que dejar la casa limpia, va a venir gente» (fundamentos, p. 5). Seguidamente, responderé ordenadamente a cada uno de los argumentos a partir de los cuales el recurrente construye su estrategia defensiva.

En primer término, la defensa sugiere que L. **se encontraba obsesionada con el acusado**, con base en la declaración de éste (argumento uno) y a partir de las manifestaciones de los familiares de ambos (argumento dos).

Esta obsesión, según la defensa acentuada por los celos experimentados cuando el acusado contrajo matrimonio, habrían conducido a L. a inventar la existencia de los abusos.

En este orden, debe tenerse en cuenta que el acusado negó tener conocimiento de los hechos, los rechazó y subrayó contradicciones la declaración de L. Específicamente, sostuvo que nunca estuvo a solas con L, que tenía una buena relación con ella y que fue su casamiento el que la afectó especialmente.

Particularmente, respecto de su relación con L. dijo que: «Era muy, muy buena, Ella salía corriendo para abrazarme [...]. Ella cambió mucho cuando me casé, ella fue dama de honor, eso fue en el 2017, cambió mucho su personalidad, ella se intentó suicidar en setiembre del 2017, eso fue después de que yo me casara [...]. Yo saqué la deducción, mi hermana antes del casamiento tenía comportamientos raros con mi esposa, decía que la había abandonado, que no iba a la casa, yo la verdad no tenía tiempo, cuando llegó el momento del casamiento recuerdo que cuando le dije [que me] iba a casar no se veía contenta [...]. Cuando salió de la clínica empezó a decir que yo había abusado de ella de chiquita. Ella empezó a llamar la atención, no supo como sostener la mentira, a mi mamá le dijo cuando éramos chicos, después que había sido abusada, todo lo que está en la Cámara Gesell es descabellado» (fundamentos, p. 3).

Bien, esta versión alternativa de los hechos brindada por el acusado y reiterada por el recurrente en esta instancia fue considerada por el juez de la instancia anterior –correctamente a mi entender– como una mera especulación carente de un mínimo respaldo probatorio que permita poner en crisis la hipótesis acusatoria.

En términos generales, la prueba reunida en autos da cuenta de la existencia del hecho atribuido al acusado y de su autoría. Basta con referir la manera en que se revelan los abusos, así como el resultado de los informes practicados por el Cuerpo Médico Forense y el EdeAAS, las cuales han sido analizadas con especial atención por el tribunal de juicio. La denunciante, R. G. (prima de L.), expuso que fue después del intento de suicidio de L. cuando le contó de los abusos, así como que su madre estaba al tanto y no quiso denunciar: «Nosotros nos enteramos de que había querido suicidarse, ahí empezamos a compartir los fines de semana, se quedaba con nosotros. Después de un mes, más o menos, me contó» (fundamentos, p. 7).

Respecto de este testimonio y la manera en que se produjo la develación, el juez valoró que fue el resultado de un proceso, en el cual L., sumida en una gran depresión quiso quitarse la vida, luego comenzó a frecuentar a su madrina y, después de un mes aproximadamente, tuvo la fortaleza de contarle lo sucedido. R. G. también detalló que L. lloraba todo el tiempo, que a veces la encontraban debajo de la cama en posición fetal.

En este mismo, sentido declaró R. M., madre de la denunciante y madrina de L. quien refirió que ésta: «[...] nos contó cómo había sido abusada, yo la llevé a declarar, también a la Gesell, a la Fiscalía, vivió con nosotros, vi sus crisis, ella se había querido suicidar, ella lo hizo por algo, ahí mi hija la invita y va a la casa, y ahí nos contó, no me acuerdo su edad, pero habrá sido como a los 8 años, y el autor fue E.»

La espontaneidad de la revelación de los abusos producto de un proceso de confianza de L. con su madrina, fue valorada por el juez sentenciante como un indicio de credibilidad.

Por su parte, los extremos de las declaraciones de estas dos testigos se correspondieron con lo declarado por L. en la Cámara Gesell. A partir de aquí, el juez rechazó la existencia de ganancialidad alguna en el relato de L.: «Tanto de esta deposición, como la de su hija, se advierte claramente la ausencia de cualquier móvil espurio en la formulación de la denuncia, ambas tenían muy buena relación con la progenitora de L. y con el propio imputado, es decir, no existe ninguna sospecha en relación con querer formular una denuncia que tenga un propósito distinto que la búsqueda de la verdad y la protección de la víctima» (fundamentos, p. 8).

Avalaron el relato de L. la Lic. Noelia Chaler, profesional que estuvo al frente del tratamiento de L., en su informe psicológico, así como la Lic. Fusari del EdeAAS, quien intervino en la entrevista preliminar a L. Así, el juez afirmó que «en sentido coincidente con el análisis ut supra expuesto, la licenciada expresó que los factores que influyeron en el develamiento tardío fueron el miedo a su hermano, el anuncio de maltrato físico y el hecho de no contar con elementos de sostén en el entorno, concretamente la falta de apoyo de su madre, y el resto de su familia, salvo su prima y tía que son quienes propiciaron la formulación de la denuncia» (fundamentos, p. 9).

Por su parte, el Lic. Agustín Agasso, perteneciente al EDeAAS y el Dr. Damián Fernández (psiquiatra de la víctima) declararon en el mismo sentido. En otro orden, respecto de los testigos ofrecidos por la defensa técnica (entre ellos N., hermana de la víctima y D., madre del acusado), los cuales intentaron abonar la hipótesis de la imposibilidad material de la comisión de los hechos, el juez sentenciante puso de relieve que estos pertenecen al entorno hostil al que hicieron referencia los profesionales citados en el párrafo anterior, los cuales trataron a L. con posterioridad a su intento de suicidio. N. declaró que L. nunca le dijo

de la existencia de los abusos y que el acusado iba con poca frecuencia a las casas de [...] y [...], sugiriendo que los abusos no se habrían podido cometer.

Destacó, además, que el acusado nunca se quedó a solas con L. Por su parte, D. madre del acusado y de L., también negó los hechos e introdujo la posibilidad de que existieran otros agresores sexuales (véase in extenso, fundamentos, pp. 11 s.). Los testimonios anteriores, completamente en línea con la versión introducida del acusado al realizar su descargo fueron objeto de análisis del juez sentenciante a la luz de la prueba obrante en la causa, en especial, el testimonio de la víctima en Cámara Gesell, las declaraciones de la denunciante y su madre.

En este sentido, el juez consideró a esas declaraciones como intentos de deslegitimar la denuncia y beneficiar la situación procesal del acusado. Con igual temperamento fueron considerados los testimonios del resto de los familiares ofrecidos por la defensa.

En palabras del juez sentenciante: «De los testigos de descargo surge claramente el aval a la posición de la defensa en orden a que los abusos no fueron materialmente posibles de cometer, sea porque el imputado no permanecía a solas con la víctima o porque la visitaba esporádicamente.

Además, se advierte en ellos una denostación de ella, presentándola como una persona veleidosa y de alguna manera obsesionada con su hermano. Sin embargo, respecto del primer argumento -como se lo indicó supra- es imposible que durante tantos años y habiendo pasado infinidad de momentos juntos no hayan pasado momentos solos.

En lo que respecta al segundo de los argumentos, no surge de las pericias practicadas sobre la víctima que esta padeciera de alguna patología o trastorno que la llevara a percibir la realidad de una manera distorsionada, o en su casa que la llevara a mentir, máxime si se tiene en cuenta que todos los testigos que depusieron indicaron que había una muy buena relación entre ellos, vale decir no existía ninguna razón para llevar a L.E. a mentir efectuando semejante acusación» (fundamentos, p. 14).

La defensa, además, pone de relieve contradicciones internas en el relato de L. relativas al tiempo, lugar (argumento tres) y circunstancias en las que se habrían llevado a cabo los abusos (argumento cuatro). En relación con dichas variaciones en el relato de L. la defensa subraya que surgiría del expediente que aquella vivió en [...] hasta los cinco años, mientras que al momento de declarar sostuvo que residió allí hasta los diez años y que se cambiaron a [...] cuando tenía doce o trece años de edad. Asimismo, la defensa refiere que L. no recordaba si había sido abusada a los nueve o diez años.

Finalmente, sostiene que la secuencia del abuso sexual sería físicamente imposible, pues el acusado no podría al mismo tiempo tomarla de los brazos, taponarle la boca, desvestirla y penetrarla.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que las **variaciones del testimonio de las víctimas cuando se trata de niños o niñas**, en el marco de delitos tales contra la integridad sexual, y en tanto no resulten esenciales, se explican debido a lo traumático de tales experiencias y la dificultad para asimilar la agresión (ver, al respecto, en lo pertinente, «Villegas», «Álvarez Vega», «Donoso», entre muchos otros).

No debe olvidarse que las agresiones contra la integridad sexual se cometen usualmente en el ámbito de la intimidad y al margen de terceros, contexto que, junto con las prescripciones derivadas de compromisos internacionales asumidos por nuestro Estado, así como de la legislación nacional y provincial que protege los derechos del niño, impone poner en un lugar destacado el testimonio de L. En estos casos se advierte una mayor vulnerabilidad por tratarse de un ataque contra la integridad sexual y por la edad de la víctima. Vulnerabilidad que aumenta cuando la agresión se produce en el seno familiar (ver al respecto, y en lo pertinente, lo señalado por este Tribunal en los precedentes supra citados).

Todo lo cual ha sido especialmente tenido en cuenta por el juez sentenciante.

De tal manera, deben descartarse como contradicciones, que pongan en tela de juicio la existencia de los hechos y la autoría del acusado, que L. no pudiera precisar con exactitud el momento de la mudanza, el lugar exacto en el que se produjeron los hechos o algunos extremos accidentales del abuso, principalmente si los abusos se produjeron cuando ella tenía nueve o diez años.

Respecto del cuestionamiento de las circunstancias de tiempo y espacio en las que se llevaron a cabo los abusos, como referí al momento de analizar las declaraciones testimoniales de los profesionales que intervinieron en las entrevistas a la víctima y la declaración de R. G., así como las manifestaciones de L. en Cámara Gesell, debe descartarse cualquier imposibilidad espaciotemporal –tanto respecto de las visitas, como en relación con la presencia del acusado en los domicilios de [...] y [...]– así como que la secuencia de el abuso sexual con acceso carnal no fuera fáctica posible: la niña relató el abuso de una manera ordenada en función de cómo lo recordaba, lo que no implica que el autor haya penetrado a L. al mismo tiempo que la sujetaba con ambos brazos y la desvestía.

En otro orden de ideas, no debe perderse de vista que la defensa omite explicar cómo su estrategia defensiva podría haber variado en función de la edad específica en la que se cometieron los abusos, cuando la prueba es sólida y contundente respecto a su existencia y la autoría del acusado. Es decir, el momento de la mudanza de un lugar a otro deviene entonces irrelevante.

En la misma línea es contundente el Procurador general al considerar que «las precisiones de fechas y contradicciones que pretende introducir el letrado defensor son endeble y no mellan el relato que dio lugar a la acusación, el hecho de que no se recuerden los días o el año exacto en que sucedieron los hechos cuando estos eran frecuentes, no alcanza para conmovir la declaración de la víctima máxime teniendo en cuenta la edad de la menor».

En resumen, coincido con la conclusión del juez de la instancia anterior cuando sostuvo: «teniendo en cuenta todos estos elementos de convicción, considero que el testimonio de la víctima es sincero y no encuentro razones para estimar que haya mentido.» (p. 14).

Sobre la base de lo señalado considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada.

En consecuencia, debe rechazarse el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado y convalidarse en su totalidad la sentencia puesta en tela de juicio. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Comparto los fundamentos por los cuales mi colega preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa del acusado. En cuanto a las consideraciones realizadas en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género y, en particular, cuando la víctima presenta una doble condición de vulnerabilidad, por su género y por la franja etaria a la que pertenece me remito, en lo pertinente, a lo que ya he referido en numerosos pronunciamientos (**ver «González Pringles», «Concha, Jesús», «Garrido Olivares», «Paz Parra», «Buenanueva Avallay» y, más recientemente, «Vargas Riquelmes», «González Sosa» y «Scifo Ruffini», «Agüero Pérez», entre otros**). ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Si bien adhiero a los argumentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde confirmar la sentencia analizada, me interesa dejar a salvo mi opinión en relación con la **valoración de los elementos de prueba** en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género.

Sobre esta cuestión, me remito, en lo pertinente, a lo que ya he referido en numerosos pronunciamientos (ver «Villegas», «Álvarez Vega», «Donoso», entre muchos otros). ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de E. J. G. M. (véase expte. digital)
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

33- SOSA ORTUBIA y LUCERO LORCA. 30-11-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	Dos	NNA	-	PCE	-	-	CO	-	-	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=980>

Lex: Art. 119, 1°, 2°, 3° párrafo en función 4° párrafo, inc. f y 55 del CP. Ley 26585. CDN.

Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual con acceso carnal. Convivencia. Prescripción.

Summa:

El TPC condenó a:

a-Sosa, como autor del delito de abuso sexual con acceso carnal (art. 119, tercer párrafo, del CP) a la pena de **nueve años de prisión**.

b- Lucero a la pena de **dieciséis años de prisión** en efectivo por los delitos de abuso sexual endilgados

Las **defensas** interponen recursos de casación (Art. 474 inc. 2 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1959 (07-02-22). TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados:

a-SCJM

- precedentes «Torres L.», «Italiani», «Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa», «Ojeda Pérez», «Vázquez Tumbarello», «Brancello», «Ortega Ragonesi», «Biscontín Tobares», «Zurita», «Gómez Ayala», entre muchos otros).
- «Di Cesare Morales» y «Mejía Salvador».

Precedentes relacionados

- Ver Agüero Pérez. 25-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=777>

SCJM. Dres.: **Valerio**. Palermo. Adaro.

Fallo.

CUIJ: 13-06836376-9/1((018601-3313)) F C/ SOSA ORTUBIA ARMANDO ANTONIO Y LUCERO LORCA CRISTIAN OSCAR P/ ABUSO SEXUAL Y ACUMULADOS N° 3316/20 Y 3509/20(3313) (3313/20) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106087637*

En Mendoza, a treinta días del mes de noviembre del año veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-06836376- 9/1 caratulada “F. C/S. O., A. A. Y L. L., C. O. P/ABUSO SEXUAL Y ACUMULADOS N° P-3316/20 Y P-3509/20 S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero, DR. MARIO D. ADARO.

A fs. 1 obra constancia de la que surge que las defensas de los acusados A. A. S. O. y C. O. L. L. interponen recursos extraordinarios de casación contra la sentencia n° 1.959 de fecha 7 de febrero de 2022, y sus fundamentos del Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial, dictada en sala unipersonal.

Esto, en razón de que en ella se condenó a A. A. S. O. como autor del delito de abuso sexual con acceso carnal (art. 119, tercer párrafo, del CP) a la pena de nueve años de prisión en autos n° P-3.316/20.

A su vez, en razón de que se condenó a C. O. L. L. a la pena de dieciséis años de prisión en efectivo por los delitos de abuso sexual con acceso carnal agravado por ser cometido contra un menor de 18 años aprovechando la situación de convivencia preexistente (hechos 1 y 2) y abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser cometido contra un menor de 18 años aprovechando la situación de convivencia preexistente, todo en concurso real (art. 119, tercer párrafo en función del art. 119, cuarto párrafo, inc. f., art. 119, segundo párrafo en función del art. 119, cuarto párrafo, inc. f. y art. 55 del CP) en autos n° P-3.509/20; abuso sexual simple agravado por ser cometido contra un menor de 18 años aprovechando la situación de convivencia preexistente (hecho 1) y abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser cometido contra un menor de 18 años aprovechando la situación de convivencia preexistente (hecho 2), todo en concurso real (art. 119, primer párrafo en función del art. 119, último párrafo y art. 119, cuarto párrafo, inc. f., art. 119, segundo párrafo en función del art. 119, cuarto párrafo, inc. f. y art. 55 del CP) en autos P3.313/20; y abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser cometido contra un menor de 18 años aprovechando la situación de convivencia preexistente (dos hechos) en concurso real (art. 119, segundo párrafo en función del art. 119, cuarto párrafo, inc. f., art. 119, segundo párrafo en función del art. 119, cuarto párrafo, inc. f. y art. 55 del CP) en autos n° P-3.316/20.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

La sentencia cuestionada, respecto del acusado C. O. L. L. en autos n° P-3.509/20, en lo pertinente para la resolución del recurso interpuesto, consideró acreditada la plataforma fáctica del requerimiento de citación a juicio en tres hechos respecto de la víctima V. I. G. A. En este sentido, el juez de la instancia previa encontró probado que «[...] para fecha y hora no determinada [...] entre el año 2006 y 2009

aproximadamente, en el interior del domicilio sito en calle [...] San Carlos, Mendoza, más precisamente en el baño de la vivienda, C. O. L. L. obligó a V. I. G. A.-hija de su entonces pareja A. A.- quien para esa época tenía entre 8 y 11 años de edad y con la cual convivía, a realizarle sexo oral y masturbarlo». Del mismo modo, estimó acreditado que, «[...] para fecha y hora no determinada [...] entre los años 2006 y 2009 aproximadamente, en el interior del domicilio antes mencionado, C. O. L. L. llevó a V. I. G. A.- quien para esa época tenía entre 8 y 11 años de edad y con la cual convivía, a la habitación que L. compartía con A. y obligó a la menor a masturbarlo y a practicarle sexo oral para luego eyacular sobre el cuerpo de la víctima». Finalmente, encontró corroborado que «[...] para fecha y hora no determinada [...] entre los años 2006 y 2009 aproximadamente, en el interior del domicilio antes mencionado, más precisamente en el hall de dicho domicilio, C. O. L. sentó sobre su regazo a V. I. G. A. quien para esa época tenía entre 8 y 11 años de edad y con la cual convivía, y mientras obligaba a la entonces menor a observar películas pornográficas, le realizaba tocamientos por encima y por debajo de la ropa, tanto en los senos, la vagina y en los glúteos, luego se masturbó y obligó a V. G. a masturbarlo». En autos n° P-3.313/20, en dicha sentencia, respecto del acusado C. O. L. L. y cuya víctima es M. J. G. A., se consideró acreditada la plataforma fáctica del requerimiento de citación a juicio en dos hechos. Así, que «[...] para fecha y hora no determinada [...] entre los años 2006 y 2011 aproximadamente, en horario de la tarde, en el interior de calle [...], departamento de San Carlos, Mendoza, C. O. L. L. llamó a M. J. G. A. –hija de la entonces su pareja A. A.– quien para esa época tenía entre 5 y 10 años de edad aproximadamente y con la cual convivía, a la habitación de su progenitora y luego de que la menor se acostara junto al sindicado, éste le realizó tocamientos por debajo de la ropa mientras apoyaba sus genitales en los glúteos de la víctima haciendo movimiento». De igual modo, que «[...] para fecha y hora no determinada [...] entre los años 2011 y 2013 aproximadamente, en horarios de la noche, en el interior del domicilio sito en calle [...], departamento de San Carlos, Mendoza, C. O. L. L. llamó a M. J. G. –quien para esa época tenía entre 10 y 12 años de edad aproximadamente– y mientras la obligaba a ver una película pornográfica, le efectuó tocamientos con sus manos por encima de la ropa en los pechos, los glúteos y la vagina y luego por debajo de la ropa le tocó la vagina y los pechos. Los abusos sexuales cometidos por L. S. hacia M. J. G. A. en la modalidades en que fueron descriptas en los dos hechos, ocurrieron en forma reiterada y frecuente, sin poder determinar cantidad de hechos».

Por último, en la sentencia recurrida, respecto de ambos acusados – A. A. S. O. y C. L. L. en relación a la víctima A. P. G.– en autos n° P-3.316/20, en lo pertinente para la resolución del recurso interpuesto, se consideró acreditada la plataforma fáctica del requerimiento de citación a juicio en tres hechos. Así, que «[...] para fecha y hora no determinada [...] en el año 2009 aproximadamente, en la casa de los padres C. L. L., sita en una finca de [...], San Carlos, Mendoza, precisamente en el lugar descripto por la víctima como un “mono-ambiente cuyas puertas daban hacia la pieza de la casa”, se encontraba A. P. G. de 5 años de edad cuando en un momento A. A. S. O. llamó a la menor para pedirle un abrazo y cuando ésta se acercó, S. le efectuó tocamientos en los senos y la cola y ella se alejó (hecho prescripto). A los diez minutos de esa situación, S. O. volvió a llamar a A. P. G. ofreciéndole golosinas si lo dejaba abrazarla, cuando ella se acercó, en una de las habitaciones de la vivienda mencionada, el sindicado nuevamente le realizó tocamientos en la cola y en los senos, le bajó el pantalón y le introdujo el pene en la vagina de la menor». Del mismo modo, el consideró probado que «[...] en una segunda oportunidad, para fecha y hora no determinada, en el año 2011 aproximadamente, en verano, en la casa ubicada en calle Bruno [...], San Carlos, Mendoza, precisamente en la habitación que A. A. compartía con su pareja C. L., éste invitó a A. P. G., quien para esa época tenía 7 años de edad aproximadamente, a acostarse en la misma cama que él para ver televisión y

cuando la menor accedió, L. se le acercó mientras la abrazaba y hacía que subiera la pierna derecha arriba de él y luego le efectuó tocamientos en su cuerpo por debajo de la remera y de la falda, le bajó la bombacha y le introdujo los dedos en la vagina, luego se tiró arriba del cuerpo de la niña, le metió los dedos en la boca y le preguntó si quería jugar a la mamá y al papá y le dio besos en el cuello». Finalmente, que «[...] para fecha y hora no determinada, en el año 2017 aproximadamente, en la casa de los abuelos paternos de la víctima, sita en Barrio [...], San Carlos, Mendoza, conocido como “[...]”, en momentos en que A. P. G. –quien para esa época tenía 13 años de edad aproximadamente– se encontraba durmiendo en el entretecho que tenía la vivienda, C. L. L., fue hasta allí a apagar la luz, le efectuó tocamientos en el cuerpo a la menor y le metió los dedos en la vagina».

De la valoración de la prueba obrante en las tres causas, el tribunal de la instancia previa consideró que existían elementos suficientes para condenar a los acusados por los delitos antes reseñados.

2.- El recurso de casación de las defensas de los acusados

Las defensas de ambos acusados, A. A. S. O. y C. O. L. L., formulan recursos de casación contra la sentencia arriba individualizada con fundamento en el art. 474, inc. 2 del CPP.

2.1.- Recurso de casación de A. A. S. O.

Luego de justificar la procedencia formal del libelo recursivo, la defensa del acusado refiere que la sentencia no cumple con la logicidad necesaria para sustentar la condena de su defendido. Afirmar así que no se han valorado correctamente las circunstancias de hecho y de derecho conforme la prueba colectada, las que comienza a analizar seguidamente.

Transcribe el hecho objeto de requerimiento y afirma que el juez tuvo al mismo por acreditado imponiéndole al acusado la pena de nueve años de prisión, conforme a las declaraciones testimoniales rendidas, la declaración de la víctima y los exámenes psíquicos. Pero, a su criterio, dejó prueba sin considerar y planteos sin tratar, que debieron derivar en una duda a favor de su defendido. Indica que la intervención de su defendido en el proceso fue atípica pues G. –padre de la menor– sólo denunció al coimputado L. como autor de los abusos de A. P. G, omitiendo a su defendido, incluso en sus sucesivas intervenciones y, vinculándolo en el debate, sólo respecto de otra de sus hijas, V. Afirmar también, que la tía de la menor, S., su hermano F. y su pareja, J. T., desconocían los hechos imputados a S. Lo mismo aconteció en abordajes previos del OAL. Añade que esta intervención tardía en el proceso lo privó de ejercer derechos esenciales de defensa en juicio como la participación y el contralor de trascendentes actos procesales. Entre ellos, la declaración de la menor en Cámara Gesell, que no fue tratada por el juez en la sentencia.

Respecto de la declaración de la menor, aduce inducción de los entrevistadores hacia una situación de credibilidad. Entiende que el lugar de los hechos, por las circunstancias, características y ubicación –fiesta de cumpleaños, mono-ambiente, niños jugando y presencia de adultos–, no presenta compatibilidad con una situación de abuso sexual con acceso carnal de una niña de cuatro o cinco años. Refiere que resulta extraña la omisión de la madre, pues fue avisada inmediatamente y el autor no era su pareja. Del mismo modo que la niña, luego de ser ultrajada, no llorara o gritara, siguiera jugando y luego se durmiera. Igualmente, que no resultara lesionada, en orden también a la diferencia de edad y de contextura física con su abusador.

Cuestiona también la credibilidad de la menor, que fuera señalada por la Lic. Sainz, quien elaboró, en contrario a lo afirmado, un completo informe en este sentido con las observaciones a la metodología seguida.

Critica el mayor valor otorgado a los exámenes oficiales, los que entiende erróneos. Añade, a los mismos efectos, la falta de acompañamiento al debate del informe de la Lic. Maschi. Destaca que es necesario valorar el resto de la prueba rendida y, en este sentido, indica que el examen ginecológico de la niña arrojó carencia de lesiones vulvares y/o vaginales, que difieren de la lesión del himen desflorado y que en una niña de corta edad hubieran dejado cicatrices o secuelas visibles a futuro. Refiere el testimonio de S. G., quien desconocía los abusos de S., así como que la menor no eligiera vivir con su padre, aun otorgada la tenencia de la menor.

Entiende que ello arroja luz acerca de la inexistencia de los hechos denunciados apareciendo ilógica la permanencia en ese entorno de sometimiento, ya que la niña regresó con su madre hasta el momento de la denuncia.

Por último, señala que la pena impuesta deviene desproporcionada en relación con la aplicada al coimputado L. que fue condenado por varios hechos agravados por su condición de guardador.

Finalmente, solicita se haga lugar al recurso en tanto su defendido debió ser absuelto por el beneficio de la duda o, en su caso, la pena impuesta debió establecerse dentro del primer tercio de la escala.

Hace reserva del caso federal.

2.2.- Recurso de casación de C. O. L. L.

La defensa de C. O. L. L., luego de fundamentar la procedencia formal del recurso respecto de los autos n° P-3.313/20 y P-3.316/20, sostiene que la conclusión del tribunal de la instancia previa no encuentra respaldo en las pruebas rendidas e incorporadas al debate, quien se apoyó fundamentalmente en el relato de la víctima M. J. G. Menciona que el tribunal, como un dato crucial, consideró la persistencia del relato de la víctima a través del tiempo a sus amigas, pareja y hermana. Sin embargo, estima que estas personas resultaron testigos de oídas y no pudieron aportar conocimiento acerca de las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que ocurrieron los hechos, y patentiza la arbitrariedad en la valoración de la prueba. Al efecto, destaca extractos de las declaraciones de S. G., R. L., M. G. D. y F. G., de los que surge que no tenían detalles de los hechos. Con el fin de cuestionar la presencia de su defendido en el domicilio, trae en abono la declaración de la Lic. Tuliz, del Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario y a pedido de la Justicia de Familia, quien refirió haber ido varias veces al domicilio, ser atendida por A. A., saber que estaba en pareja con el acusado, pero no haberlo entrevistado ni visto en el domicilio.

En este mismo sentido, señala que M. L. y C. L. hicieron saber que L. era trabajador rural, se iba muy temprano a la mañana y regresaba luego de las 18 hs. De igual modo, F. G.. Agrega que tampoco la Lic. Baudino, quien entrevistó a la víctima, analizó la credibilidad del relato de ésta.

Efectúa las mismas consideraciones sobre la prueba en cuanto a los autos n° P-3.316/20 y sostiene que el juez de sentencia soslayó el informe de la perito de control, Lic. Sainz, cuestionando su actuar profesional como pernicioso, cuando coincide con el actuar de la Lic. Maschi. Entiende que el fallo no logra despejar la duda acerca de la credibilidad del testimonio de A. P. G, a cuyo efecto transcribe parte de las conclusiones de la perito de control.

Concluye que en ambos expedientes no se verificó el estado de certeza de una sentencia de condena y ello lleva a un estado de duda insuperable que debe resolverse a favor del acusado (art. 2 del CPP), por lo que la sentencia adolece de arbitrariedad, por lo que se impone su nulidad.

Por último, hace reserva de recurso federal.

3.- El dictamen del Procurador General

El Procurador General, a fs. 7/8 de este legajo contesta la vista de ley y, luego de analizar los agravios esgrimidos por la defensa de L. L. en autos n° P-3.313/20 y n° P-3.316/20, considera que el recurso no procede sustancialmente, debiendo confirmarse la sentencia impugnada.

Entrando al análisis de los agravios adelanta que la defensa pretende un análisis ex novo de todo lo sustanciado en el debate, refiriendo que la casación no puede constituirse en otra instancia de lo ya pasado por la confrontación contradictoria en el debate.

Señala también que la valoración probatoria en casos de abusos sexuales en tanto suceden en la intimidad y fuera de la vista de terceros, impone otorgar valor esencial al testimonio de la víctima y los informes psicológicos.

Así entiende que en autos n° P-3.313/20 el examen psicológico y psiquiátrico del EDEaS no advierte en el relato de la víctima existencia de indicadores de fabulación o tendencia a invención de historias.

Lo propio refirió la Lic. Baudino.

En orden a la indeterminación de los testimonios acerca de las circunstancias en que sucedieron los hechos así como la condición de testigos de oídas –de su novio, amiga y hermana–, cabe aplicar la regla de amplitud probatoria, advirtiéndose en el caso que los mismos corroboran la coherencia y persistencia del testimonio de la víctima.

Añade también que la indeterminación temporal específica es propia de este tipo de conductas reiteradas. Califica de estéril la defensa argüida por el acusado de no encontrarse en el domicilio durante bastante tiempo por razones laborales y en mérito a lo señalado por la trabajadora social, pues en algún momento regresaría a la casa y tendría días de descanso.

En cuanto a los autos n° P-3.316/20, la defensa aduce desmedro del informe de la perito de control Sainz respecto del informe del EDeAS suscripto por la Lic. Maschi, lo que no deviene sino en una desacuerdo de apreciación valorativa.

Puntualiza los desacuerdos y entiende que el juez de sentencia ha otorgado mayor peso científico a la pericia del EDeAS, a la sumó el intento de suicido de A. P. G y la relación de este suceso respecto de los abusos. En síntesis, considera que ha habido correcta aplicación de la ley sustantiva, inexistencia de arbitrariedad y valoración de las pruebas e indicios bajo las reglas de la sana crítica racional, por lo que aconseja el rechazo del recurso casatorio.

En relación con el acusado S. O., el Procurador General contesta la vista de ley y, luego de analizar los agravios esgrimidos por la defensa del acusado en autos n° P-3.316/20, considera que el recurso no procede sustancialmente, debiendo confirmarse la sentencia impugnada. Reitera las consideraciones ya plasmadas en el dictamen anterior en cuanto a la pretensión de un análisis nuevo del desarrollo del debate así como respecto del valor probatorio, en delitos de abuso sexual, del testimonio de la víctima y los informes psicológicos.

Se detiene luego en la crítica efectuada por la defensa a las técnicas y procedimiento utilizadas por los profesionales del EDeAS frente a las que entiende aquella resultan más eficientes y que propugna la Lic. Sainz para sacar a la luz hechos como los investigados.

Transcribe las conclusiones disímiles de ambos informes para considerar que es el juzgador quien determina normativamente y de acuerdo a la sana crítica racional cuál de los dos informes posee un mayor rigor científico, a lo que aquel sumó el intento de suicido de A. P. G. y la relación de este suceso respecto de los abusos. En relación al agravio referido al quantum de la pena impuesta, afirma que el juez de la

instancia previa ha discriminado ampliamente los elementos objetivos y subjetivos considerando los parámetros de los arts. 40 y 41 del CP.

Finalmente, considera que ha habido correcta aplicación de la ley sustantiva, inexistencia de arbitrariedad y valoración de las pruebas e indicios bajo las reglas de la sana crítica racional, por lo que aconseja el rechazo del recurso casatorio.

4.-La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver los recursos interpuestos por las defensas, corresponde adelantar que las impugnaciones no deben prosperar.

En consecuencia, la sentencia cuestionada debe ser confirmada en esta instancia. Para mayor claridad dividiré el tratamiento de los recursos conforme cada uno de los acusados.

En tanto resulta de utilidad, dejo aclarado que el juez de sentencia ha efectuado una transcripción prácticamente exacta, en sus fundamentos, de los testimonios rendidos y ello así, luego de la atenta escucha de las videgrabaciones que del debate obran en autos.

De igual modo, de la prueba instrumental y testimonial que fuera incorporada.

Por otra parte, el amplio análisis de contexto –familiar, social y de perspectiva de género– que han vivenciado las víctimas V. G. G, M. J. G y A. P. G y que se realiza en los puntos I y II de la segunda cuestión en la resolución impugnada, no sólo permite, como bien se dice, situar témporo-espacialmente los hechos, sino que aporta cuantiosos elementos de juicio a analizar en esta instancia.

Allí se detalla cuidadosamente la composición familiar y su evolución en orden a la conformación de los convivientes, las condiciones de vulnerabilidad en que se desarrollaba la vida cotidiana de los hijos, el rol de los progenitores y la intervención de la Justicia de Familia con detalle de las actuaciones realizadas en los expedientes de ésa ofrecidos como AEV –n° 33184/2F, 33287/2F y 33930/2F–.

Asimismo, las situaciones de violencia sufridas por los hijos menores –víctimas y no víctimas–, las alertas que ya surgieran en aquel ámbito, las razones del silencio fundado en el descreimiento por parte de la madre y el miedo infringido por alguno de los acusados y el posterior develamiento a parejas, amigas y al progenitor que terminaron operando como detonante de estas causas judiciales.

a.- El recurso de la defensa de C. O. L. L.

La defensa estructura su queja en la existencia de motivación contradictoria, fundamentación aparente, falsa o arbitraria y transgresión a las reglas de la sana crítica racional. Ello, conforme el art. 474 inc. 2 del CPP.

Basa su libelo recursivo en el análisis del plexo probatorio efectuado por el juez de sentencia y afirma que debió primar el principio de la duda y del que, entiende, es derivación insoslayable, el principio de inocencia.

En relación con autos n° P-3.313/20, es posible circunscribir la crítica a tres tópicos. El primero, en cuanto desacredita indirectamente el testimonio de la víctima M. J. G. A en orden al argumento de persistencia del relato que utilizó el juzgador y que toma de los testimonios de S. G., R. L., M. G. D. y F. G.

Para ello afirma que, no obstante resultar testigos de oídas, no permitieron aportar conocimiento acerca de las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que ocurrieron los hechos.

En segundo lugar, cuestiona la credibilidad de dicho relato afincándose en el testimonio de la licenciada Baudino.

Por último, a fin de justificar una supuesta imposibilidad de comisión de los hechos, atada al escaso tiempo en que el acusado permanecía en la vivienda, en el testimonio de la Lic. Tuliz. Cabe decir, preliminarmente, que la queja en este punto no aparece sino como una mera discrepancia en orden a la valoración de la prueba, que logra desvirtuar el razonamiento del juez de la instancia previa.

En este sentido, debe señalarse que los hechos que conforman el requerimiento de citación a juicio, y que fueron tenidos por probados en la sentencia, acontecieron entre los años 2006 y 2011, y 2011 y 2013, conclusión a la que llegó el juez luego de efectuar un análisis completo del plexo probatorio rendido e incorporado.

Como ya se expresara, entiendo que los elementos de convicción obrantes en la causa han sido valorados siguiendo los principios de la sana crítica racional, particularmente las reglas de la lógica y la experiencia y observando, asimismo, en dicho análisis la debida perspectiva de género que el caso imponía (ver al respecto, y en lo pertinente, lo que he tenido oportunidad de señalar en los **precedentes «Torres L.»**, **«Italiani»**, **«Cruz Caporiccio»**, **«Merlo Lassa»**, **«Ojeda Pérez»**, **«Vázquez Tumbarello»**, **«Brancello»**, **«Ortega Ragonesi»**, **«Biscontín Tobares»**, **«Zurita»**, **«Gómez Ayala»**, entre muchos otros).

Por ello, estimo que el acto sentencial cuestionado posee la motivación necesaria para ser considerado un **acto jurisdiccional válido** y, por ello, no adolece de falencias que ameriten su anulación (ver al respecto, L.S. 186-427; 153-011; 354-218; 392-94 y 397-177, entre otros).

El juez de la instancia previa valoró acabadamente –en estos autos n° P-3.313/20– el testimonio de M. J. G. A. rendido en el juicio (ver fundamentos de fs. 23) y la denuncia que encabeza las actuaciones. La menor, no obstante no poder establecer sino un rango de tiempo de comisión de los abusos, determinó claramente que los mismos sucedieron entre los siete años y hasta el momento en que se fue a vivir con su padre, con indicación precisa del lugar en que los mismos acontecían –la finca [...] y el domicilio de calle [...]–.

De igual modo, puntualizó además el sitio –dentro del hogar– en donde se producían los acometimientos y, finalmente, la modalidad utilizada y la periodicidad de los mismos –tocamientos por encima y por debajo de la ropa, apoyo de las partes íntimas del acusado e incluso visualización de películas pornográficas– que sucedían al menos dos veces por semana (ver fundamentos de fs. 23 y constancias audiovisuales del día 01.11.2020, minutos 00:12:50 y ss.).

El detalle brindado a través de su extensa exposición precedida por un relato espontáneo y luego un amplio interrogatorio de las partes, me eximiría de mayores consideraciones en orden al valor intrínseco de su testimonio que, como víctima mujer y menor de edad, surge de su relato y resulta suficiente a los efectos de considerar la existencia de los hechos.

A ello debe sumarse que aquel relato es corroborado a través de elementos periféricos, que también han sido materia de agravio.

Por otra parte, como he tenido oportunidad de señalar en otras oportunidades, en este tipo de casos los recaudos de precisión de tiempo y lugar con que deben manejarse los acusadores ceden parcialmente ante la fenomenología del abuso sexual a menores.

Ello, pues se trata de delitos que ocurren generalmente en la intimidad, realizados por personas mayores, generalmente convivientes, en forma reiterada, sin testigos, lo que dificulta la evocación precisa de los sucesos, más aún cuando la víctima es un niño o adolescente expuesto a un trauma, lo que de por sí torna compleja su reproducción.

De allí, que la doctrina considera suficiente la individualización de períodos de tiempo (meses, años) que comienzan y culminan con ciertos acontecimientos (ingreso o egreso escolar, cumpleaños, mudanzas,

etc.), sitios (viviendas, colegios) no debiendo exigirse horas (sí, nocturnidad o no, por ejemplo) ni fechas exactas, pero sí, desde ya, modalidades (sólo tocamientos o acceso carnal, prácticas especialmente degradantes, etc.) (ver, al **respecto**, «**Vargas Vergara**»).

El punto de cuestionamiento de la defensa a los testimonios de L., S. y E. G. y G., radica en su falta de valor convictivo en orden a corroborar el relato de la víctima, dada la orfandad de detalles al efecto. Veamos. Dicho esto R. L. –novio de M. J. G. A.– no obstante que fue conciso, claramente afirmó «[...] que en el año 2007 A. S. la había tocado, la había abusado y que después había sido lo mismo con C. L. [...]» (ver registro audiovisual del día 01.11.2021, video 1, 01:59:48 y ss).

El testigo aportó datos de contexto de dicho develamiento: «[...] con 16 [años] estábamos en la plaza, en [...], yo al día siguiente me iba de viaje con mi familia al exterior y de la nada ella se empezó a sentir mal y le pregunté qué le pasaba y me contó lo sucedido [...]» (ver registro audiovisual del día 01.11.2021, video 1, 02:00:50 y ss). Luego, con más detalles, añadió que «[...] una vez la invitó a dormir a la cama de él y que la empezó a tocar [...]» (ver registro audiovisual del día 01.11.2021, video 1, 02:00:59 y ss). Resulta de relevancia destacar su actitud de respeto hacia la víctima por lo vivido, lo que aparece como una explicación ajustada en orden a la supuesta falta de detalles que apunta la defensa. Así, el testigo dijo que «[n]o le pregunté nada [...] yo nunca le pregunté nada, siempre [escuché] lo que ella quería contarme [sentía] vergüenza, miedo, odio, no saber qué hacer [...]» (ver registro audiovisual del día 01.11.2021, video 1, minutos 02:00:50 y ss).

Por su parte, S. G. sostuvo que «[M. J. le] comenta lo mismo que V., que había sido manoseada, hasta ahí es todo lo que sabemos [...] por C. [...]» (ver registro audiovisual del día 01.11.2021, video 1, 02:11:07 y ss).

Aun cuando no pudo precisar las fechas exactamente refirió que se enteró cuando supieron todos de este caso. Añadió, con seguridad, que les creía porque sus sobrinas eran muy sinceras y eran como sus hijas. Más adelante aclaró, en relación con M. J. que «[...] no ha habido abuso sexual, ha habido acoso, manoseo, al igual que V., de L. y de S. [...] la tocaba, le tocaba sus partes íntimas, digo que no ha habido penetración, si es abuso pero no de ese tipo [...]» (ver registro audiovisual del día 01.11.2021, video 1, 01:53:01 y ss).

En otro orden, M. M. G. también aportó detalles que han sido debidamente consignados en la sentencia (ver fundamentos, p. 24, párrafo 1°).

De ello, resulta importante rescatar que refirió expresamente haber tomado conocimiento de los hechos ya en el 2017 y situó ese develamiento aportando circunstancias de modo, tiempo y lugar. Así sostuvo, «que se habían juntado a comer, que salieron a fumar un cigarrillo cuando le contó y que iban a 4to año del secundario».

Contrariamente a lo señalado por la defensa del acusado, la amiga de M. J. G. A. se explayó amplia y concretamente sobre los hechos y los detalles puntualizados, lo que abona el relato de la menor víctima en cuanto a los autores, las modalidades que los abusos adoptaron, así como respecto de las circunstancias de tiempo y modo. Incluso con explicaciones acerca de la decisión de radicar la denuncia, en un suceso que ha sido reiterado por la casi totalidad de las víctimas –la toma de conocimiento por F. y el enfrentamiento de éste con L.–.

Abordado cada uno de los agravios que la defensa propone en estos autos, y cotejados los fundamentos de la sentencia, surge con claridad un esforzado intento de parcialización del caudal probatorio, la que no solo se ha traducido en un análisis –también parcializado– de cada declaración testimonial en particular sino además en omisiones tales como evitar referirse a la propia declaración de la menor y a su evaluación

a través del examen psicológopsiquiátrico del EDeAAS de fs. 105/106, el que contó con la concurrencia de peritos de control sin haber formulado disidencias (ver fundamentos, p.4, párrafo 5to.).

Tal como se advierte, los cuestionamientos de la defensa a los distintos testimonios tienen por objeto menoscabar el valor convictivo del relato de la víctima, declaración a la que, por otra parte, no se refiere.

Por ello, creo oportuno traer a mención lo que he citado en otros precedentes.

En este orden, debe recordarse que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que «[e]s evidente que la violación sexual es un tipo particular de agresión que, en general, se caracteriza por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores.

Dada la naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho».

(Corte IDH, Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 31 de agosto de 2010, párr. 89). A ello agregó que «[n]o es inusual que el recuento de hechos de esta naturaleza contenga algunos aspectos que puedan ser considerados, a priori, inconsistencias en el relato [...]» (párr. 91) (ver mi voto en «**Contrera Robledo**»; «**Sea Rodríguez**»; «**Molina Colodro**»).

De tal manera, carece de suficiente peso y rigor el argumento utilizado por la defensa para abonar una supuesta imposibilidad de comisión de los abusos de los que se atribuyen al acusado, en relación con los horarios de trabajo que ostentaba que lo habrían llevado a estar desde aproximadamente las siete de la mañana hasta cerca de las dieciocho horas fuera de la vivienda.

Ello, en base al testimonio de la Lic. Tuliz y de su propia familia. En efecto, la Lic. Tuliz, asistente social del CAI que desempeñó su función a solicitud del Juzgado de Paz letrado de La Consulta en cumplimiento de una medida delegada del Primer Juzgado de Familia de Tunuyán, dijo haber comparecido en dos o tres oportunidades a la vivienda de A. A. (ver registro audiovisual del 02.11.2021, video 1, minutos 00:02:00 al 00:17:30). Ésta da cuenta de las condiciones en que vivían en la casa de la progenitora en dos domicilios, la conformación de la familia, el rol de la madre, entre muchos elementos que al efecto aportó.

También de su participación incluso en una medida de traslado de los menores al domicilio paterno, lo que denotó conocimiento de las menores y la disputa familiar. Pero, específicamente, respecto de L., refirió que sabía que la madre estaba en pareja porque ella lo mencionó pero que no lo había visto ni lo había entrevistado.

No obstante de estas escasas visitas –dos o tres indicó– e incluso cuando hubieran alcanzado un número mayor, que se realizaban principalmente de mañana –«ocho y media, nueve, golpear y volver doce, doce y media» refirió–, no puede seriamente extraerse elemento de juicio alguno en orden a los hechos ventilados, más cuando, además éstos acontecieran en horas de la tarde o durante la noche. Lo propio cabe decir de las referencias generales acerca de las tareas que realizaba y en qué horarios, efectuaron la hermana del acusado –C. L.– y su madre M. L. que sí fueron valoradas en la sentencia, aun con resultado neutro. Cabe añadir también que el período de tiempo en que los hechos fueron denunciados – 2006 a 2011– las labores que L. habría desempeñado en ese tiempo –obrero rural y celador– hacen más endeble aun el descargo articulado.

Sin embargo, omite la defensa señalar que el juez de la instancia previa se ha referido expresamente a este supuesto que ahora plantea la defensa. A su vez, brindó argumentos, que se comparten, al cotejar con dichos testimonios la propia declaración del acusado y de aquellas personas que compartieron la vivienda en algún momento, M. y L. G.. La Lic. Baudino, que atendió a las víctimas en el Programa de víctimas de delito del Ministerio de Seguridad, refirió que su abordaje consistió en acompañarlas en toda

la movilización psico-emocional que reexperimentaron con la denuncia, pero que el tratamiento no tiene resultado, dada el área, clínico extendido, ni tampoco se realiza un análisis de la credibilidad del relato de las mismas.

Esto, aun cuando sostuvo, tal como lo recoge el juez de sentencia, que éste era «coherente, estaban lúcidas, con memoria de corto y largo plazo conservadas, con alteración del ritmo circadiano en procesos de sueño o vigilia, pero que nada la llevó a dudar porque el discurso era siempre el mismo» (ver registro audiovisual del 03.11.2021, video 2, minutos 00:04:65 en adelante y ss).

Pero, además, efectuó aportes a los hechos investigados en relación con quiénes eran los autores de los hechos, la situación de amenaza que acompañaba a los abusos, los sentimientos que rodeaban a las menores como efecto de aquellas experiencias –de culpa, incluso respecto de sus hermanos menores como consecuencia de la denuncia, entre otros, que fueron analizados en la sentencia– (ver fundamentos, p. 25, párrafo 2°).

Por su parte, el juez de la instancia previa no dejó de referirse al testimonio de F., hermano de las niñas víctimas (ver fundamentos p. 32; registro de audio del día 04.11.2021, minutos 00:08:46), quien no sólo corroboró el conocimiento de los hechos que deviene del relato de J. T., de su hermana A. P. G., aun escaso y de su hermana V., si no también el rol que le cupo a la madre a fin de intentar evitar la denuncia de A. P. G. De este modo, entiendo que el desarrollo efectuado por el sentenciante, comienza su valoración probatoria con la consideración del testimonio de M. J. G. A., víctima de autos, a lo que sumó, como bien se ha señalado, elementos de corroboración periféricos –las declaraciones de E. G., M. M. G., R. L., S. G.; la Lic. Baudino–. Del mismo modo, los exámenes de los profesionales del EDeAAS que informaron indicadores de abuso sexual específicos e inespecíficos, e indicadores de violencia, abandono y manipulación de la figura materna. No dejó de analizar, asimismo, la prueba de cargo aportada – las declaraciones de M. y L. G., M. L., C. L. y del propio acusado–.

En función de ello, concluyó acertadamente que los hechos se encontraban suficientemente acreditados, tal como lo afirmó la acusación fiscal. En definitiva, de acuerdo con la importancia que cabe darle a la declaración de la víctima, los elementos de corroboración señalados y la prueba instrumental agregada, entiendo resultan más que suficientes para abonar tanto la existencia del hecho como la autoría del acusado.

Ello así debido a que los elementos probatorios obrantes en la causa han sido adecuada e integralmente ponderados por el juez de la instancia previa, conforme lo imponen los **arts. 206 y 409 del CPP**, en rigurosa observancia de las reglas de la sana crítica racional y con la debida perspectiva de género que el caso imponía, cuyo apartamiento la defensa no ha podido demostrar. En relación con los autos n° P-3.316/20, cuya víctima es A. P. G., la defensa menciona que, en primer término, tiene las mismas consideraciones efectuadas respecto de la valoración de la prueba testimonial, y en segundo lugar, indica que la sentencia ha soslayado el informe de la perito de parte Lic. Alejandra Sainz, a su juicio, atado a apreciaciones referidas a su actuar profesional en relación a la perspectiva de género del que indica que se compadecería con el asumido por la Lic. Maschi.

Vinculado a dicho informe y a sus conclusiones, cuestiona la credibilidad del testimonio de la víctima y concluye en que no se logra despejar el estado de duda que beneficia a su defendido. Seguidamente circunscribiré el análisis al segundo agravio, en tanto la generalidad en la formulación del primero, en una aparente remisión a los cuestionamientos efectuados en autos n° P-3.313/20 respecto de la valoración de la prueba instrumental, en los que se tramitan otros hechos, con otra víctima y otra prueba rendida, me impiden su abordaje. Ello, en tanto la mentada referencia no brinda argumento alguno que demuestre el

error o arbitrariedad en la valoración jurídica efectuada por el juez de sentencia. El segundo agravio se centra en la falta de valoración del informe de la Lic. Alejandra Sainz en relación con el informe de Cámara Gesell de A. P. G. Dicha conclusión aparece vinculada a una serie de apreciaciones del juez que la defensa entiende cuestionaría el actuar profesional de Sainz. Nuevamente, cabe señalar que el juez de sentencia ha valorado la totalidad del plexo probatorio rendido e incorporado y ha efectuado un completo análisis y valoración probatoria, aun cuando resulte adverso a la situación del acusado (ver fundamentos, p. 29 a 34). Y así, ha partido de la valoración de la denuncia del padre de la menor víctima, la entrevista preliminar realizada por el Equipo de Abordaje de Abuso Sexual del Ministerio Público Fiscal de fs. 64 y vta., el acta de Cámara Gesell, que se reprodujera en juicio y se agrega su desgrabado de fs. 169 y ss., y el informe del EDeAAS de fs. 320 elaborado por la Lic. Maschi, con intervención de la Lic. Carniello y la Lic. Sainz. Además, las declaraciones testimoniales de M. J. G., V. G. y E. G., también de F. G., de J. A. T. incorporado por lectura, de C. A. e I. Z., del expediente incorporados AEV que daba cuenta del intento de suicidio por parte de la víctima y al que se refiriera la Lic. Maschi, del propio L. y de la prueba de cargo –la familia G., C. L. y M., su madre– y el informe ginecológico de la menor víctima. Contrariamente, se advierte que no sólo el juez de sentencia valoró el informe suscripto por la Lic. Sainz, sino la testimonial rendida por ésta vía zoom en el debate. Y, como bien señala, la profesional no contaba a ese momento con el informe en su poder, razón por la que tanto el fiscal como el defensor, debieron dar lectura en forma casi permanente a aquél. Refirió desde el inicio, y en varios pasajes, que recordaba vagamente el informe, así como que creía que era poco creíble, refiriéndose a la víctima y que no reunía los criterios de credibilidad (ver registro audiovisual, 03.11.2021, inicio de video 1).

En mérito a ello, la defensa comenzó a darle lectura a cada una de las conclusiones a las que arribara conforme los criterios –presentes, ausentes e indeterminados–, y luego hicieron lo propio el resto de las partes. En mérito a ello y al cotejo del informe de dicha profesional, agregado en autos, juntamente con el informe del EDeAAS, el juez consideró que carecía de explicación suficiente que permitiera orientar la comprensión de la profundidad y confiabilidad del mismo, otorgando mayor peso convictivo al elaborado por los expertos del EDeAAS.

La mención efectuada por el sentenciante en orden a la actitud neutral que dijo haber observado la Lic. Sainz respecto de la perspectiva de género o la inexistencia de cursos al efecto, no permiten colegir, de modo alguno, que su informe fuera soslayado. Contrariamente, fue objeto de análisis por el juzgador en todos los tópicos por aquélla abordados, en las que incluyó su currículum personal y las circunstancias en las que se desarrolló la audiencia (ver fundamentos, p.31). Extraigo de dicha valoración un elemento de importante peso respecto de la credibilidad de la menor A. P. G. A. y que el juez ha hilado coherentemente. Y ello es que en el informe de los profesionales del EDeAAS se hizo referencia a la mención, por parte de la joven, de ideación suicida, lo que motivó derivación a tratamiento psicológico y/o psiquiátrico. Un año después esa ideación se materializó a través de la ingesta de medicamentos y originó los autos n° P-19.020/21 (ver fundamentos, párrafo 1°, p. 31). Asimismo para la Lic. Maschi, y a pesar de que el estrés post traumático no fue visualizado como cuadro en el informe ya citado, dicho intento de suicidio bien podía ser indicio de estrés post traumático. De tal manera, entiendo, entonces, que surge con claridad que no ha existido una valoración arbitraria del plexo probatorio. Por el contrario, la ponderación de los elementos de prueba se ha realizado con el abordaje que reclaman este género de conductas delictivas, en las que la declaración de la víctima es una pieza fundamental en su reconstrucción histórica, a los que se ha sumado numerosos elementos de corroboración periféricos. Por ello, corresponde desestimar los

agravios articulados por la defensa. Así concluyo se ha logrado el grado de certeza necesario para condena.

b.- El recurso de la defensa de A. O. S. O.

Los agravios articulados por la defensa de S. O. se refieren a un solo hecho, el que tramita por el expediente precitado, y se traducen en la omisión y errónea valoración probatoria y falta de tratamiento de planteos de la defensa que acreditarían la inexistencia de los hechos y su autoría.

Proporcionalidad de la pena

Finalmente, en la falta de **proporcionalidad de la pena** impuesta en relación con la del acusado L. L.. El primero, específicamente en orden a:

- 1) falta de valoración del examen ginecológico de la que surge inexistencia de lesiones de la menor que, dados los hechos, la contextura de S. y la edad de ésta, deberían haber dejado secuelas o cicatrices;
- 2) ausencia de acompañamiento del informe de la Lic. Maschi al debate y esquemas de los criterios aplicados,
- 3) cuestionamiento de la credibilidad del relato de la víctima en base al informe de la Lic. Sainz, en desmedro del informe de los peritos oficiales;
- 4) inducción de los entrevistadores en Cámara Gesell;
- 5) circunstancias del hecho que abonarían la imposibilidad de acaecimiento en orden al lugar – monoambiente comunicado a una habitación de la casa–, el tiempo –festejo de un cumpleaños con niños jugando y adultos–, y el modo –actitud omisiva extraña de la madre frente a la denuncia de una persona distinta a su pareja y de la niña, así como falta de llanto y continuación de juegos para luego dormirse–;
- 6) ilógica permanencia en entorno de sometimiento de la menor que eligiera vivir con su progenitora.

En cuanto a la falta de proporcionalidad de la pena, la defensa escuetamente refiere sus cuestionamientos en relación con la cantidad de hechos endilgados a L. L. y la concurrencia de la agravante por su condición de guardador. Creo oportuno señalar algunas aclaraciones previas en orden a las actuaciones labradas en la investigación penal preparatoria.

En primer lugar, debe señalarse que la víctima A. P. G. A. fue entrevistada preliminarmente el 27 de enero de 2020 por la Lic. Maschi y la Dra. Carniello, por la parte querellante, y la Lic. Sainz, perito de parte de L. L. (fs. 92 y vta.). La Cámara Gesell se realizó el 10 de marzo de 2020 con la presencia nuevamente de las profesionales antes nombradas (el desgrabado de la misma es del 17 de junio de 2020 y se agregó a fs. 169/177). El informe de Cámara Gesell data del 25 de junio de 2020 –fs. 424–; el examen psicológico-psiquiátrico, de fecha 28 de agosto de 2020 con idénticos firmantes. La Lic Sainz, en su rol de perito propuesto por la defensa de L. Castro a fs. 35 el 20 de enero de 2020, con posterioridad acompañó informe alternativo respecto de la audiencia de Cámara Gesell que se agregó a fs. 236/241 y se repite a fs. 553 y ss. Asimismo, el avoque en contra del acusado S. O. tiene fecha 18 de junio de 2020 –fs. 140–, su defensa fue ejercida desde ese momento por el Dr. Legrand –fs. 146–, y el 25 de junio de 2020 fue imputado –fs. 157/158– y fue notificado del turno del día 20 de julio de 2020 para pericia post Gesell de A. P. G. A.. La defensa actual de S. O. aceptó el cargo el 22 de julio de 2020. En la audiencia de prisión preventiva de fecha 23 de julio de 2020 –fs. 279– el Dr. Rozi planteó la nulidad del acta de Cámara Gesell por no haber estado representando en dicho acto su defendido y por tratarse de un acto definitivo e irreproductible. El planteo fue rechazado a fs. 288 y fs. 289/291. Asimismo, contra el auto que dictó la prisión preventiva y el rechazo de las nulidades antes referidas, únicamente la defensa L. L. interpuso recurso de apelación, habiendo sido debidamente notificado el defensor de S. a los efectos de la adhesión (véase fs. 311 y ss). Dicho esto, queda claro que las actuaciones se originaron en enero de 2020 con la denuncia del

progenitor, la fiscalía se avocó respecto de L. L. en primera instancia, se produjeron numerosas diligencias procesales, recabándose evaluaciones preliminares y luego las declaraciones testimoniales de las víctimas, de sus familiares cercanos, además de diversos exámenes, muchos de ellos a instancia de la querrela particular, para luego en el mes de junio de 2020 incorporar al proceso a S. O., quien ha podido ejercer acabadamente el control sobre todo el proceso. Vamos entonces a los puntos de agravio. En orden al primer agravio –omisión y errónea valoración probatoria– cabe señalar que el informe de la Lic. Maschi obra a fs. 320 y ss. y se halla suscripto, además, por la Lic. Sainz y la Dra. Carniello.

El mismo fue debidamente incorporado como prueba instrumental y es el resultado de las operaciones practicadas por los profesionales. Además de hallarse en dicho informe consignado las técnicas utilizadas, las distintas entrevistas llevadas a cabo, luego dicha profesional se explayó suficientemente respecto del examen realizado en el debate, incluidas las técnicas utilizadas, los criterios evaluados y pudo ser controvertido por la defensa (ver registro audiovisual, 12.11.2021, minutos 00:03:39 y ss., 00:29:15 y ss). A mayor abundamiento, la Lic. Maschi explicó que luego de las entrevistas se efectúa un debate punto por punto con las restantes profesionales participantes y, en su caso, se evalúa una nueva indagación a la menor ante objeciones o puntos no claros, lo que en el caso no ocurrió (ver registro audiovisual, 12.11.2021, minutos 00:12:13 y ss.). De allí, que la defensa omite precisar el agravio que ocasionaría a esa parte la omisión –material– que apunta y que en ocasión de la declaración testimonial de la profesional refirió contar con dichas anotaciones previas a la elaboración del informe (punto 2), pues de lo que se trata es de anotaciones personales realizadas durante las entrevistas pero de modo alguno al informe final, que como se ha dicho, se encuentra agregado en autos. Lo propio debe decirse de la permanencia de la menor en el domicilio de la madre, cuando quien vivía con ella era únicamente el coimputado y no el acusado S., por lo que resulta evidente la insustentabilidad de dicho argumento en orden a la pérdida de consistencia de su relato incriminante (punto 6.).

Asimismo, y en orden al punto 4, del acta de desgrabado de Cámara Gesell surge que las preguntas formuladas por los profesionales a la víctima, parten de un relato espontáneo previo de la menor de los hechos sufridos. Así, tanto respecto de L. L., como de S. O.. En efecto, tal como surge de fs. 169 vta., sin pregunta alguna y con referencia a la razón por la que no vivía actualmente con su madre –que le contó que su pareja abusaba de ella y no le creyó–, A. P. G. A rompió en llanto y señaló: «[B]ueno, yo antes de que C. abusara de mí, fui abusada por A. S., tenía como cinco años, creo [...]». La próxima pregunta acerca de su defendido se centró en saber quién era S. y qué fue lo que pasó con éste, para relatar la niña seguidamente el hecho por el que resultara condenado sin interrupciones (ver fs. 170 y ss). Ello no permite colegir la inducción que refiere la defensa, según la cual los profesionales habrían accionado respecto de la víctima sin haber demostrado, además, el concreto agravio que ello le irroga.

No está de más recordar que la defensa fue notificada de la facultad de proponer perito de parte sin hacer uso de ella y del resultado del correspondiente examen. Tampoco, a pesar de no haber participado con profesional de control en su realización, el informe no fue impugnado ni solicitada su ampliación en los términos del art. 254 del CPP. Y ello así por cuanto la nulidad articulada en ocasión de la audiencia de prisión preventiva se refirió sólo a la declaración de la menor en Cámara Gesell y fue rechazada pero no apelada por la defensa de S. O.. Lo propio pudo haber realizado en la etapa intermedia (n° de orden 33, ofrecimiento de prueba de la defensa de S. O., 19.08.2021, sistema LeD), sin dejar de señalar que la audiencia preliminar transitó, sin objeciones, a los ofrecimientos probatorios de cada una de las partes sin planteos de nulidades por las partes. Allí se peticionó la no citación de la víctima menor a fin de evitar su revictimización por el fiscal y la Asesora de Menores, también sin oposición alguna (ver registro

audiovisual del día 19.08.2021, minutos 13.40 y ss, 22:30 y ss). En otro orden, no puede ser de recibo en esta instancia el planteo de la defensa sobre la falta de valoración del examen ginecológico, del que surge la inexistencia de lesiones de la menor en orden a la contextura de S. y la edad de ésta que, a criterio de la defensa, deberían haber dejado secuelas o cicatrices (punto 1.).

Baste la lectura de los fundamentos, p. 32, párrafo 6°, aun cuando le resulte adverso. Debe tenerse presente, además, que la Dra. Azcurra prestó declaración en el debate y dio explicaciones técnicas sobre el examen realizado, refiriendo que himen desflorado de antigua data implica que una lesión, conforme los procesos de cicatrización que son procesos biológicos, en esa zona, a los diez días ha cicatrizado (ver registro audiovisual del día 12.11.2021, minutos 00:38:32 y ss).

Asimismo, refirió que, conforme el método de observación externa que se utiliza, el hallazgo de alguna cicatriz de al menos diez años de antigüedad está condicionado a la existencia de una lesión importante y no simplemente un desgarro del himen (ver registro audiovisual del día 12.11.2021, minutos 00:44:16 y ss). En este sentido, no sólo el factor tiempo, al que referencia el sentenciante, ha de ser considerado para minorar el carácter decisivo que la defensa pretende darle al mismo y las posteriores relaciones sexuales consentidas.

En el último punto de este agravio, la defensa refiere a las circunstancias del hecho que abonarían la imposibilidad de acaecimiento en orden al lugar –un monoambiente comunicado a una habitación de la casa–, el tiempo –festejo de un cumpleaños con niños jugando y adultos–, y el modo –actitud omisiva extraña de la madre frente a la denuncia de una persona distinta a su pareja y de la niña por falta de llanto y continuación de juegos para luego dormirse–. No comparto lo argumentado. Ello, pues los mismos motivos alegados permiten la interpretación en contrario. Así, y no obstante tratarse de meras elucubraciones hipotéticas, bien puede considerarse que la concurrencia de personas que supone un cumpleaños, precisamente niños pequeños que juegan y ocasionan ruidos, con la consiguiente distracción de los adultos, dado el evidente clima familiar reinante, podrían haber facilitado la comisión de los hechos. La defensa señala, en segundo término, la vinculación tardía del acusado al proceso y el desconocimiento de la autoría de S. por parte del padre del menor al momento de radicar la denuncia. A ello, aduna violación al derecho de defensa por falta de control de los abordajes previo del OAL y en la Cámara Gesell. Dos consideraciones previas.

En ninguno de los dos casos la defensa razona y/o aporta consideraciones acerca de cuál ha sido el agravio concreto que ello le importa al acusado o de qué modo habría modificado su situación procesal. Así, respecto de la circunstancia apuntada de demora a su vinculación al proceso puede advertirse cierto retraso del órgano acusador. Téngase en cuenta que la denuncia data del 11 de enero de 2020, en donde efectivamente el padre de las víctimas no mencionó a S., pero ya en el escrito de constitución de querellante de fs. 18 del 16 de enero del mismo año, suscripto por el propio progenitor, sólo cinco días después, se denuncia al acusado S., juntamente con L. Castro, como autores del delito respecto de A. P. G. A. Valga también señalar que la querrela ofreció prueba en varias ocasiones siempre con referencia a ambos. Si bien es cierto es que S. resultó imputado seis meses después, el 25 de junio de 2020, ello no tiene la incidencia que pretende la defensa, si se tiene en cuenta la magnitud de hechos denunciados, su extensión en el tiempo y, principalmente, que tres de las hijas de G. G. resultaron víctimas.

Pero, además, G. G. en ocasión de referirse a las condiciones del develamiento, trajo a colación una situación pasada, si bien con V.I.G.A, de parecido tenor y por la que éste interrogara a la madre de éstas y pusiera en conocimiento a la Justicia de Familia (ver registro audiovisual del 01.11.2021, video 1, minutos 00:54:17 y ss.; 01:03:53 y ss.). En este sentido, refirió que no indagó demasiado por una cuestión de

respeto hacia la mujer, razonable dado a ese momento la conformación familiar, además de indicar que si bien tenía la tenencia de todas, A. P. G era la más pequeña, extrañaba mucho y pidió volver con la madre (ver registro audiovisual del 01.11.2021, video 1, minutos 01:03:00 y ss.). Señaló claramente que tuvo conocimiento de este hecho por sus otras hijas. Debe añadirse también que V. I. G. A., víctima en los autos n° P3.509/20 por hechos que adquirieron firmeza porque no resultaron impugnados, era más grande que A. P. G., V. I. G. A., además de relatar los hechos padecidos por parte de L., no solo reveló que su madre estaba en conocimiento, sino que manifestó su preocupación y la de sus hermanas respecto de A. P. G., pues como era pequeña había querido quedarse con su madre.

En este orden, fue contundente al expresar que la situación de hablar con A. P. G. fue lo que desencadenó la denuncia y que, quizás, si ello no sucedía no hubieran denunciado. Así, dijo: «[S]é que [A. P. G.] sufría abusos por parte de C. y de A., sé que en una oportunidad mi mamá tuvo un problema con él, yo no sé si [A. P.] le había comentado cuando era chiquita que A. la tocaba o si ella presenció. Si sé que hubo un problema bastante grande con eso [...], C. la manoseaba, lo único que ella me ha contado. Y que por parte de A. sufría de violación [y sucedió] después que me fui de la casa de mi papá. [...]» (ver registro audiovisual del día 01.11.2021, minutos 00:24:20 y ss). Del mismo modo, se expresó E. A. G. A. (ver registro audiovisual del día 02.11.2021, minutos 00:36:00 y ss) y M. J. G. A. (ver registro audiovisual del día 02.11.2021, minutos 00:52:00 y ss). Tampoco ello fue dejado de evaluar por el sentenciante quien, en su extensa valoración del contexto de los tres hechos y de la situación familiar de las menores razonó sobre ello (véase fundamentos de la sentencia de páginas 6 a 10, específicamente párrafos último y penúltimo, p. 9). No alcanza a advertirse, la decisividad de la omisión inicial en que incurriera el progenitor, ni la de la tía de las menores, S., quien por otra parte sostuvo firmemente creerles a las niñas, y del mismo modo el desconocimiento de ello por parte de J. T., quien era su amigo, declaración que fue incorporada por lectura o la de su hermano F. Más cuando su intervención en el proceso ha sido regular y ha podido controvertir las decisiones que se han adoptado así como ofrecer prueba que haga a su derecho. De tal manera, la referida demora desde el inicio de las actuaciones hasta que el acusado adquiere calidad de imputado señalada por la defensa, no permite colegir, sin más, la violación al derecho de defensa por falta de control a la declaración en Cámara Gesell y al previo abordaje por el OAL. Más cuando la grabación de la entrevista pudo permitir una valoración diferente de un perito de control del acusado S..

El propio devenir del proceso, con la rendición de cuantiosa prueba ha ido permitiendo precisar los hechos y las circunstancias en que éstos se cometieron y quiénes resultaron víctimas de ellos y sus autores. El abordaje profesional del OAL y la posterior Cámara Gesell, que fuera visualizada en el debate, resultó anterior a la imputación de S.. Pero, además, cabe señalar que al momento de efectuarse el ofrecimiento de prueba en la audiencia preliminar, el fiscal jefe hizo saber al tribunal, que dada esta posibilidad, es decir su reproducción en el debate, y en atención a que A. P. G. era menor, para evitar su revictimización, no se requiriera su declaración en el debate. Esta petición contó con la conformidad de la Asesora de Menores y las defensas de ambos acusados, quienes no objetaron de modo alguno la prueba ofrecida por la acusación.

Más aún, la defensa del acusado S. adhirió a dicho ofrecimiento y no ofreció prueba pericial alguna en orden a la víctima (ver registro audiovisual del día 19.08.2021, minutos 00:16:20 y ss).

La imprecisión del agravio en orden al perjuicio efectivamente sufrido en su derecho de defensa, la falta de impugnación del examen efectuado a la menor, así como la omisión de proposición de perito de control antes de efectuarse la misma, y en su caso, el contenido del ofrecimiento de prueba de la etapa

intermedia, no me permiten concluir de otro modo, en tanto la crítica se traduce en una mera divergencia valorativa con el sentenciante.

Finalmente, la defensa esgrime como último agravio la falta de proporcionalidad en el monto de la pena impuesta. Y ello lo hace en relación con la pena impuesta a L. L., en la inteligencia al número de hechos por los que éste resultare condenado y su condición de guardador de las menores, pues admite que las condiciones personales del acusado S. fueron valoradas.

Corresponde señalar al respecto que el juez efectuó un minucioso análisis de las pautas establecidas en los arts. 40 y 41 del CP para individualizar el quantum de pena al que llegó.

Para ello, construyó sus argumentos conforme la postura doctrinaria que divide la escala penal de acuerdo con el criterio de gravedad continua.

Valoró las particulares circunstancias de la causa en función de las condiciones objetivas y subjetivas previstas por la normativa aludida, y determinó, en primer lugar en qué tramo de la escala de gravedad continua debía ubicarse el caso concreto y, luego, –dentro de ese segmento– la pena justa a imponer.

Al efecto, entendió que la conducta desplegada por S. debía ser catalogada como de gravedad intermedia, en el segundo tramo de la escala de gravedad continua.

El juez de sentencia se detuvo en las condiciones objetivas de las acciones desplegadas –art. 41, inc. 1 del CP– y entendió que el hecho tiene una incidencia específica dentro de un marco más general al que se incorporan otras circunstancias o criterios concomitantes o anteriores que aportan constancias valorativas que el derecho penal toma para agravar o atenuar los tipos penales.

Así, la desprotección del bien jurídico, la posición particular de la víctima, entre otras. En mérito a ello, valoró que los hechos sucedieron en un marco de relación de confianza del acusado con su madre y familia, el aprovechamiento de una reunión familiar y las consecuencias severas padecidas por la menor en su bienestar emocional.

Atendió su condición de miembro de un colectivo particularmente vulnerable y al que se le debe una especial protección en el marco de la Convención de los Derechos del Niño. Del mismo modo, dada su condición de mujer, al amparo de la Convención de Belem Do Pará.

Luego, analizó las condiciones subjetivas, entre las que desarrolló atenuantes respecto de su edad, situación socioeconómica, nivel educativo, carencia de antecedentes y tiempo transcurrido sin causas en trámite (ver fundamentos de p. 36-38). Ahora bien, nuevamente, la defensa no aporta elemento de juicio alguno que permitan analizar los cuestionamientos dirigidos a procurar la revisión de la determinación de la pena. Y ello así, en tanto la misma no es sino una determinación personal que traduce el grado de culpabilidad del autor en orden a los hechos por él cometidos, resultando, por ello, ajeno el monto de la pena que se le impusiera al coimputado. En definitiva, dada la referida carencia por parte de la defensa y la suficiencia de fundamentación brindada por el juez de sentencia, el agravio no puede ser de arribo.

c.- Conclusión

En definitiva, ambos recursos de las defensas traslucen una falta de explicación acabada de cuáles son los vicios, cómo se produjeron y cuál es la decisividad de ellos en relación con el resultado del fallo.

En efecto, cuando se alega un vicio en la sentencia, no alcanza con su mera mención, sino que es requisito que esté fundado en forma completa en cuanto a la explicación de la decisividad del agravio, pues ello permite la labor a realizar por este Cuerpo.

De allí que entiendo que, dado el desarrollo efectuado, el modo en que ambos censurantes proponen sus agravios no deviene sino un simple disenso en relación a la labor del juzgador, con el único sustento del

propio criterio interpretativo de los recurrentes, y sin lograr desvirtuar el razonamiento del juez de la instancia previa.

Por ello, y en opinión concordante con el Procurador General, corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión planteada respecto de ambos recursos. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo y Dr. Adaro. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas por los honorarios profesionales correspondientes a la Dra. María Agustina Rozzi al acusado A. A. S. O. y diferir la regulación de aquéllos para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado C. O. L. L..
- 2.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado A. A. S. O..
- 3.- Imponer las costas de los honorarios profesionales correspondientes a la Dra. [...] al acusado A. A. S. O. y diferir su regulación para su oportunidad. efectos.
- 4.- Tener presente la reserva del caso federal.
- 5.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

34- MERCADO. 01-12-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	Par.	M	-	-	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=982>

Lex: 119, 3° párrafo del CP. Art. 399 del CPP

Vox: VG. Abuso sexual con acceso carnal. Imparcialidad del juez. Preguntas investigativas y aclaratorias. Delito continuado.

Summa:

El **TPC** condenó al nombrado a la pena de **ocho años de prisión** como autor del delito de abuso sexual con acceso carnal reiterado en un número indeterminado de hechos en concurso real (arts. 119, tercer párrafo y 55 del CP). El SA es ex pareja de la víctima, mayor de edad, quienes convivían en el mismo domicilio.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 2 CPP). Estima que la sentencia es nula, realizando una crítica global de la prueba que sustenta la resolución.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 2404. TPC N° 1- 3° CJ.

Precedentes citados:

α-SCJM

Preguntas averiguativas y aclaratorias.

- «Flores González».10-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=30>
- «Molina Colodro».25-08-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=652>
- «Sea Rodríguez». 23-03-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=779>

Perspectiva de género.

- «Ojeda Pérez». 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- «Gutierrez Farfán». 29-07-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=378>
- “Cruz Caporiccio”, “Merlo Lassa”; “Quiroga Morales”; “Vázquez Tumbarello”; entre otros

La existencia de lesiones no es un elemento necesario para corroborar situaciones de violencia sexual

- «Lago Prima». 16-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=739>
- «Medina Martínez»: 06-11-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=453>

Precedentes relacionados

- Ver Agüero Pérez. 25-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=777>

SCJM. Dres.: **Valerio**. Palermo (Licencia). Adaro

Fallo.

CUIJ: 13-06749233-6/1((038601-49)) F. C/MERCADO JAVIER ARMANDO P/ ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJ..(0049) (49/21) (49) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106006369*

En Mendoza, el día primero del mes de diciembre del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 067749233-6/1 caratulada “F. C/M. B., J. A. P/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL REITERADO EN NÚMERO INDETERMINADO DE HECHOS S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo, DR. MARIO D. ADARO y tercero, DR. OMAR A. PALERMO.

A fs. 1 obra constancia de la que surge que la defensa del acusado interpone recurso extraordinario de casación contra la sentencia n° 2.404 de fecha 31 de agosto de 2021 y sus fundamentos, del Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial, dictada en sala unipersonal.

Esto, en razón de que en ella se condena a J. A. M. B. como autor del delito de abuso sexual con acceso carnal reiterado en un número indeterminado de hechos en concurso real a la pena de ocho años de prisión (arts. 119, tercer párrafo y 55 del CP) en la causa P-49/21.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

La jueza de la instancia previa, en lo pertinente para la resolución del recurso interpuesto, consideró acreditada la plataforma fáctica del requerimiento de citación a juicio, según la cual «[e]l día 30 de Diciembre de 2020, la víctima C.E.T., se encontraba en su domicilio, [...], Junín, Mendoza, [...] en su habitación,[cuando] ingresó su ex pareja, [el acusado], con quien convivía, quien se acostó a su lado, se bajó el pantalón, le desprendió el pantalón a la víctima, mediante fuerza, tomándola con una mano de los brazos y con la otra logró desprenderle el botón y bajarle el jeans que vestía, [...] bajarle la ropa interior, luego le apoyó el pene en la cola y la penetró analmente durante dos o tres minutos, mientras la víctima intentaba resistirse, empujándolo con los codos. Asimismo, sin poder precisar con exactitud la fecha, pero desde [hacia] un año aproximadamente, hasta el día 30 de diciembre de 2020 [en el mismo domicilio] la penetraba [a la víctima] por el ano sin su consentimiento».

De la valoración de la prueba obrante en la causa, el tribunal de la instancia previa consideró que existían elementos suficientes para condenar al acusado por este delito.

2.- El recurso de casación

La defensa del acusado formula recurso de casación contra la sentencia arriba individualizada con fundamento en el art. 474, incs. 1 y 2 del CPP.

Respecto de los vicios in procedendo, entiende que el tribunal ha ignorado la aplicación del art. 299 del CPP respecto de la posibilidad de formular preguntas por parte del juez. Reseña doctrina a fin de reforzar la idea de que dichas preguntas de modo alguno han de ser averiguativas al carecer el tribunal de facultades autónomas de investigación. En este sentido, puntualiza intervenciones de la jueza respecto de preguntas realizadas a la víctima acerca de problemas de salud, específicamente sobre infecciones

urinarias que, entiende, resultaron de dicho tenor –investigativas– y fueron valoradas como prueba en la sentencia y utilizadas para desvirtuar los dichos del acusado. Afirma que ello ha afectado la garantía de imparcialidad del juzgador ejerciendo una acción propia del Ministerio Público. Se explaya sobre el rol del juez en el juicio oral –pasivo para mantener la imparcialidad–; sobre dicho rol en el proceso adversarial; sobre la importancia de dicha garantía constitucional; la búsqueda de la verdad formal o procesal propia del acusatorio ejercida a través de la actividad de las partes exclusivamente; los principios de contradicción y de inmediatez a través del arte de la palabra para demostrar la tesis acusatoria o defensiva; el cuestionamiento a las preguntas aclaratorias como ejercicio de actividad jurisdiccional que afecta las facultades de las partes, la imparcialidad y genera indefensión. Cita doctrina y jurisprudencia nacional e internacional. Entiende que la sentencia es el producto de razonamiento y voluntad, la motivación de los fallos constituye el elemento eminentemente intelectual, crítico, valorativo y lógico y el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en los cuales el juzgador basa su decisión. Además, refiere que es la fuente principal de control del ejercicio del poder jurisdiccional y tiene como fin suministrar una garantía y excluir la arbitrariedad.

Agrega que la motivación debe ser completa, comprensiva de los hechos y el derecho y expresar las razones de dicho razonamiento para lo que debe utilizar las pruebas que se incorporaron regularmente al proceso, explicando el mérito que les atribuye a cada una.

Debe ostentar legitimidad, lógica y coherencia y ser derivación del principio de razón suficiente, razonamiento constituido por inferencias razonables, lo que entiende que no ha ocurrido en autos. Cuestiona la valoración e interpretación de la declaración testimonial del Dr. Martínez del Cuerpo Médico Forense acerca de la inexistencia de lesiones en la zona anal y perianal, en tanto entiende que ello sería el primer indicio de la inexistencia de violación anal, distorsionando sus dichos y ajustándolos arbitrariamente a su necesidad de condenar.

Lo propio hace con la Licenciada Ayala y la utilización únicamente de técnicas proyectivas para determinar la credibilidad, las que entiende no sirven al efecto y cita otras técnicas.

En segundo lugar se agravia por inaplicabilidad del art. 416, inc. 4 del CPP. Entiende que el juzgador le ha asignado otro contenido a la prueba existiendo falta de correspondencia con lo expresado en la sentencia, siendo la motivación falsa o siendo falsa la utilización de la fuente de convencimiento. Pide por ello su nulidad y la de todos los actos anteriores conexos a la misma.

Respecto de los vicios in iudicando, afirma aplicación errónea del art. 55 del CP pues se trata de hechos reiterados. Para ello sostiene que es pacífica y conteste nuestra doctrina y jurisprudencia acerca de ello y por ende de la existencia de delito continuado, lo que haría variar sustancialmente la pena.

Concluye que la sentencia se sostiene en el testimonio de la víctima, viciada por la intromisión de la jueza a través de sus preguntas con violación de la garantía de defensa en juicio y debido proceso penal. Reitera el cuestionamiento del examen físico.

Expresa así que el fundamento del sometimiento dado por la jueza cuando del relato de la víctima surge que el hecho habría sido por la fuerza y unido a ello cita autores para sostener que, en esas condiciones de violencia, siempre habría provocación de lesiones, sobre las que se explaya. Del mismo modo analiza la declaración del acusado. Finalmente, hace reserva de caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General a fs. 5/8 de este legajo contesta la vista de ley y, luego de analizar los agravios esgrimidos, considera que el recurso no procede sustancialmente, debiendo confirmarse la sentencia impugnada. En cuanto a la nulidad de la sentencia articulada por exceso del rol de la sentenciante,

entiende que no surge de los audios registrados una indebida intervención que pueda ocasionar la nulidad de la misma. Afirma que fue un tópico introducido por el imputado y que la pregunta formulada por la jueza tuvo una clara intención aclaratoria y no investigativa. Añade que ello surge incluso de los detallados fundamentos cuando la juez de la instancia previa evalúa los dichos del encartado y de la víctima en sus similitudes y contradicciones teniendo en cuenta la inmediatez con la que contó, la historia de violencia y abusos que venía sufriendo la denunciante y la situación de calle en que se hallaba junto a sus hijos determinante de la cohabitación con el encartado. Rescató también las gestiones realizadas para que el debate se realizara de la mejor manera posible, ordenado incluso cuartos intermedios y acercamiento de las partes al tribunal. Analiza seguidamente sobre el resto de la prueba rendida que corroboran el relato de la víctima y entiende que una revisión integral de la sentencia permite afirmar que se ha valido de pruebas pertinentes y útiles para acreditar el hecho y la autoría del acusado, compartiendo que el abuso sexual se da ante la falta de consentimiento aun frente a la ausencia de lesiones. Asimismo, que el marco de violencia de género en que estaba inmersa la relación, impide exigirle resistencia seria y constante a la víctima. Señala al respecto que, aun dentro de una pareja, debe exigirse el consentimiento en cada relación sexual. Cita jurisprudencia de esta Corte acerca del valor del relato de la víctima. Finalmente, al considerar que la pretensión defensiva no tiene apoyatura en datos objetivos ni sustento en la realidad probatoria, aconseja el rechazo del recurso casatorio.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso interpuesto por la defensa, debe adelantarse que la impugnación no debe prosperar y, en consecuencia, corresponde confirmar la sentencia impugnada. Paso a explicarlo.

La defensa estructura sus agravios, en primer lugar, en orden a la violación al principio de imparcialidad por parte de la sentenciante al realizar preguntas averiguativas; en segundo lugar, con cuestionamientos sobre la valoración del plexo probatorio que hizo la jueza de sentencia, al que juzga arbitrario e irroga carencia de motivación y, por último, en una errónea calificación de los hechos en concurso real propugnando la existencia de delito continuado con incidencia en la mensuración de la pena.

a.- Abordaje del planteo de la defensa sobre la violación al principio de imparcialidad

Según la defensa, al momento de prestar declaración la víctima, la sentenciante efectuó preguntas de corte investigativo, desoyendo no sólo las directrices del art. 399 del CPP, que permitiría preguntas aclaratorias para la mejor comprensión de la declaración, sino toda la doctrina y jurisprudencia que se pronuncia respecto del sistema adversarial.

En este orden, detalla los minutos en los que entiende ésta habría incurrido en dicha intromisión. Destaca que dicho testimonio ha sido considerado a los efectos de la condena.

Debo señalar en primer término, que efectivamente como señala el Procurador en su dictamen, la existencia de infección urinaria en la víctima a fin de justificar las prácticas sexuales por vía anal fue introducida por el propio acusado cuando prestó declaración en el debate.

En este sentido, M. B. expresamente indicó que quería muchísimo a C.E.T., con quien que tenía una convivencia de trece años -con algunas interrupciones- producto de la cual tenían tres hijos asimismo como no saber por qué motivo lo denunció.

Reconoció una discusión el día 30 de diciembre de 2022, pero motivada en el festejo del año nuevo y dijo que «[!]as relaciones eran anales porque ella tenía infección urinaria y no iba al médico por esto de la pandemia y le dolía mucho tener relaciones [...]. Le decía que fuera y no quería ir, no le importaba,

bastante tiempo viene con eso [...]» (ver registro audiovisual del 17/08/2021, minutos 00:28:15 hasta 00:39:13 y ss).

Por su parte, C.E.T., espontáneamente en su relato inicial refirió que ese día –el 30 de diciembre de 2022– volvía de trabajar en la fábrica de ajos en Barriales, que había hecho horario corrido hasta más de las tres de la tarde y que se acostó en un sommier de la habitación porque estaba cansada. Luego dijo que el acusado «[la] agarró, me bajó la ropa [...] y empezó a abusarme de atrás [...]» (ver registro audiovisual del 17/08/2021, minutos 00:10:38 y ss). Seguidamente, ahondó sobre el modo en que el hecho se desarrolló. Sobre el final de la declaración, la jueza le preguntó si había tenido alguna enfermedad últimamente o problemas físicos, luego y más concretamente, infección urinaria, contestando ésta que no (ver registro audiovisual del 17/08/2021, minutos 00:43:11 y ss).

En función de lo referido, entiendo que la actuación de la jueza de la instancia previa no ha sido sino ejercicio regular de sus facultades, de conformidad con las previsiones contenidas en los arts. 396 y 399 del CPP y lo señalado al respecto por este Tribunal en diversos precedentes (ver, al respecto, «**Flores González**»).

Por ello no adolece de nulidad su actuación, ni entiendo que ella lesionara garantías constitucionales del acusado.

En efecto, la primera de las normas, referido a los testigos, señala que «[...] el Presidente procederá al examen de los testigos en el orden que estime conveniente, comenzando por el ofendido. Después de la declaración, serán interrogados conforme a lo previsto por el **artículo 399**.

La parte que lo propuso abrirá el interrogatorio. Antes de declarar los testigos no podrán comunicarse entre sí ni con otras personas, ni ver, oír o ser informados de lo que ocurra en la audiencias [...]».

Del mismo modo, el art. 399 del CPP dispone que «[c]on la venia del Presidente, el Fiscal, las partes y los defensores, podrán formular preguntas a las partes, testigos, peritos e intérpretes. Luego, el Presidente y los Vocales podrán formular las preguntas que estimen necesarias para la mejor comprensión [...]».

Precedente «Flores González»

Ahora bien, estas normas deben ser analizadas conforme el nuevo modelo de procedimiento –delineado en nuestra provincia a partir de las leyes 9040 y ss., donde la responsabilidad de introducir información relevante al debate se encuentra a cargo de las partes y **el tribunal carece de facultades autónomas de investigación**–.

De tal manera, el interrogatorio de los testigos, peritos y/o intérpretes, adquiere un nuevo perfil.

Ese interrogatorio debe ser posterior a la exposición del deponente que habrá recibido el presidente, con arreglo a los arts. 384 y 393 del CPP.

En este sentido e in extenso ver el **precedente «Flores González»**.

De tal manera, luego de la declaración espontánea de quien expone, se autoriza al órgano jurisdiccional a formular preguntas que estime necesarias pero sólo **para la mejor comprensión** de la declaración.

Se limita de este modo las facultades de los integrantes del tribunal de juicio, **vedando formular preguntas averiguativas**, por las que pudiera suplirse la actividad probatoria de las partes.

Esto no impide que puedan formularse **preguntas aclaratorias** respecto de la declaración.

Entiendo que esta última ha sido la atribución ejercida por la jueza de la instancia previa.

Las preguntas formuladas fueron de **neto corte aclaratorio**, motivadas en el relato previo formulado por el acusado y C.E.T. y luego de respuestas a preguntas efectuadas por las partes.

En este sentido entiendo que el accionar de la jueza a lo largo de todo el debate no ha asumido un rol inquisitivo, sino que ha hecho uso adecuado de las facultades legales que le confiere el art. 399 del CPP, resguardándose debidamente su imparcialidad.

En definitiva, estimo que aquella facultad jurisdiccional ha sido ejercida en forma subsidiaria y mediante preguntas aclaratorias, sobre manifestaciones, hechos y circunstancias sobre los cuales ya los testigos se habían expresado y, a más de ello, no resultaron dirimientes, tal como se tratará más adelante.

Por ello, considero que no se ha vulnerado el debido proceso y el derecho de defensa en juicio del imputado, en tanto entiendo no ha habido detrimento alguno de la garantía de imparcialidad. De igual modo, y habiéndose incorporado la prueba instrumental al debate, la modalidad del abuso anal así como las circunstancias de tiempo, modo y lugar, también surgen de la denuncia de fs. 8.

Igualmente, la existencia del mismo tipo de abusos durante el último año, las condiciones en las que cohabitaba con el acusado, las razones de ello, la distribución de los ambientes de la vivienda a fin de dormir y la conformación de su familia.

Lo propio surge del acta de procedimiento del personal policial que concurriera a la finca donde moraban de fs. 1 y vta. y de las transcripciones del Centro Estratégico Operacional de fs. 106/110.

b.- Consideraciones acerca de la alegada arbitrariedad en el análisis del plexo probatorio y la falta de motivación de la sentencia

De manera preliminar, debe señalarse que, contrariamente a lo sostenido por el recurrente, los elementos de convicción obrantes en la causa han sido valorados por la jueza de la instancia anterior de acuerdo con los principios de la sana crítica racional, en particular la lógica y la experiencia común, con observación en dicho análisis de la debida perspectiva de género que el caso imponía.

Por ello, al no adolecer la sentencia cuestionada de falencias que ameriten su anulación, en tanto posee la motivación necesaria, debe ser considerado un acto jurisdiccional válido (ver al respecto, LS. 186-427; 153-011; 354-218; 392-94 y 397-177, entre otros).

El tribunal, puntualizó, conforme el relato tanto de la víctima como del acusado, los puntos de discordancia entre las partes, indicando, a su criterio, cuál era el tema disonante: la existencia o no de relaciones sexuales consentidas. De dicho modo lo hicieron las partes en sus conclusiones al plantear dos hipótesis fácticas contrapuestas.

Por un lado, el Ministerio Público Fiscal sostuvo la existencia de abusos sexuales con acceso carnal anal con violencia e intimidación, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que surgían de los hechos reseñados en el requerimiento de citación a juicio.

Por otro lado, la defensa, afirmó la existencia de relaciones sexuales consentidas, argumentando que la vía utilizada –anal– resultaba motivada en la infección urinaria que padecería la víctima. De los fundamentos cuestionados surge que la propia jueza advirtió y analizó fundada y extensamente esta evidente dicotomía de las partes sobre el análisis de los hechos y la prueba rendida.

Detalladamente refiere que el acusado sostuvo que la C.E.T. había faltado del hogar, que no había comprado nada para pasar las fiestas de fin de año con sus hijos, que habían discutido y que ello motivó la denuncia en su contra.

Por su parte, C.E.T., adujo que llegó a su casa de trabajar en el galpón de ajos cansada y se recostó, para luego ser abusada por el acusado.

En la denuncia que origina las actuaciones hace referencia a la misma discusión, pero como detonante de una situación que databa de más de un año, razón por la que llamó a la policía.

Ello, como bien señaló la jueza de la instancia previa, encuentra debida corroboración tanto en la declaración del acusado como en la de C.E.T. en esos términos (ver registro audiovisual del 17/08/2021, parte I, minutos 00:06:50 y ss. hasta minutos 00:12:07 aproximadamente, declaración del acusado; ver registro audiovisual del 17/08/2021, III y IV parte, minutos 00:10:38 y ss., y minutos 00:01:00 y ss. declaración de C.E.T.). En igual sentido, la denuncia de fs. 6/8 y acta de procedimiento de fs. 1 y vta. Coincide C.E.T. también en que con el acusado ostentaban una convivencia de trece años con interrupciones, una de ellas por un hecho de violencia de género del año 2016 por el que el acusado resultó condenado.

Agregó que la convivencia se restableció un año y medio después, en tanto ella se encontraba, junto a los tres hijos de ambos –de trece, diez y siete años– en situación de calle.

Aclaró, al respecto, que ese tiempo vivía en la casa de su hermano, pero que éste se separó y se quedó sin tener dónde vivir.

Lo referido fue sostenido, tanto por C.E.T. como por el acusado, con algunos matices sin relevancia (ver registro audiovisual del 17/08/2021, parte I, minutos 00:12:07 y ss., minutos 21:40 y ss.; declaración del acusado, y ver registro audiovisual del 17/08/2021, III y IV parte, declaración de C.E.T.).

La jueza de sentencia, también detalló, no sólo las razones que motivaron el regreso de C.E.T. al hogar en común con el acusado, sino las circunstancias vinculadas como se materializó ese regreso. Ello fue reconocido por el propio acusado y surge claro cuando detalló éste cómo se organizaban para dormir en la vivienda.

Esta situación la jueza consideró en sus fundamentos en favor del relato de C.E.T. en tanto afirmó que si bien convivían, no dormían juntos y que mantenían relaciones cordiales por los hijos. En este orden, se afincó, además, en el testimonio de la Licenciada Ayala (ver registro audiovisual del 31/08/2021, parte II, fundamentos orales, minutos 00:12:00 y ss.).

Ello surge en idéntico sentido de la denuncia de fs. 6/8 y del acta de procedimiento de fs. 1 y vta., cuando se describe la vivienda en la inspección ocular. Así, M. B. dijo, en relación con lo señalado que C.E.T. «[s]e iba y la volvía admitir porque no tenía adónde ir.

Últimamente no sé si estuvo dos meses con el hermano pero volvió [y ello] fue porque la habían citado de la justicia de familia y se fue porque tenía prohibición de acercamiento [...]. Eso fue en el 2016 [...]. Yo tuve una causa en el 2016 por lesiones leves creo que fue, por violencia de género [...]» (ver registro audiovisual del 17/08/2021, parte I, minutos 00:12:07 y ss). Añadió, luego, acerca de cómo se organizaban dentro de la vivienda. que «[y]o dormía en el living, en el sofá cama [aún cuando añadió que tenían relaciones a menudo]. La casa tenía dos habitaciones, baño, cocina comedor y living aparte [...]. En el living había un sofá que se hacía cama y yo dormía con uno de los chicos [...].

En la habitación de Torres había una cama matrimonial de dos plazas y en el otro, una cama de una plaza donde dormía S. de trece años [...]» (v. registro audiovisual, 17/08/2021, parte I, minutos 00:12:07 y ss). Ahora bien, vamos al punto de controversia.

Mientras el acusado sostuvo que tenían relaciones consentidas y por vía anal a raíz de que C.E.T. padecía de infecciones urinarias, ésta afirmó haber sido abusada por última vez el día anterior a que denunciara y haber sufrido varios abusos en el último año.

La jueza le otorgó credibilidad a la declaración de C.E.T., pues entendió que la inmediatez le permitió escuchar ambas declaraciones y considerar que ésta mantuvo un relato sin grandes contradicciones.

Detalló que C.E.T. había explicado por qué las relaciones sexuales no habían sido consentidas, habló de un forcejeo, de la existencia de un miedo aterrador, de su falta de opción al encontrarse en situación de

calle y sin dinero. Refirió, incluso, bromas del acusado, la existencia de una infancia marginal, que su madre la dejaba sola y su padre era alcohólico, siendo criada por su madrina.

Agregó que, a través de ser sometida sexualmente, podía preservar que sus hijos no estuvieran en la calle, situación que no se merecían.

Específicamente, C.E.T. dijo que «[e]se día treinta y uno tenía horario corrido, entré al galpón de ajos a las ocho de la mañana y hasta las tres y pico de la tarde, recogí unos sándwiches de miga del kiosco [...]. Como llegué cansada me acosté, él estaba trabajando en la finca de al lado [...]. El señor M. entró después, me puso de lado [...] me tiró, con las piernas me sostuvo las piernas, empezó a sacarse las partes de él, tenía un pantalón tiro bajo [...] me bajó el pantalón [...] me empezó a abofetear, me metió el miembro de él atrás [...]» (ver registro audiovisual del 17/08/2021, parte III, minutos 00:13:28 y ss; parte IV, minutos 00:01:00 y ss).

Más adelante agregó, «[d]e ahí él terminó de hacerme eso, me soltó, se salió de ahí, llegamos al comedor, me dijo “ándate hasta el barrio a comprar cigarros porque no tengo”. Yo cada vez que me miraba lo hacía porque le tenía miedo, no era la primera vez. Una vez lo denuncié por violencia de género, me insultaba, me pegaba, me dejó el ojo morado [...]» (ver registro audiovisual del 17/08/2021, parte IV, minutos 00:15:00 y ss;).

Específicamente en relación con los abusos, expresó que «[...] duraban cinco o diez minutos como mínimo, era algo ligerito, a él le gustaba, me decía “si a vos te gusta”, yo le decía que no [...]» (ver registro audiovisual del 17/08/2021, parte IV, minutos 00:37:44 y ss). Aquel relato encontró para la jueza debida corroboración con la denuncia de fs. 6/8, con idénticas circunstancias de modo, tiempo y lugar, dejando expresamente sentado que los abusos los hacía sin su consentimiento y desde hacía un año aproximadamente.

También la jueza hizo hincapié en lo que señaló la víctima acerca de los dichos del acusado durante los sometimientos en abono de lo resuelto. Así, «[q]ue duraban cinco o diez minutos como mínimo, era algo ligerito, a él le gustaba, me decía “si a vos te gusta”, yo le decía que no [...]» (ver registro audiovisual del 17/08/2021, parte IV, minutos 00:37:44 y ss.). De tal manera, el testimonio de C.E.T. devino medular para la sentenciante y también lo es para este Tribunal.

Dos motivos avalan esta afirmación.

El primero, se vincula con el valor que corresponde asignar a la declaración de una persona que denuncia una situación de abuso sexual que, en el caso, además se encuentra en **condiciones de vulnerabilidad**, por ser mujer y por las **circunstancias sociales, económicas y familiares** que la rodeaban, así como el hecho de haber sido víctima de violencia de género por parte del mismo acusado en esta causa.

En tales casos, la declaración de aquella persona que aparece como víctima en estos hechos deviene fundamental para la acreditación de los hechos (ver, en lo pertinente, «**Molina Colodro**», «**Sea Rodríguez**»).

El segundo, se relaciona con la existencia de **elementos probatorios periféricos** que corroboran la versión de los hechos de C.E.T.

Respecto de lo primero, debe señalarse que C.E.T. fue evaluada por el Cuerpo Médico Forense a fs. 69/70. Por su parte, durante el debate, se le recibió declaración a la Licenciada Ayala, quien corroboró que se la evaluó a través de entrevistas y técnicas sistemáticas surgiendo, en lo troncal, que el discurso de C.E.T. tenía elementos de credibilidad, era espontáneo y comprensible, que tenía una estructuración lógica coherente, con angustia y preocupación por sus hijos.

Se refirió en el mencionado informe de fs. 69/70, como en el debate, a una historia de vida de abandono, soledad, violencia, escasa contención socio familiar, aislamiento, indefensión, baja autoestima, miedo, dificultad para finalizar con las situaciones de violencia adoptando una actitud pasiva, incremento de tolerancia a la violencia grave, entre otras conclusiones relevantes. Asimismo, expresó una extrema preocupación por el bienestar de sus hijos.

La defensa cuestionó las técnicas utilizadas tanto respecto del acusado como a fin de determinar la credibilidad de C.E.T. Sin embargo, fue la Licenciada Ayala quien dio explicaciones a ello refiriendo que las practicadas a éstos son utilizadas, clínicamente, para determinar la credibilidad y están validadas científicamente, exployándose fundadamente.

Asimismo, cabe señalar que oportunamente se le notificó a la Primera Defensoría de Pobres y Ausentes de la Tercera Circunscripción Judicial que se le realizaría a C.E.T. el examen psíquico notificándosele, asimismo, los resultados (véase fs. 35, 76 y 77).

Tampoco resulta procedente el cuestionamiento de la defensa vinculado con el examen físico realizado a C.E.T. y la declaración del Dr. Rubén Martínez, Jefe del Cuerpo Médico Forense de la Tercera Circunscripción. En efecto, este profesional, en el debate, si bien reconoció la existencia de picazón genital de parte de la víctima, respondió que ante una violación propiamente dicha pueden o no quedar lesiones o marcas en los brazos.

Al respecto, este Tribunal ha destacado que la existencia de lesiones no es un elemento necesario para corroborar situaciones de violencia sexual –o física– pues por las particulares modalidades que pueden asumir aquéllos no siempre deja secuelas físicas (**ver, sobre la cuestión, lo señalado «Lago Prima», «Medina Martínez»**).

Pero es de hacer notar que la existencia de violencia utilizada por el acusado para perpetrar los abusos analizada por la jueza de la instancia previa no tuvo que ver con lesiones o marcas en el cuerpo o en la zona genital o anal, que efectivamente no surgen del examen físico. Por el contrario, la jueza habló de la vis compulsiva, por el miedo o temor que invadía a C.E.T. (ver registro audiovisual del 31/08/2021, parte II, minutos 00:10:21 y ss.)

Y ello surge no solo de su propio relato en la denuncia, sino del examen psíquico y el testimonio de la Licenciada Ayala y también de su declaración en el debate –antes referidos–.

Al temor o miedo al mismo acusado, debe añadirse la situación de vulnerabilidad en que se encontraba junto a sus tres hijos pequeños, que se quedaban en la calle y el gran condicionamiento que ello le irrogaba en su ánimo, incluso por sus vivencias de una infancia signada por el abandono.

Así ha sido consignado también en el informe psicológico antes mencionado en el que se destaca, como se dijo, un incremento de la tolerancia por parte de C.E.T. a la violencia ejercida por el acusado.

Esta situación ya surge del requerimiento fiscal que se agregara como copia instrumental de los autos N° P96.877/16 “F. c./M., J. A. p/ Amenazas coactivas, lesiones leves dolosas agravadas” de fs. 97/100 de autos y por el que resultara condenado el acusado.

Téngase también presente que en aquel momento y habiendo mencionado abusos sexuales bajo la misma modalidad, fue la propia C.E.T. quien no quiso instar la acción penal, decisión a la que hizo mención en el debate.

De tal manera, el relato persistente en el tiempo de C.E.T., no sólo a través de la denuncia efectuada sino ante la profesional que la evaluara, cumple acabadamente los parámetros para considerarlo como veraz en orden a los hechos de abuso sexual atribuidos.

En este orden, tal como destacó la jueza, sobre la base de lo destacado por la Licenciada Ayala, en el relato de C.E.T. no se advertía ganancialidad. En este sentido, es oportuno destacar que aquella señaló que ayudaba al acusado aun estando embarazada pero que en un momento, cuando aquél no podía pagar las cuotas del agua –refiriéndose a la finca– empezó a exigirle todo tipo de atenciones –cebarle mates, cocinarle, y todo tipo de tareas y recriminaciones–.

Expresamente señaló, «[y]o lo tenía que asistir en todo [...]. No podía con todo, [y] con mis hijos también [...]. Terminé de quererlo. Lo respetaba como el padre de mis hijos pero desde entonces empezó a tomarme por la fuerza para tener relaciones [...]. Me golpeaba, me insultaba [...]. Yo preferí guardarme todo eso y hacerle la denuncia por género nomás [...]» (ver registro audiovisual del 17/08/2021, parte IV, minutos 00:07:00 y ss hasta minutos 00:08:50). Por su parte, debe destacarse que el examen realizado al acusado da cuenta de su agresividad, así como de la existencia de un consumo problemático de alcohol, llegando a estados de intoxicación. Debido a ello, la profesional que realizó aquel examen aconsejó, atento a los indicadores de riesgo de violencia –consumo problemático de alcohol, características de personalidad, medidas judiciales previas e historial de conductas violentas– tratamiento psiquiátrico y psicológico (véase fs. 67/68).

Este consumo de alcohol también fue mencionado por la víctima en el debate cuando sostuvo que «[...] conocía [al acusado] desde los dieciocho años. Nos fuimos a convivir con la madre. Cuando mi hijo tenía un mes, consiguió una casa [...]. Siempre salía solo, perdía plata, tomaba mucho, en los negocios con sus amigos [...]» (ver registro audiovisual del 17/08/2021, parte IV, minutos 00:16:10 y ss).

Los diversos criterios considerados por la sentenciante para afirmar la credibilidad del relato de la víctima, con preponderancia por sobre la declaración del acusado, han seguido una perspectiva integral de valoración de acuerdo con los criterios de valoración señalados en la ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales, por lo que no existe omisión de observancia de la legislación vigente, nacional y provincial y supranacional.

Ello en clara observancia del principio de igualdad al garantizar el acceso a la justicia de la víctima de autos. Ahondó en este sentido la jueza acerca de la vigencia y alcance, en mérito a los hechos materia de juicio, de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer aprobada por nuestro país mediante ley 24.632.

También destacó los objetivos de la ley 26.485, en cuanto al derecho de las mujeres a desarrollar una vida sin violencia, la eliminación de todo tipo de discriminación entre varones y mujeres, así como la generación de políticas para lograr estas condiciones tuvo ocasión de pronunciarme en diversos precedentes (**“Cruz Caporiccio”, “Merlo Lassa”; “Quiroga Morales”; “Vázquez Tumbarello”; entre otros**). Del mismo modo respecto del verdadero deber jurídico que impone la normativa para los operadores del sistema de administración de justicia en relación con la metodología de abordaje en este tipo de delitos (ver al respecto **“Ojeda Pérez”**).

Merece, por último, consideración especial el núcleo de la discusión, como bien lo conceptualizara la jueza de grado, esto es la existencia de forzamiento determinante de un supuesto asentimiento motivado en el miedo y temor que el acusado que le transmitía.

Efectivamente surge del testimonio de C.E.T. con absoluta claridad y en todas las oportunidades, incluso en la causa anterior, la falta de consentimiento. De tal manera, el acusado hacía uso de intimidación además de forzamiento y violencia física. Dijo C.E.T. luego del último abuso, «[...] yo cada vez que me miraba lo hacía porque le tenía miedo[...]» y agregó, «[...] me abofeteó, no era la primera vez, yo la primera

vez lo denuncié por violencia de género, me insultaba, me pegaba, me dejó el ojo morado, [...]» (ver registro audiovisual del 31/08/2021, parte IV, minutos 00:15:31 y ss; reitera a minutos 00:33:03 y ss). Todo ello lo realizada el acusado para doblegar la voluntad de C.E.T. y accederla carnalmente por vía anal, no obstante su negativa expresa. Ello, como ya se ha expresado se corrobora con la propia declaración del acusado –más allá de su discrepancia en relación con el consentimiento– y la causa que el mismo ostenta. Esto fue expresamente valorado por la sentenciante cuando hace hincapié en que ni la situación de vulnerabilidad ni de sociabilidad, las carencias o la marginalidad, pueden generar un descrédito de la situación vivida por la víctima, pues ello no implica de modo alguno que no pueda dejar de consentir la intrusión en su cuerpo o mantener un vínculo sexual sin un entero consentimiento, derecho que tenemos todos los seres humanos (ver registro audiovisual del 31/08/2021, parte II, minutos 00:08:20 y ss). En este orden, y como he señalado en otros precedentes, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que «[e]s evidente que la violación sexual es un tipo particular de agresión que, en general, se caracteriza por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores. Dada la naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho». **(Corte IDH, Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 31 de agosto de 2010, párr. 89).**

A ello agregó que «[n]o es inusual que el recuento de hechos de esta naturaleza contenga algunos aspectos que puedan ser considerados, a priori, inconsistencias en el relato [...]» (párr. 91) (ver mi voto en «**Contrera Robledo**»; «**Sea Rodríguez**»; «**Molina Colodro**»).

Ese Tribunal también ha señalado que «[l]a influencia de patrones socioculturales discriminatorios puede dar como resultado una descalificación de la credibilidad de la víctima durante el proceso penal en casos de violencia y una asunción tácita de responsabilidad de ella por los hechos, ya sea por su forma de vestir, por su ocupación laboral, conducta sexual, relación o parentesco con el agresor, lo cual se traduce en inacción por parte de los fiscales, policías y jueces ante denuncias de hechos violentos.

Esta influencia también puede afectar en forma negativa la investigación de los casos y la valoración de la prueba subsiguiente, que puede verse marcada por nociones estereotipadas sobre cuál debe ser el comportamiento de las mujeres en sus relaciones interpersonales.» **(Corte IDH, caso Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2017. Serie C N° 339, párr. 170, Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 4: Derecho humanos y mujeres, p. 104. En el mismo sentido: Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015, párr. 209).**

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha destacado que las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional pueden guiar la investigación de casos de violencia sexual. Esto por cuanto allí se establece que deben tomarse en cuenta las necesidades específicas de las víctimas para facilitar su participación y testimonio en el proceso penal. Además, debe garantizarse el acceso completo a la información sobre el proceso. En relación con el tipo de pruebas admisibles, señala la importancia de no inferir consentimiento por parte de la víctima en casos de violencia sexual, por el ambiente de coerción que puede crear el agresor y por una diversidad de factores que pueden inhibir a una víctima de resistir físicamente a su agresor (CIDH, Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de la Violencia en las Américas, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 68, 20 de enero de 2007, págs. 24 y 57).

Por su parte, y sobre la base de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, ha destacado que los Estados deben considerar el conjunto de evidencias y el contexto en el que ocurre una violación sexual, no sólo evidencias directas de la existencia de resistencia física por parte de la víctima, para efectivamente investigar y sancionar casos de violencia sexual (**CIDH, Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia Sexual en Mesoamérica, OEA/Ser. L/V/II., Doc. 63, 9 diciembre 2011, págs. 28 y 29**).

En igual sentido se ha expedido la Corte Penal Internacional al referir que son inadmisibles las evidencias de la conducta sexual previa de la víctima (Corte Penal Internacional, Las Reglas de Procedimiento y Prueba, U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.1, 2000, Regla 71).

La Regla 70 de éstas resulta ilustrativa para el caso que nos ocupa en cuanto a la importancia de no inferir consentimiento por parte de la víctima, el ambiente de coerción que transitó generado por el agresor y cómo ello facilitó la falta de resistencia física. Así, «[e]n casos de violencia sexual, la Corte se guiará por los siguientes principios [...] a) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre; b)[...] no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre; c)[...] no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual; d)La credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo». (**Naciones Unidas, Corte Penal Internacional, Las Reglas de Procedimiento y Prueba, U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.1 (2000), Regla 70**).

Por último, y respecto de la violación sexual en el matrimonio –en el caso de trata de una ex pareja que convive por razones de necesidad de habitación–, entiendo oportuno señalar que el Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI) hizo recomendaciones respecto de la tipificación o agravamiento de la violación sexual cometida en el marco de una relación de pareja (extensible a otros delitos cometidos en el marco de relaciones interpersonales). Así, expresamente refirió que «[l]a implementación de programas de formación para impulsar cambios actitudinales en las/los operadores de justicia que permitan que identifiquen e investiguen de manera exhaustiva los diversos delitos que se pueden configurar cuando una mujer realiza alguna denuncia, dado que en las relaciones interpersonales, frecuentemente se entrecruzan diversos tipos de violencia de género, tales como la psicológica, física y sexual [...]

En conclusión, además de la tipificación del delito de violación en el matrimonio, el Comité reitera la importancia de remover los procedimientos y obstáculos, incluidos los prejuicios, las ideas preconcebidas y sexistas, que impiden a las mujeres obtener justicia en estos casos» (Segundo informe de seguimiento a las recomendaciones del comité de expertas del MESECVI, abril de 2015, párr. 71 y 72).

Por su parte, debe tenerse en cuenta que el Comité CEDAW se expidió sobre la cuestión y señaló que «[...] [e]n lo que respecta a la violación en el matrimonio, el Comité insta al Estado parte a que implante un sistema que aliente a las mujeres a denunciar los incidentes de ese tipo y a que establezca un conjunto de indicadores para evaluar las tendencias por lo que se refiere a la presentación de denuncias de este delito y su incidencia» (Comité CEDAW. Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Argentina. CEDAW/C/ARG/CO/06, 16-08-2010. Párr. 24. Extraído de Jurisprudencia y doctrina sobre violencia sexual, Doisser-1, UFEM - Unidad Fiscal especializada en violencia contra las mujeres, Ministerio Público Fiscal, Procuración General de la Nación).

Traje oportunamente y traigo a colación estas recomendaciones y citas que ya efectuara en los precedentes antes reseñados, pues las entiendo ajustadas al caso que nos ocupa. La adecuada valoración de la prueba que he estimado presente en la sentencia cuestionada por la defensa y el contexto en que se han desarrollado los hechos, sumado a la observancia de todos estos parámetros de interpretación judicial al ponderar el plexo probatorio, me llevan a considerar, tal como dije, que la sentencia ha observado estrictamente la vigencia de la normativa legal y convencional que nos rige.

En definitiva, conforme con todo lo expuesto, entiendo que surge con certeza tanto la existencia del hecho como la autoría del acusado debido a que los elementos probatorios obrantes en la causa han sido adecuada e integralmente ponderados por el juez de la instancia previa, conforme lo imponen los arts. 206 y 409 del CPP, en rigurosa observancia de las reglas de la sana crítica racional y con la debida perspectiva de género que el caso imponía, cuyo apartamiento la defensa no ha podido demostrar.

Ya he sostenido y estimo conveniente recordar que un recurso de casación que invoca la infracción a las reglas de valoración de la prueba, para lograr conmover los fundamentos de la sentencia impugnada, debe contener el análisis de todo el cuadro convictivo evaluado y, en función de éste, demostrar lo decisivo del vicio que se denuncia. Ello, porque es sabido que arbitrariedad no significa mera disconformidad con la solución adoptada por el sentenciante.

De allí que resulte inconducente una argumentación impugnativa que, desde la órbita de lo que suponen los vicios formales, se contente sólo con cuestionamientos aislados, o que tome las pruebas de manera desconectadas, o que esgrima un defecto carente de trascendencia en una apreciación integrada de ellas (voto en «**Gutierrez Farfán**»).

Esto, en razón de que «el sistema de la sana crítica racional, se encuentra íntimamente relacionado con el principio de la unidad de la prueba, e impone como regla la consideración de la prueba en su conjunto, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas, que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles o imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados» (L.S. 381-233; 382-107; 388-219; 398-42; 401-188).

En función de lo expuesto, los agravios formales vinculados con la valoración de la prueba por parte de la jueza de la instancia previa, no pueden ser de recibo en esta instancia.

c.- Sobre la pretensión vinculada a la errónea aplicación de la ley sustantiva en relación con la existencia de delito continuado

Por último y sentado lo anterior, la defensa cuestiona el aspecto vinculado a la modalidad de ejecución de los hechos, al sostener que éstos revisten el carácter de delito continuado (mismas partes, mismo modo, dolo único). Indican que la jueza los ha considerado como hechos reiterados y por ello en concurso real, lo que supondría una modificación sustancial de la pena, en su caso, para su defendido.

No obstante afirmar, sin más y dogmáticamente, que es pacífica y conteste la doctrina y jurisprudencia de nuestros tribunales que en estos casos de abuso se trata de delitos continuados, comparto con la jueza de sentencia que los hechos se encuentran acreditados.

En consecuencia, en mérito a la prueba rendida, y en el razonamiento de la jueza de sentencia, bien puede sostenerse que dichos hechos, el último y los anteriores- han concurrido realmente (art. 55 del CP) en al menos más de un hecho, lo que necesariamente impacta en el monto de la pena a considerar para el acusado.

Así, aun cuando nos circunscribamos al último hecho denunciado, el acaecido el día 30 de diciembre de 2020 y consideremos la existencia de un único hecho adicional a éste durante el último año, estaríamos

en presencia de al menos dos hechos (véase relato de la víctima acerca de los distintos hechos en registro audiovisual del 17/08/2021, parte IV, minutos 00:15:00 y ss), no advirtiéndose vicio alguno en la calificación legal y modalidad en que los hechos sucedieron adoptada por la jueza de sentencia.

Por ello, la interpretación efectuada por la sentenciante en orden al tipo legal aplicado y la modalidad en que acontecieron los hechos no puede catalogarse de errónea o arbitraria y se encuentra fundada en las circunstancias del caso traído a conocimiento.

Debe agregarse, además, que la jueza de la instancia previa ha considerado, para fijar el monto de la penalidad, una serie de aspectos que detalla ampliamente, en un todo de acuerdo con los arts. 40 y 41 del CP. En este orden, debe señalarse que dicha pena resulta bastante cercana al mínimo legal (véase para ello, registro audiovisual del 31/08/2021, parte II, minutos 00:36:00 y ss;), por lo que, en este aspecto, también aparece suficientemente fundada la sentencia cuestionada por la defensa.

Por ello, y en opinión concordante con el señor Procurador General, corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO, adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas al acusado vencido y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO, adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado J. A. M. B.
- 2.- Imponer las costas al acusado vencido y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 01 de diciembre de 2022.-

35- MAIO GRAÑA. 05-12-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	Padre	NNA	-	PCE	-	-	A	-	CR	-	-	-	N	414

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=983>

Lex: Art. 119 2° y 3° párrafo, en función del 4° párrafo inc. b, 119 , 1° párrafo y 54 del CP. CDN. Ley 26061. Art. 486 del CPP

Vox: NNA. A.S.I. Abuso sexual con acceso carnal. Gravemente ultrajante. **Delito continuado**. Cambio de calificación legal. Principio de **congruencia** y del derecho de defensa en juicio. Nulidad de sentencia y fundamentos. **Concurso real**.

Summa:

El **TPC** condenó al nombrado a la pena de **quince años de prisión** como autor penalmente responsable de los delitos de abuso sexual gravemente ultrajante y abuso sexual con acceso carnal, agravados por el vínculo, ambos en la modalidad de delito continuado (arts. 119 segundo y tercer párrafo, en función del cuarto párrafo inc. b, 119 primer párrafo y 54 del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 2 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** resolvió acoger el recurso de casación interpuesto en autos por la defensa, anular la sentencia n° 1.738 pronunciada y sus fundamentos, remitiendo las presentes actuaciones TPC.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1738. TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados:

a-SCJM

- «Gualpa Corvalán»
- «Coronel Montenegro». 06-10-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=566>
- «Aguilar Montecinos».
- «Torres Surget»
- Riedberger Galdame. 14-07-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=365>
- «Díaz Castro». 24-07-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=334>

b-CIDH

Parágrafos destacados:

“...el tribunal de la instancia previa afirmó que se apartaría de la calificación legal que la acusación le brindó a los hechos como un concurso real, puesto que ello requería que cada las circunstancias de tiempo, modo y lugar de cada hecho resultaran probadas. Esta afirmación contenida en los fundamentos de la decisión revela un vicio importante de naturaleza procedimental y que –por tanto– motiva la anulación de la sentencia como acto jurídico (conf. art. 486 del CPP). “

No existe un vínculo entre el grado de acreditación que deben tener los hechos y la forma en que éstos concurren.

No puede exigírsele a víctimas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad como la descrita que recuerden con máxima precisión la fecha de cada uno de los episodios que dieron lugar a los abusos (ver, al respecto, «**Riedberger Galdame**»).

Doctrina citada:

ROXIN, C., 2003, Derecho penal parte general, tomo II, Especiales formas de aparición del delito, Civitas, Navarra, p. 1026–.

JAKOBS, G., 1997, Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación, Marcial Pons, Madrid, pp. 1092/1096–.

SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio.

Fallo.

CUIJ: 13-06741747-4/1((018602-77317)) F. C/ MAIO GRAÑA PABLO GUSTAVO P/ ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE AGRAVADO POR EL VINCULO Y ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR EL VINCULO, VARIOS HECHOS EN UN NUMERO INDETERMINADO, TODO EN CONCURSO REAL P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105999329*

En Mendoza, a los cinco días del mes de diciembre del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06741747-4/1 caratulada “F. c/ M. G., P. G. P/ ABUSO SEXUAL (...) S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO.

La defensa de P. G. M. G. formula recurso de casación contra la sentencia n° 1.738 pronunciada por el Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial, por cuanto condenó al nombrado a la pena de 15 años de prisión, accesorias legales y costas (arts. 12 y 29 inc. 3 del CP) tras declararlo autor penalmente responsable de los delitos de abuso sexual gravemente ultrajante y abuso sexual con acceso carnal, agravados por el vínculo, ambos en la modalidad de delito continuado (arts. 119 segundo y tercer párrafo, en función del cuarto párrafo inc. b, 119 primer párrafo y 54 del CP), delito que se le atribuyó en los autos n° P-77.317/18.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El tribunal de la instancia previa tuvo por acreditado que «[...] aproximadamente desde fecha posterior al día 15 de mayo de 2.013, cuando S.M. tenía alrededor de ocho años, en las ocasiones en que su padre P. M. lo llevaba para concretar las visitas acordadas con la madre del niño a su domicilio sito en calle ..., y luego en el domicilio de calle ..., P. M. G., lo conducía a su dormitorio, le bajaba la ropa y le tocaba las partes íntimas. En tales oportunidades también le introducía su pene en la boca, siendo la última vez que P. M. le puso el pene en la boca a su hijo aproximadamente en el año 2017, cuando S.M. tenía aproximadamente entre once y/o doce años. En alguna de estas oportunidades, en esta misma época, y en fecha posterior al día 15 de mayo de 2.013, P. G. M. obligaba a su hijo SM a que se bañara con él en la ducha del baño de las viviendas mencionadas, lo tomaba del pelo, lo hacía arrodillar y le introducía el pene en la boca del menor. Aproximadamente a partir del año 2.016 y hasta las vacaciones correspondientes a fin del año de 2.017 e inicios del año 2.018, en momentos en que la víctima de autos, S.M., contaba con alrededor de 11 y/o 12 años, su progenitor P. G. M., en momentos en que se encontraba en su domicilio sito en calle ..., tocaba en reiteradas oportunidades a su hijo en su cola y en su pene, masturbándolo en algunas ocasiones, sujetando las manos de su hijo con precintos, y le decía que si contaba algo, mataría a su mamá o a su familia, y que iba a meter presa a su mamá» (v. fundamentos, pág. 22). Para arribar a tal conclusión, el tribunal valoró, entre los elementos de prueba más relevantes: la entrevista en Cámara Gesell que prestó la víctima; los testimonios de las psicólogas del Programa de Maltrato Infantil –en particular, de la Licenciado Vargas y la Dra. Sonia Elizabeth González Herrera–; las

actuaciones 1810/18/F, 2058/11/F, 1933/11/1F, 2677/5/5/F, 493/1/F, 892/8/4F, 1279/10/F, del Fuero de Familia; las actuaciones penales n° P-59.053; P-54.394/11; P51.810/11, P-50.717/11, P-49.460/11, P-48.825/11, P-48.117/11, P-48.226/11, P-70.478/09, P55.483/10, P-90.371/13, P-27.079/11, P-71.718/10, P-54.516/11, P-55.812/11, P-58.120/11; P58.264/11, P-58.338/11, P-60.601/11, P-62.400/11, P-66.826/11, P-83.879/11 y P-147.920/12; los autos «SM p/medida conexas» de la DINAF; los testimonios de los peritos Doctor Agustín Agasso y Licenciado Marisa Fusari y del perito de control Licenciado Herrera; el testimonio de la madre de la víctima, M. F. A.; la declaración de la Licenciado María Karen Anahí Leo Pons, psicóloga del ..., así como los informes que ésta elaboró; así como las declaraciones de las Licenciado Daniela Castro, Joahna Baidal, Alicia Pelaia, Carla V. Bitti y de la Dra. Herrera, así como del Licenciado Izura y el Doctor Habiján; y, el testimonio de M. L. M.; y el informe del CAI Área Salud Mental EPAASI. 2.- El recurso de casación de la defensa La defensa de P. G. M. G. plantea la nulidad del debate realizado (a), una errada calificación del hecho por parte del Tribunal (b), y la arbitrariedad de la sentencia dictada (c).

a.- En relación con lo primero, explica que el tribunal rechazó la nulidad planteada en relación a la realización del debate sin los autos P-29.079/11. Afirma que la defensa solicitó esas actuaciones en función de que la fiscalía y la querellante particular habían aludido en sus alegatos a circunstancias que obran en esa causa, y que no poder contar con la misma impidió a la defensa ejercer el control y contradictorio sobre esas circunstancias. Concretamente, el fiscal aludió a la posibilidad de que hayan intervenido peritos de control en la labor desarrollada por los profesionales Habiján e Izura en aquella causa; y la querellante afirmó que no se había querido realizar una Cámara Gesell a la víctima SM. Ambos extremos, sostiene la defensa, sólo pueden corroborarse con la compulsión de las actuaciones. Refiere que, independientemente de la relevancia que esas pruebas pudieran tener, el legítimo ejercicio de los derechos de las partes se vio afectado puesto que no se mide en función de la utilidad de las pruebas, sino que el contradictorio debe garantizarse en toda instancia y ante cada acción que posibilite una reacción. Afirma que esa defensa hizo saber al tribunal que el expediente en cuestión es una pieza clave en su teoría del caso y que oportunamente lo invocó en el ofrecimiento de prueba. Explica la defensa que accedió a la reconstrucción de las mencionadas actuaciones, atento a su falta debidamente comunicada por el tribunal, aunque las instrumentales aportadas para la reconstrucción no fueron consideradas. Agrega que la sentencia impugnada consideró hechos que fueron discutidos y contenidos en esas actuaciones y que fueron valorados por las partes. Cita la pág. 29 de los fundamentos donde se alude a hechos que ocurrieron en los años 2010 y 2011 y se afirma que un testimonio que habría sido prestado en esas actuaciones es de trascendental importancia para analizar el contenido temporal y situacional de los hechos juzgados en este proceso. Ese marco temporal y situacional que surge de los autos P-29.079/11 no pudo ser controlado por la defensa y evidencia la necesidad de contar con tales actuaciones.

b.- En segundo orden, la defensa cuestiona la calificación del hecho. Refiere que la sentencia consideró que, si la acusación entendía que había concurso real, debió demostrar las circunstancias de tiempo, modo y lugar de cada uno, lo que no ocurrió; y por eso concluyó que los hechos habían ocurrido en modalidad de delito continuado. La defensa sostiene que, aunque esto derivó en una pena inferior a la solicitada por la acusación, impidió el ejercicio del derecho de defensa. El tribunal enmendó la actuación del fiscal sin posibilitar a la defensa la contradicción, que había dado respuesta a la tesis del representante del Ministerio Público Fiscal en su teoría del caso. Por otro lado, al modificar el modo en que los delitos concurren el tribunal se extralimitó de su función y afectó el principio de imparcialidad del juzgador. Además, señala que el tribunal mutó la forma de concurso porque la acusación no demostró las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos.

c.- El tercer grupo de agravios se

enfoca en la valoración probatoria realizada por el tribunal. De modo general, afirma que las pruebas fueron meritadas de modo selectivo y arbitrario, con omisión de consideración de las pruebas aportadas por la defensa. El agravio que este tramo de la argumentación está orientada a apuntalar consiste en que la valoración probatoria realizada por el tribunal en la sentencia es errada y, en consecuencia, no es posible fundar la condena del acusado. i.- En relación con el relato del niño, al que la sentencia asignó valor determinante, afirma que no se valoró prueba ofrecida por la defensa. Cita el Expediente N° 1.279/10F, donde a fs. 385 obra informe del CAI que da cuenta de que el relato del niño tiene «[...] marcada influencia adulta. [S.M.] toma como certero los dichos de su entorno materno, repitiendo la supuesta intencionalidad de daño de la figura de su padre hacia él mismo [...]». Ello, corroboraría esa influencia el relato del niño al ser oído en esos autos, cuando ante una Asesora de Menores expresamente habría dicho (no indica fojas ni fecha) que «[...] su madre no lo deja ir a la casa de su papá ni que lo vea, ya que ella dice que su papá es malo y que además lo quiere engañar [...]». Invoca el informe realizado por el EPAASI en el Expediente P-29.079/11 el 06/09/11, donde se afirma que «[...] durante la evaluación realizada no surgen indicadores específicos que permitan concluir que el niño fue victimizado sexualmente [...]». En la sentencia n° 2.388 del 26/07/2013 dictada en esos autos se habría valorado aquel informe en sentido de descartar la presencia de un abuso sexual, agregando que «[...] se ha instalado en el niño la temática del abuso sexual en la memoria independientemente que haya existido trauma o no [...]».

Refiere la defensa que, para analizar la credibilidad y fortaleza del relato de un niño, existen cuestiones trascendentes como la sintomatología psicótica que presentó, acreditada por su psicóloga personal licenciada Mariela Vargas quien lo consignó en su historia clínica. A pesar de ello, el tribunal negó ese diagnóstico. En base a ello, la defensa pone en tela de juicio la credibilidad del relato del niño. ii.- Otro aspecto cuestionado es el marco temporal en que habrían ocurrido los abusos. Afirma la defensa que el relato del niño fue inconsistente en este punto.

Explica que el niño ha reiterado con seguridad y precisión el tiempo en que ocurrieron los abusos, tanto al ser interrogado en Cámara Gesell como al relatarlo a la licenciada Mariela Vargas y a su madre, M. F.. Colocó el inicio de los abusos a partir de los 5 años de edad, y hasta el año 2018. La defensa contrapone la sentencia n° 2.388 dictada en los autos P-29.079/11 y el informe del EPAASI antes aludido para negar que S.M. fuera abusado sexualmente a los 5 años de edad. Agrega que está acreditado que entre los años 2011 y 2012 S.M. no vio a su padre P. M., por lo que es imposible que haya existido un abuso en ese tiempo como afirma el niño. El examen realizado por el doctor Agustín Agasso refuerza la contradicción del niño, pues al ser interrogado por la defensa sobre si era o no creíble su relato en punto a la edad en que comenzaron los abusos, contestó que sí era creíble. La contradicción, a criterio de la defensa, surge palmariamente y desacredita su relato en uno de los puntos donde fue consistente. iii.- Un tercer argumento destinado a cuestionar la credibilidad del relato del niño afirma que su personalidad psicotizada ha sido omitida, por considerarla el Tribunal un mero alegato defensivo y descartarla (fundamentos, p. 46). La defensa invoca la historia clínica del niño, incorporada como documental, y el diagnóstico aportado en el juicio por la licenciada Mariela Vargas al que también aludió el perito de parte, licenciado Fernando Herrera, de donde surgiría la personalidad psicopática. También el testimonio del doctor Agasso y el informe del CAI realizada en los autos n° 1718/18/1F que habría hallado fabulación y sintomatología psicótica. iv.- Un ulterior argumento se vincula con el modo en que se develaron los pretendidos abusos. La sentencia afirma (p. 26) que la licenciada Mariela Vargas tomó conocimiento de los abusos cuando el niño fue hospitalizado, lo que no se ajusta a los dichos de la profesional ni de la madre del niño. La primera

dijo que el 19/09/2018 tomó conocimiento de los hechos en su consultorio, y la segunda que S.M. le había contado también ese día, previamente. El 20 de septiembre realizó la denuncia penal y muy posteriormente se realizó una segunda internación en el Hospital Carrillo, donde lo abordaron los profesionales del PPMI. Se trata, a criterio de la defensa, de una grosera contradicción de la madre del niño el hecho de que el 19/09/2019 haya concurrido al Juzgado de Familia por citación de P. M., esa misma tarde el niño le haya contado de los abusos y al otro día ella haya realizado la denuncia. v.- Un quinto argumento se centra precisamente en la declaración de M. F., madre del niño víctima. La defensa cuestiona que se le haya dado plena credibilidad a sus dichos, se haya negado toda influencia sobre el niño y se haya restado intencionalidad a sus denuncias contra P. M.. Sostiene que la sentencia omitió valorar el informe del CAI antes aludido (fs. 385, autos n° 1.279/1F), que detecta en Fernández «[...] marcada rigidez cognitiva, tendiente a imponer sus puntos de vista, con dificultades en la aceptación de criterios ajenos. Se advierten marcados rasgos manipulatorios y tendencia a exacerbar las situaciones relatadas [...] se advierte presencia de hostilidad crónica e intensa. Alberga impulsos agresivos que no pueden ser expresados apropiadamente, conduciéndola a presentar problemas de autocontrol. Exhibiéndose con modalidad sobrecontrolada y tendiendo a experimentar episodios súbitos y esporádicos de conducta violenta y/o arrebatada. Presenta dificultades en la capacidad de introspección y autocrítica, pudiendo reconocer parcialmente la responsabilidad e implicancia en las situaciones y adjudicándose la mayor responsabilidad de los hechos en la figura de su ex marido [...]». El informe transcrito por la defensa en su recurso también afirma que Fernández tiene limitaciones para aceptar la individualidad de su hijo y no considerarlo un objeto; que hay marcados indicios de manipulación hacia su hijo S.M., y que presenta rasgos de deformación de la realidad. También refiere la defensa al requerimiento de sobreseimiento en autos n° P29.079/11, donde el fiscal refirió que F. informó falsamente a las terapeutas que S.M. le había manifestado a los profesionales del CAI una situación de abuso, lo que no fue confirmado por esos profesionales quienes, en el examen que realizaron a F., refirieron que marcaba signos manipulatorios.

El escrito fiscal agrega que «el hecho denunciado no fue más allá de un método de enseñanza higiénica» y cuestiona que se haya producido un daño en la salud mental del niño, y que oportunamente será necesario investigar el daño mental que el niño podría haber sufrido a causa de la innumerable cantidad de tratamientos a los que fue sometido por su madre, que siempre tuvieron la temática común de la sexualidad. Invoca también la defensa la sentencia n° 2.388 antes citada, por cuanto como conclusiones de los profesionales Habiján e Izura respecto de M. F. destaca que «[...] si (sic) se detectó en la madre del menor una actitud ansiosa de que la situación sea vista y valorada como ella la ve e interpreta». Vincula esto con el testimonio de F. en el juicio oral, donde afirmó que tuvo una entrevista con H. después de realizado el abordaje del niño en la causa P-29.079/11, donde el perito le afirmó que había abuso y que estaba «más que claro», pero en el debate H. negó esta afirmación y la posibilidad de haber volcado algo así en el informe. Nada de esto, afirma la defensa, fue considerado por el tribunal a pesar de que fue planteado por la defensa. vi.- En cuanto a los exámenes psicológicos de P. M., la defensa afirma que se valoró un informe de una causa del fuero de familia que perjudica al acusado, pero no se hizo lo mismo con las pericias del niño y de su madre, a pesar de que la defensa lo solicitó por formar parte de su teoría del caso. Sostiene que esto es una muestra de parcialidad pues para dotar de credibilidad al relato del niño y de su madre se omitió valorar prueba señalada como relevante por la defensa. Sin embargo, respecto de M. se consideraron todos los antecedentes e historia psicológica. En punto a la pericia que ordena el art. 97 del CPP, afirma que no permitió extraer ningún elemento de cargo respecto al hecho y

que tanto el informe del Cuerpo Médico Forense, como la del perito de parte coinciden en que no hay indicadores de algún trastorno en la esfera sexual o rasgo compatible con personalidad de abusador sexual. Cita el testimonio de Y. T. que fue clara y contundente en cuanto a la total ausencia de rasgos compatibles con abuso. Tacha de arbitraria la valoración de este punto. vii.- También considera arbitraria la inclusión en el fallo de información que no surge del juicio. Afirma que en la pág. 11, párrafo 3 de la sentencia se alude a la licenciada María Lima y se consigna su testimonio, aunque nunca declaró en el juicio ni la investigación, y que la defensa no sabe quién es esa persona. También refiere la defensa que el fallo hace decir a los testigos cosas que no dijeron en el juicio. En ese orden, menciona el testimonio de S. G., que debe ser contrastado con los registros audiovisuales del juicio. Este modo de proceder del Tribunal constituiría una causal de nulidad. viii.- Por último, la defensa se agravia de que en la pág. 39 del fallo se alude a una cuestión patrimonial en perjuicio del acusado. Concretamente, se afirma que se discutió que la conducta de la madre del niño estuviera orientada por interés económico y que llamaba la atención del tribunal que, encontrándose el niño en tránsito de internaciones por problemas de gravedad, desde septiembre de de 2018 M. iniciara a su ex pareja un proceso judicial por fijación de canon locativo por el uso exclusivo del inmueble ganancial. Según la defensa, esta circunstancia es de neto corte patrimonial ajeno a la controversia penal y vinculada al legítimo ejercicio de los derechos del acusado; y destaca que no le llamó la atención al tribunal la demanda y el embargo preventivo millonarios que M. F. inició contra M. y que fue notificada durante las audiencias del juicio penal llevado a cabo en autos. Esto denota la finalidad de F. de perjudicar al acusado y acredita en parte la teoría del caso de la defensa. En base a los motivos reseñados, la defensa solicita la absolución del acusado y, subsidiariamente, la nulidad del juicio realizado.

3.- Dictamen del señor Fiscal Adjunto en lo Penal

En oportunidad de contestar la vista de ley conferida, el Fiscal Adjunto en lo Penal considera que el recurso de casación planteado procede formalmente, aunque debe ser rechazado en el fondo.

Explica que la sentencia evaluó cada uno de los elementos de prueba ofrecidos y que ello llevó al tribunal a concluir que los hechos ocurrieron del modo en que fueron acusados. Fue determinante la declaración en Cámara Gesell del niño víctima, de donde surgen claramente los abusos sexuales enrostrados a M. G., prueba que además se vio reforzada por relatos de profesionales de la salud.

La prueba también permitió descartar que la madre del niño hubiera dado inicio al problema, pues permite observar cómo el develamiento de los abusos sexuales se produjo a raíz de la intervención sanitaria que tuvo lugar cuando el niño intentó suicidarse. Los ataques de la defensa contra la declaración del niño, a quien acusan de presentar una personalidad psicótica, también fueron analizados y descartados en la sentencia, sin que las críticas detallen por qué la valoración del tribunal sería errada.

En cuanto a la intervención de la madre del niño en el proceso, que la defensa vincula con intereses económicos en relación con el acusado, afirma el Fiscal Adjunto que la sentencia explicó que las intenciones de la madre estaban orientadas a proteger a su hijo, reconociendo la conflictiva familiar de pareja y los problemas que surgieron por el impedimento de contacto con el acusado, todo lo cual coincidía con la prueba instrumental acompañada y permitía descartar un ánimo económico o espurio contra el acusado. En relación con la falta de rasgos o indicadores de que M. G. sería un abusador sexual, explica que la sentencia da debida cuenta de que del hecho de que no se hayan detectado esos indicadores no se sigue que el acusado pueda tenerlos o que no haya cometido abusos. Desataca, además, que el tribunal agregó que distintos exámenes realizados en el fuero de familia daban credibilidad al relato del niño, por lo que la pretensión defensiva carece de sustento objetivo alguno. E

n punto al alegato defensivo que afirma que la sentencia valora el testimonio de una licenciada «María Lima», que no prestó declaración en la causa, explica que la sentencia no cita como propia esa referencia, sino que la menciona al describir los alegatos del fiscal y que la consignación de ese nombre pudo deberse a un error de tipeo. En cuanto a la distinta calificación del hecho, afirma que no se produjo vulneración del principio de congruencia o del principio acusatorio alguna, en la medida en que los hechos han permanecido inalterados.

En ese orden, estima que el tribunal justificó debidamente que la conducta de P. M. G. se dirigía a realizar una pluralidad de actos que concluyó en una unidad de lesión al niño víctima. Por tales razones, aconseja el rechazo sustancial de la impugnación.

4.- Informe escrito de la defensa

A fs. 13/17 la defensa presentó un informe escrito del recurso de casación. Allí refuerza ciertos argumentos del recurso de casación.

En cuanto a la nulidad del juicio por falta del expediente P-29.079/11, explica que la pérdida de ese expediente, clave para la teoría del caso de la defensa, es grave puesto que la sentencia alude a circunstancias fácticas y pruebas que obran allí. En particular, alude al testimonio de la licenciada Karen Leo Pons, que versó sobre conductas del niño que estaban fuera del marco temporal de la acusación; y afirma que en ese expediente hay constancias que permitirían a la defensa probar que en la historia del niño víctima existía un condicionamiento que podría haber repercutido en su discurso o salud mental.

También afirma que tanto la acusación pública como particular hicieron alusiones a ese expediente que no pudieron controvertirse, como cuando descalificaron un informe del doctor Habiján de 2011 sobre el niño. Sostiene que esa prueba es fundamental para la defensa, que construyó sobre esa base su teoría de caso ya desde las audiencias previas de prisión preventiva y para resolver incidencias, y que se ha visto vulnerado el modelo adversarial y el derecho de defensa.

En cuanto a la valoración de prueba, refuerza sus argumentos contra el mérito del relato del niño y las pericias psicológicas del acusado.

En relación con lo primero, dice que en la página 27, tercer párrafo, la sentencia valora la situación del niño a los siete años de edad, siendo que cuando se realizó la Cámara Gesell tenía catorce años. Afirma que se ha bajado el estándar de prueba en punto a quién le contó primero el niño los supuestos abusos sexuales. Sostiene que el niño estaba psicotizado y que ello había sido advertido por la Fiscalía en la causa P-29.079/11, donde solicitó el sobreseimiento, y que en estos autos se tomó sin reparos el testimonio de un niño que puede tener la psiquis dañada, para imponer una condena grave.

En cuanto a lo segundo, afirma que el acusado siempre ha concurrido a las citaciones que le han realizado los tribunales de todos los fueros, que no se ha sustraído ni ocultado a ser examinado y que si fuera culpable debería esperarse reticencia a ello.

La sentencia, sin embargo, no merita los exámenes a los que fue sometido y que no encontraron rasgos de personalidad compatible con la de un abusador sexual en el acusado. Destaca que la pericia prevista por el art. 97 del CPP es tan relevante que se dispone como obligatoria. Invoca en ese sentido las pericias realizadas por las licenciadas Yésica Tolin y Pelaia.

5.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso interpuesto por la defensa considero, en función de las consideraciones que se desarrollarán, que la impugnación debe ser acogida. Previo a todo, es menester expresar que esta Sala Segunda ha sostenido reiteradamente el criterio según el cual es atribución del Tribunal tratar el motivo casatorio que más convenga a la solución del caso, en razón de que la ley procesal no establece un orden de procedencia que imperativamente deba seguirse en el examen de las causales de impugnación **(ver, en lo respectivo, «Gualpa Corvalán», «Coronel Montenegro», «Aguilar Montecinos», entre otros).**

En virtud de lo dicho, comenzaré con el análisis de uno de los vicios denunciados por el recurrente, en tanto estimo que allí se centra el agravio decisivo que, de prosperar, conduce a la anulación de la resolución cuestionada. Se trata de la crítica según la cual se afirma que el delito fue continuado como resultado de no poder demostrar las circunstancias de tiempo, modo y lugar de cada uno de los eventos de abuso que se atribuyeron a M. G..

En este sentido, la defensa sostiene que, sin perjuicio de que redundase en una pena menor a la solicitada, este cambio impidió el ejercicio del derecho de defensa y supuso una extralimitación de funciones por parte del Tribunal, que enmendó la actuación de la acusación. A mi entender, y con los límites que expondré, el agravio resulta procedente. Preliminarmente, es importante destacar que sobre el punto que cuestiona la defensa el tribunal consideró que «[e]n síntesis, tengo para mí que P. G., M. G., procedió a desplegar las conductas reprochadas y que han sido reproducidas oralmente en las audiencias respectivas, del modo en que han sido denunciadas, en los tiempos denunciados desde el año 2013 en adelante, en los domicilios corroborados, bajo las modalidades expuestas por el menor víctima, y conforme ha quedado acreditado en la plataforma fáctica tenida en cuenta como históricamente cierta. [...] En cuanto a la aplicación del concurso real, conforme lo requirió la Acusación, adhiriendo a ello la parte Querellante y la Asesora de Menores, el Tribunal se aparta de tal requerimiento toda vez si bien, el Sr. Fiscal como así también los nombrados entendieron la concurrencia de varios hechos independientes entre sí, debieron demostrar cuáles fueron aquellos que resultaron probados en las circunstancias de tiempo, modo y lugar. Se comparte con el Sr. Fiscal, la reiteración y la indeterminación delictiva, de las propias palabras del menor surge que los acontecimientos tuvieron lugar “tantas veces...”, pero estas deben encuadrarse en el supuesto de delito continuado, ya que los hechos plurales, dados en forma habitual, han resultado dependientes, constituyendo una unidad con su accionar que, aunque con distintos hechos naturalísticos separados en el tiempo, lo han sido con una homogeneidad y conexidad que se presentan como una unidad comisiva. (Causa N 58001/15, Fc/Díaz Castro, Diego Alberto p/Abuso Sexual...)). «Lo cierto es que el Tribunal tiene por probado que tanto interior como exteriormente, la conducta de P. M. se dirigió a realizar una pluralidad de actos, con un único designio que concluyó en una unidad de lesión jurídica a S.M.. [...]. Ha quedado probado que desde el año 2013 y desde fecha posterior al día quince de Mayo, cuando S.M. tenía ocho años de edad, en ocasiones en que P. M. llevaba a su hijo a las visitas en el domicilio de calle ... y luego en oportunidad de mudarse al domicilio de calle ..., hasta fines del año 2017 principios del año 2018 en momentos en que la víctima contaba con alrededor de 11 y 12 años, el encartado de autos ultrajó sexualmente a S.M.. Lo conducía a su dormitorio, le bajaba la ropa, le tocaba las partes íntimas e introducía su pene en la boca. Hacía que se bañara con él, lo tomaba la del pelo, lo hacía arrodillar, introducía su miembro en la boca del niño. En algunas ocasiones lo masturbó sujetando las manos de su hijo con precinto y bajo amenazas de que si contaba algo, mataría a su mamá. [...] “Frente a la realización de distintos actos con relevancia penal propia en un tramo temporal dilatado, la doctrina y la jurisprudencia propusieron valorar en su conjunto los distintos actos autónomos como una unidad jurídica de acción...la existencia de pluralidad de hechos cede a la ficción jurídica del tratamiento

único para evitar la aplicación de las reglas del concurso material de delitos...” (Concurso de delitos, pág.351, Pte. General Gustavo E. Aboso, Código Penal de la República Argentina) [...]» (fundamentos, pp. 70/71). Hecha esta necesaria reseña, corresponde señalar que –al motivar de esa manera la condena– a mi juicio el tribunal incurrió en tres vicios decisivos.

El primer error **consiste en haber considerado que la modalidad de delito continuado** eximía al tribunal de justificar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que cada uno de los hechos habría tenido lugar (a).

El segundo vicio radica en que, tal como afirma la defensa, este **cambio de calificación** introducido por el Tribunal tiene la virtualidad de impactar en el ejercicio del derecho de defensa en juicio (b).

El tercer y, a mi juicio, más relevante motivo por el que el cambio de calificación supone un vicio que amerita acoger el recurso, es que implica un **error grave en la interpretación y aplicación del derecho sustantivo** (c). Veamos.

a.- Modalidad de delito continuado.

a.- En punto al primer aspecto, el tribunal de la instancia previa afirmó que se apartaría de la calificación legal que la acusación le brindó a los hechos como un concurso real, puesto que ello requería que cada las circunstancias de tiempo, modo y lugar de cada hecho resultaran probadas.

Esta afirmación contenida en los fundamentos de la decisión revela un vicio importante de naturaleza procedimental y que –por tanto– motiva la anulación de la sentencia como acto jurídico (conf. art. 486 del CPP).

En efecto, una condición de validez de la sentencia condenatoria es la determinación circunstanciada del hecho que el tribunal estimare acreditado (conf. arts. 411, inc. 3 y 416, inc. 2 del CPP).

En el caso que nos ocupa, el tribunal de sentencia afirmó que, para aplicar la calificación jurídica que el Ministerio Público Fiscal proveyó para el caso –según la cual diversos hechos de abuso sexual concurrían realmente, en el modo que lo prevé el art. 55 del CP–, era necesario acreditar cada uno de los hechos en sus circunstancias tiempo, modo y lugar.

De allí surge que, como ello no era posible en el caso en tratamiento, se hacía necesario modificar la calificación por la de delito continuado. Este constituye un vicio procedimental relevante, puesto que la calificación jurídica siempre debe ajustarse a los hechos probados. Lo dicho, sin embargo, no debe interpretarse en el sentido de que en el caso que nos ocupa no haya sido posible acreditar cada uno de los hechos de abuso sexual cometidos por el acusado. Creo que aquí el tribunal ha omitido considerar que una valoración de la prueba de acuerdo a la sana crítica racional exige tomar en consideración las características del hecho y de la víctima, pero de ello no debe derivarse la consecuencia de que el hecho no pueda ser suficientemente acreditado. En este sentido, esta Sala Segunda ha sostenido que «en los casos de abuso sexual, cuando las víctimas son niñas y niños, la determinación cronológica de los hechos, así como los matices en relación a las circunstancias de modo y lugar, deben ser menos estrictas. Debe considerarse el perfil psicológico del niño o niña, su edad, su capacidad de situarse en el tiempo y demás particularidades que puedan influir de algún modo en la precisión de su relato. Por lo que, si existe alguna variación de acuerdo con las circunstancias de tiempo, modo y lugar, ello no supone una violación al principio de congruencia» (ver, al respecto, «Sayd Carrizo»). Esto de ninguna manera implica que los hechos no deban acreditarse circunstanciadamente, sino que la determinación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar debe ser coherente con la capacidad de las víctimas de precisarlas. Particularmente –y tal como he sostenido en «Vega, Héctor Damián»–, cuando se examina ataques llevados a cabo frente a víctimas desprotegidas o en la intimidad, el relato de quien ha sido violentado en su libertad sexual debe

ser cuidadosamente analizado y ha de atribuírsele un lugar privilegiado en la construcción de la premisa fáctica que integra el razonamiento del juez. En aquel precedente, también adherí a mi colega de Sala preopinante, quien afirmó que tratándose de una víctima menor de edad, constituye una regla de la experiencia común que el relato de un niño o niña no pueda ser objeto de un control de logicidad con la misma estrictez que el de un mayor de edad. Lo dicho se encuentra en plena sintonía con las directrices instituidas en documentos internacionales dictados en el marco de la ONU en materia de prevención del delito y justicia penal, que consagran –entre otras cuestiones– la fiabilidad de la declaración del niño en los procesos judiciales, destacando su derecho a ser tratado como testigo capaz y a que su testimonio se presuma válido y creíble, salvo que se demuestre lo contrario y siempre que por su edad y madurez pueda declarar en forma inteligible y creíble (conf. Directrices sobre la justicia para los niños víctimas y testigos de delitos, Consejo Económico y Social, Res. 2004/27 del 21/7/04, ap. II. B.18; Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, Consejo Económico y Social, Res. 2005/20 del 22/7/05, ap. VI.18; Ley modelo sobre la justicia en asuntos concernientes a menores víctimas y testigos de delitos, de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito –UNODC–, en colaboración con el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia –UNICEF– y la Oficina Internacional de los Derechos del Niño, año 2009, art. 20). A lo señalado debe agregarse que cuando estamos frente a comportamientos de violencia sexual contra niñas, niños o adolescentes por parte de quienes tienen respecto de ellos una cierta vinculación o ascendencia vincular –tal el caso que nos ocupa–, también esa circunstancia debe ser considerada en el abordaje jurisdiccional de valoración de la prueba. Ello en tanto, a lo traumático de lo experimentado, debe sumarse que la víctima no siempre se encuentra en las mejores condiciones de expresar lo que sufre, justamente por esa dependencia emocional que genera el hecho de que la persona responsable integra su «grupo de confianza».

En definitiva, sin perjuicio de que los hechos puedan acreditarse en sus circunstancias de tiempo, modo y lugar en el caso concreto que nos ocupa, lo cierto es que la sentencia condenatoria incurre en un vicio de motivación al considerar que la calificación debió variar porque la acusación no acreditó cada uno de los hechos endilgados a M. G.. Este vicio determina la anulación de la sentencia como acto jurisdiccional válido.

b.- La segunda razón para hacer lugar al agravio de la defensa se vincula con la capacidad del tribunal para introducir un cambio en la calificación.

El agravio defensivo plantea que el tribunal se extralimitó y afectó el derecho de defensa al modificar el concurso real que la acusación consideraba que existía entre los diversos abusos sexuales cometidos por P. M., por un abuso sexual en modalidad de delito continuado. A

hora bien, esta Sala Segunda ha tratado esta facultad de los tribunales y su relación con el principio de congruencia en otras oportunidades.

Al respecto este Cuerpo ha sostenido que «[e]l sentido y alcance del principio iura novit curia, y su relación con el derecho de defensa en juicio y el debido proceso penal, fue objeto de análisis de la jurisprudencia interamericana en ocasión de expedirse en la solución del caso “Fermín Ramírez vs. Guatemala”.

Allí, al explicar el alcance de las garantías contenidas en el art. 8.2 de la CADH, la Corte interamericana de Derechos Humanos sostuvo que «[l]a calificación jurídica [de los hechos] puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa, cuando se mantengan sin variación los hechos mismos y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación.

El llamado ‘principio de coherencia o de correlación entre acusación y sentencia’ implica que la sentencia puede versar únicamente sobre hechos o circunstancias contemplados en la acusación» (ver considerando 67)».

Esto supone un principio de congruencia fuerte en su dimensión fáctica y débil en sentido jurídico, matizado por el concepto de «sorpresa», es decir, que los hechos contenidos en la acusación son absolutamente inmodificables por el juzgador, pero puede apartarse del sentido jurídico que el acusador le da a la solución en tanto no se altere la base fáctica y siempre que el cambio de calificación no implique una sorpresa para el imputado (ver, al respecto, «**Torres Surget**»).

Dicho en otros términos, cabe al tribunal la facultad de modificar la calificación del hecho siempre que esto no importe una sorpresa para la defensa, tal que sea susceptible de desbaratar su teoría del caso o estrategia defensiva.

c.- Por último, la tercera razón para acoger el recurso se vincula con el modo en que deberían concurrir diversos abusos sexuales.

Tengo para mí que los delitos de abuso sexual como el que aquí se investiga **no pueden ser calificados como un único hecho en modalidad de delito continuado**, sino que constituyen **distintos eventos** que lesionan separadamente el bien jurídico y concurren realmente.

Comparto, a este respecto, las consideraciones que mi colega de Sala Dr. Omar Palermo mantuvo en la audiencia de deliberación y que volcaré en el voto que me sucede, al cual adhiero. De tal manera, la sentencia ha afirmado erróneamente que el conjunto de abusos sexuales denunciados en el caso habrían constituido parte de **un solo hecho «global» de abuso**, y no de eventos separados que afectan independientemente el bien jurídico protegido.

Por ello, y en la medida en que la sentencia condenatoria pronunciada en el caso de autos ha incurrido en vicios en la aplicación del derecho sustantivo, el agravio planteado por la defensa ha de ser recibido en esta instancia.

d.- En síntesis, por las razones antes expuestas considero que debe responderse de manera afirmativa la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO EN VOTO AMPLIATORIO, DIJO: Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, adelanto que comparto la solución brindada al recurso por mi colega de Sala preopinante.

Sin perjuicio de ello, encuentro necesario realizar algunas consideraciones en punto a la forma en que concurren los abusos sexuales.

La defensa sostiene que, sin perjuicio de que el cambio de calificación introducido por el tribunal redundase en una pena menor a la solicitada, ello impidió el ejercicio del derecho de defensa y supuso **una extralimitación de funciones** por parte del tribunal de la instancia previa, que **enmendó la actuación de la acusación**.

En este apartado, explicaré por qué en casos como el analizado sería correcto calificar los hechos como **un concurso real de delitos**.

La sentencia modificó la calificación atribuida al hecho por el Ministerio Público Fiscal –según la cual los distintos abusos sexuales habían concurrido realmente– y afirmó que los distintos abusos formaron parte de un solo «hecho» de abuso sexual en **modalidad de «delito continuado»**.

Del extracto de los fundamentos transcrito en el voto preopinante surge que los argumentos para justificar el cambio de calificación fueron tres.

Argumentos para cambiar la calificación legal

Primero, afirmar que si los acusadores pretendían que los hechos **concurrieran realmente**, «[...] debieron demostrar cuáles fueron aquellos que resultaron probados en las circunstancias de tiempo, modo y lugar [...]».

Segundo, la invocación de jurisprudencia local que avalaba la postura asumida.

Y, el tercero, la cita de doctrina al respecto.

Ahora bien, ninguno de estos argumentos resulta válido para justificar la consideración de distintos abusos sexuales a un niño como un caso de delito continuado.

En punto al segundo y tercero de los argumentos del tribunal de la instancia previa, debo señalar que la sentencia dictada en el caso «**Díaz Castro**» fue confirmada por esta Sala Segunda (v. autos CUIJ 13-03993207-9/1), aunque **no se expidió sobre la modalidad de delito continuado** aplicada, por no haber sido motivo de agravio; y además versaba sobre abusos sexuales de distinta modalidad.

En cuanto a la cita doctrinaria –menciona la obra de **Aboso**–, el fragmento transcrito en la sentencia del tribunal constituye una descripción de la posición de parte de la doctrina y jurisprudencia en relación con la posibilidad abstracta de que se verifiquen delitos continuados, pero no es la única posición descrita en esa obra ni está analizada en concreta relación a delitos como el que nos ocupan ahora.

En punto al primer argumento, debe tenerse presente que, ante casos de pluralidad de ataques sexuales a niños o niñas, es decisivo que se identifique a la víctima, que ésta en su declaración corrobore los hechos, y que se acrediten los aspectos fundamentales de su comisión, dentro de un determinado marco temporal y con un máximo de delitos atribuidos.

En este sentido, y dadas las particularidades inherentes de este tipo de casos, **no resulta necesario acreditar con precisión la fecha de cada uno de los abusos sexuales cometidos**. Esto ha sido suficientemente explicado en el voto preopinante.

Pero por otra parte, permítaseme agregar que de la eventualidad de que distintos hechos concurren realmente o sean considerados parte de un solo delito continuado no modifica en nada la necesidad de acreditar cada uno de los hechos.

Dicho con claridad: **no existe un vínculo entre el grado de acreditación que deben tener los hechos y la forma en que éstos concurren**.

En todos los casos los hechos deben ser acreditados con el grado de certeza que exige la norma procesal –esto es, con seguridad rayana a la certeza, debiendo resolverse las dudas sobre cuestiones de hecho del modo más favorable al acusado, conforme lo dispone art. 409 del CPP–; mientras que el concurso de distintos hechos debe resolverse del modo en que lo prevé la norma sustancial.

Sobre esto volveré más adelante.

Sobre la acreditación de los hechos debe tenerse presente que, ante casos de pluralidad de ataques sexuales a niños o niñas, es decisivo que se identifique a la víctima, que ésta en su declaración corrobore los hechos, y que se acrediten los aspectos fundamentales de su comisión, dentro de un determinado marco temporal y con un máximo de delitos atribuidos.

En este sentido, y dadas las particularidades inherentes de este tipo de casos, puede no resultar necesario acreditar la fecha exacta de cada uno de los abusos sexuales cometidos. Es importante destacar que la garantía del derecho de defensa –condición del debido proceso legal– exige una acusación que identifique «[...] una relación clara, precisa, circunstanciada y específica del hecho [...]» (art. 358 del CPP), y que la

sentencia incluya «[...] [l]a determinación precisa y circunstanciada del hecho que el Tribunal estime acreditado [...]» (art. 411, inc. 3 del CPP).

La indeterminación propia del específico momento de las agresiones contra la integridad sexual en autos no sólo se explica por el concreto modo de comisión de estos hechos – esto es, por un adulto contra su hijo en un ámbito doméstico de confianza–, sino también por lo traumático de su vivencia –que, en el caso, produjo intentos de suicidio en la víctima–, lo cual distorsiona el recuerdo y relato de las circunstancias en las que se llevaron a cabo los hechos.

No puede exigírsele a víctimas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad como la descrita que recuerden con máxima precisión la fecha de cada uno de los episodios que dieron lugar a los abusos (ver, al respecto, «**Riedberger Galdame**»).

De tal manera, no debe perderse de vista que, en los casos de violencia sexual, especialmente cuando las víctimas son niños y niñas, la determinación cronológica de los hechos, así como matices en relación con las circunstancias de modo y lugar, no deben ser irrazonablemente estrictas.

En esta línea, como ya se ha pronunciado en detalle este Tribunal, debe considerarse el perfil psicológico de niño o niña, su edad, su capacidad de situarse en el tiempo y demás particularidades que puedan influir de algún modo en la precisión de su relato (ver, al respecto, «Lorente» y, en similar sentido «**Sayd Carrizo**»).

Es que al respecto no puede perderse de vista las posibles reacciones de los niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual, que pueden influir en la investigación de este tipo de hechos.

Así, por ejemplo:

- a) el secreto, por el temor a las posibles consecuencias si se llega a revelar la verdad;
- b) la desprotección, en tanto sienten que sus progenitores no los/as protegen, si en el caso el abusador es un conocido de la familia;
- c) la acomodación o adaptación, donde la víctima no puede evitar ser abusado y, por esta razón, termina aceptando y culpándose a sí mismo por su consentimiento;
- d) la revelación tardía, conflictiva y poco convincente, donde el develamiento de un abuso sexual puede tener lugar cuando la víctima llega a la adolescencia y este presenta desordenes de conducta;
- e) la retractación, en la fuerza que pueden ejercer los familiares, el abusador y aun por los profesionales en la víctima, pueden agobiarla y obligarla a retractarse (v. voto del juez Adaro en «**Agüero Pérez**»).

Con esto quiero enfatizar lo señalado anteriormente, en cuanto a que la acreditación de abusos sexuales cometidos contra niños, niñas y adolescentes, para ser racional, debe tomar en cuenta las particulares circunstancias en que se cometen estos hechos, así como sus efectos diferenciales en las víctimas.

Debe quedar claro –tal como señala mi colega de sala preopinante– que este pronunciamiento no implica anticipo de opinión alguno sobre el grado de acreditación de los hechos en el caso concreto.

Dicho en términos claros: que se acoja el recurso de la defensa por vicios procedimentales y sustanciales en la sentencia, no supone que las pruebas incorporadas en autos y valoradas por el tribunal de juicio en la sentencia condenatoria no sean suficientes para tener por acreditados los hechos atribuidos a M. G.. Descartada la plausibilidad de la argumentación del tribunal, corresponde explicar por qué diferentes hechos de abuso sexual contra menores de edad no pueden ser considerados un solo delito en modalidad continuada.

Las reglas de concurso de delitos en nuestro Código Penal son claras en cuanto a que existe concurso real cuando «[...] concurrieren varios hechos independientes reprimidos con una misma especie de pena [...]»

(art. 55) y concurso ideal cuando «[...] un hecho cayere bajo más de una sanción penal, se aplicará solamente la que fijare pena mayor [...]» (art. 54).

En función de ello, se establecen reglas sobre la forma de determinar la escala penal aplicable (arts. 54 a 58).

Delito continuado. Art. 63 del CP

Ahora bien, la única referencia a delitos continuados en el Código Penal surge del art. 63, que regula el modo de computar la prescripción de la acción penal y que afirma que, si el delito «fuere continuo», tal cómputo comienza **desde que cesó de cometerse**.

El código no explica qué se entiende por «delito continuado», no contiene una definición legal de esta modalidad delictiva.

Por delito continuado se entienden aquellos casos en que se verifica una conducta reiterada que, con una interpretación racional de los tipos penales, no parece reiterar un «hecho», sino darle mayor contenido de injusto a uno ya comenzado. Es decir, resulta en un mayor contenido de injusto del hecho, pero es producto de una única resolución.

Condiciones objetivas. Doctrina.

Es posible encontrar en la doctrina algunas condiciones objetivas que deben satisfacerse para que se verifique un delito de estas características:

- i) debe haberse realizado el mismo tipo, o al menos, el mismo tipo básico;
- ii) el modo de comisión debe haber sido uniforme o similar;
- iii) los hechos individuales deben estar relacionados con una conexión temporal y espacial; y
- iv) en casos de bienes jurídicos personalísimos suele exigirse que estén dirigidos contra un mismo sujeto pasivo –ver tal **reconstrucción de la doctrina y jurisprudencia alemanas en ROXIN, C., 2003, Derecho penal parte general, tomo II**, Especiales formas de aparición del delito, Civitas, Navarra, p. 1026–.

Exigencia subjetiva. Dolo global.

A estas condiciones, parte de la doctrina también agrega como exigencia subjetiva la existencia de un «dolo global» –véase **JAKOBS, G., 1997, Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación**, Marcial Pons, Madrid, pp. 1092/1096–.

La idea de acción continuada ha sido abandonada especialmente frente a casos de delitos sexuales. (ROXIN)

Sin embargo, como señala **ROXIN**, la idea de **acción continuada ha sido abandonada especialmente frente a casos de delitos sexuales**.

Considerar que hechos diferentes de abuso constituyen un mismo «hecho» continuado en el tiempo conduce a tratos privilegiados injustificados, puesto que supone una escala penal menor a la de quien comete delitos en concurso real (v. art. 55 del CP), solamente en función de las identidades señaladas en el párrafo anterior –lo cual no luce razonable–.

Además, proporciona injustificadamente al autor ventajas en punto a la cosa juzgada (puesto que, si un autor es condenado por un abuso sexual contra un niño, no podría ser juzgado nuevamente por otro abuso contra la misma víctima en virtud de la prohibición de doble juzgamiento); y, por otra parte, perjudica también injustificadamente al autor en relación con la prescripción (en tanto frente a casos de abusos extendidos en el tiempo, la prescripción comenzaría a correr cuando «cese» el delito, es decir, cuando concluya el último abuso).

Por último, también perjudica al autor en punto a la acreditación judicial de los hechos, en la medida en que conduce a un examen superficial y globalizado de todos los hechos como un conjunto, precisamente de lo que se queja el recurrente en este caso –véase, por todo, **ROXIN, ob. cit., p. 1028/1029**–.

Estas razones instrumentales para rechazar la modalidad de delito continuado en casos como el presente no son, sin embargo, decisivas para la interpretación del instituto en cuestión.

Creo que a ellas se agrega una razón material que, a mi juicio, es de mayor peso: no es posible sostener racionalmente que distintos abusos sexuales contra una misma persona y cometidos con una modalidad similar se traten de hechos que formen parte de una sola acción que perjudica holísticamente el bien jurídico «integridad sexual» de la víctima, como afirma la sentencia impugnada.

Ello porque, cuando se encuentra en juego la integridad sexual de una persona –y más aun cuando se trata de un niño, niña o adolescente–, cada abuso sexual supone un ataque particular, con una dañosidad específica.

El caso que nos ocupa es una muestra clara de ello, puesto que la integridad sexual del niño abusado fue tan dañada que, en un punto, comenzó a intentar suicidarse.

La racionalidad no permite concluir que **distintos abusos formen parte de un solo hecho global**, dado que conduce a consecuencias sustancialmente inaceptables como:

- i) no reaccionar penalmente por cada evento de auto-organización culpable del autor –con afectación del principio de culpabilidad por el hecho–;
- ii) despersonalizar a la víctima, que es tratada como un «objeto dañado» que no puede sentir los sucesivos ataques a los que es sometida; y,
- iii) promover en el autor ataques a las mismas personas y con la misma modalidad, dado que las futuras agresiones no serán consideradas delitos independientes.

Además, considerar que distintos abusos sexuales contra la misma persona constituyen un solo delito, continuado, presenta un problema adicional en tanto requiere fijar en el autor un dolo de dañar la integridad sexual de la víctima en distintas etapas, como **parte de un «plan global»**.

Atenuar –en lugar de agravar– la pena aplicable frente a un dolo global por considerar que el hecho es uno solo en modalidad continuada es, a mi criterio, absolutamente inaceptable.

Es un error trasladar la categoría de «delito continuado», ideada para morigerar la reacción punitiva en casos donde claramente existe un dolo de causar un daño global medible y cuantificable mediante distintas acciones independientes finalmente conectadas, a este tipo de delitos.

La categoría está orientada a casos como los frecuentemente utilizados en la doctrina como ejemplos, de quien roba individualmente y en distintos eventos las perlas de un collar o los libros de una colección.

La distancia de tales ejemplos con el abuso sexual de un niño es tal que me exime de continuar esta argumentación.

En definitiva, la sentencia ha errado al modificar la calificación jurídica de los hechos porque la falta de acreditación de cada hecho independiente no es un motivo que justifique la aplicación de la categoría de «delito continuado».

Por las razones expuestas, considero que corresponde responder de manera afirmativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO deja constancia de que adhiere a las consideraciones vertidas por el DR. OMAR A. PALERMO.

Voto Dr. Valerio. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO EN VOTO AMPLIATORIO, DIJO: Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, adhiero al acuerdo que me precede respecto a la solución que corresponde brindar al caso.

En lo relativo a la posible afectación del principio de congruencia y del derecho de defensa en juicio, remito a la posición que sostuve –en lo pertinente– en el **precedente «Torres Surget»** citado.

Por otra parte, encuentro oportuno **aclarar la impertinencia de la cita del precedente «Díaz Castro»**, dictado con mi preopinión, que ha sido invocado por el Tribunal Penal Colegiado en su decisión.

Las particulares circunstancias en que en aquél caso fueron cometidos los hechos me condujeron a mantener la calificación que al hecho había asignado el Ministerio Público Fiscal, sin un análisis específico respecto del modo en que en general pueden concurrir distintos hechos de abuso sexual, en la medida en que no había sido solicitado por las partes ni la teoría del caso de ninguna de ellas incluía un cuestionamiento al respecto.

Por otra parte, la calificación aplicada en aquel caso no fue empleada por el tribunal –como en el caso que nos ocupa ahora– para justificar una disminución del estándar probatorio en perjuicio de la defensa.

En efecto, las circunstancias de aquél precedente distan de asemejarse al presente.

En aquel caso el acusado fue condenado por los delitos de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por su comisión por parte del ascendiente y aprovechando la situación de convivencia preexistente con la víctima, en concurso ideal con promoción de la corrupción agravada por ser el autor el ascendiente de la víctima, en concurso real con amenazas coactivas (arts. 119 segundo párrafo en función del cuarto párrafo, incs. b y f, 54, 125 primer y tercer párrafo; 149 bis, segundo párrafo y 55 del CP). ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde anular la sentencia N° 1.738, sus fundamentos y el debate; y remitir los presentes obrados al Tribunal Penal Colegiado N° 2 de esta Primera Circunscripción Judicial a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme el resultado aquí arribado, a efectos de que se realice un nuevo juicio (art. 486 del CPP). ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas por su orden y diferir para su oportunidad la regulación de los honorarios profesionales. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Acoger el recurso de casación interpuesto en autos por la defensa de P. G. M. G., anular la sentencia n° 1.738 pronunciada por el Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial y sus fundamentos.
- 2.- Remitir las presentes actuaciones al Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme el resultado aquí arribado, a efectos de que se realice un nuevo juicio (art. 486 del CPP).
- 3.- Imponer las costas por su orden y diferir para su oportunidad la regulación de los honorarios profesionales.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

Capítulo V.

Delitos contra la integridad sexual.

Corrupción. MASNNA. MESNNA.

CAPÍTULO V. DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL. Corrupción. MASNNA. MESNNA.

1- CASTILLO ORDOÑEZ. 11-05-22.

VG	SA	SP	Arm a	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
VG	Asc	NNA	-	PCE	-	-	A	-	CR	-	Inc3	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=835>

Lex: Art. 125, 3° párrafo en función con el 1° párrafo, 55, 119, 3° párrafo en función con el 4° párrafo inc. b y 55 del CP. ley 27206 (10-11-15). Art. 67 del CP

Vox: **Promoción de la corrupción de un menor** de 18 años de edad agravada. Abuso sexual agravado por ser con acceso carnal y por el vínculo. Concurso real. **Prescripción. Delito continuado**

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **veintidós años de prisión**, como autor del delito de promoción de la corrupción de un menor de 18 años de edad agravada por el vínculo en la modalidad de delito continuado en concurso real con abuso sexual agravado por ser con acceso carnal y por el vínculo –dos hechos en concurso real. (arts. 125 tercer párrafo en función con el primer párrafo, 55, 119 tercer párrafo en función con el cuarto párrafo inciso b y 55 del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP). Planteó la prescripción de la acción penal en el entendimiento de una errónea calificación legal de los hechos como corrupción de menores bajo la modalidad de delito continuado. En segundo lugar, cuestiona el monto de la pena impuesto.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n°1490 (16-12-20), pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Precedente «Lemos Delfino».

b-CSJN

Precedente «**Casal**»

Precedentes relacionados

- FC/V. E. R. P.. 14-02-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=4>
- Biscontín Tobares. 17-05-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=581>
- Gómez Ayala. 17-05-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=662>

Doctrina citada.

C. Nac. Crim. y Corr., sala 7ma., 10/3/1982 – Baruja, Antonio: ídem C. Penal Garantías San Martín, sala 2da., 26/6/2001 – Benítez, E., JPBA 119-164; ídem C. Nac. Casación Penal, sala 1ra., 6/11/1998 – Cisneros, J. L., JPBA 106-10, cit. por ROMERO VILLANUEVA, Horacio J., Código Penal de la Nación y Legislación Complementaria Anotados con Jurisprudencia, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 8va. edición ampliada y actualizada.

SCJM. Dres.: **Valerio.** Llorente. Adaro (Licencia).

Fallo:

CUJ: 13-05516988-2/1((018601-874)) F Y QUER. C/ CASTILLO ORDOÑEZ ALBERTO EDUARDO P/ PROMOCION DE LA CORRUPCION DE MENORES (874/19) (0874) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105698832*

En Mendoza, a los once días del mes de mayo del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 05516988-2/1, caratulada “FC. Y QUER. C/C.O., A.E. P/PROMOCIÓN DE LA CORRUPCIÓN DE UN MENOR DE 18 AÑOS DE EDAD AGRAVADA POR EL VÍNCULO EN LA MODALIDAD DE DELITO CONTINUADO EN CONCURSO IDEAL CON ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR EL VÍNCULO EN NÚMERO INDETERMINADO DE HECHOS EN CONCURSO REAL S/CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo, DR. PEDRO J. LLORENTE y tercero, DR. MARIO D. ADARO.

A fs. 01 obra constancia de la que surge que el defensor del acusado interpone recurso extraordinario de casación contra la Sentencia N° 1.490 de fecha 16 de diciembre de 2.020 y sus fundamentos del Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial dictada en Sala Unipersonal.

Esto en razón de que en ella se condena a A.E.C.O. a la pena de veintidós años de prisión, como autor del delito de promoción de la corrupción de un menor de 18 años de edad agravada por el vínculo en la modalidad de delito continuado en concurso real con abuso sexual agravado por ser con acceso carnal y por el vínculo –dos hechos en concurso real–, que se le atribuye en el marco de los autos N° P-874/19 (arts. 125 tercer párrafo en función con el primer párrafo, 55, 119 tercer párrafo en función con el cuarto párrafo inciso b y 55 del CP).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: pronunciamiento sobre honorarios y costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El juez de la instancia anterior, en lo pertinente para la resolución del recurso interpuesto, condenó a A.E.C.O. por los hechos que se le atribuyeran en la causa N° P-874/19, en razón de que consideró acreditada la plataforma fáctica contenida en la acusación fiscal de citación a juicio y que fuera ampliada en el debate haciendo uso de las previsiones del art. 391 del CPP.

De tal manera, estimó probado que «[...] sin poder precisar fecha exacta pero aproximadamente a partir del año 1998 hasta el 09 de febrero de 2008 (fecha en que la víctima cumplió sus 18 años), A.E.C.O. promovió la corrupción de su hija menor de edad F.E.C.C. (nacida para fecha 09/02/1990) [...]. [E]n el año 1998, sin poder precisar fecha exacta, en horas de la siesta, [...] A.E.C.O. colocó a su hija menor de edad F.E.C.C, quien contaba con 8 años de edad, en la habitación donde dormía con sus hermanos, con las rodillas en la cama y las manos contra la pared y la penetró por vía anal, manifestándole al finalizar “perdóname”. En otra oportunidad y con posterioridad al año 1998 aproximadamente, [...] en horas de la siesta, en el garaje donde vivía la bisabuela de la víctima de nombre “O.” [...] A.E.C.O., volvió a penetrar analmente a su hija F.E.C.C. y a posterior eyaculó, siendo que luego ambos se higienizaron en un surtidor toda vez que la víctima tenía materia fecal y semen en su ano y su progenitor materia fecal en su pene

[...]. [A]vanzado el tiempo, siendo ya la víctima mayor de 8 años de edad aproximadamente, en momentos en que sus padres se encontraban separados y residían en la casa de su abuela ubicada en calle [...] de Ciudad en la habitación donde dormían todos juntos, A.E.C.O. le exigió a su hija que le hiciera sexo oral a lo que la víctima accedió y luego lo mordió [...]. [E]n el año 2001 aproximadamente, [...] en [...] de Ciudad la cual se encontraba en construcción y en horas de la noche, en momentos en que A.E.C.O. llevaba a su hija F. de 11 años de edad a dormir a dicha propiedad, su progenitor, encontrándose acostado en un colchón colocado en el piso, le pidió a su hija que le bailara en bombacha y sin corpiño, petición a la que accedió ocasionándole vergüenza. [...] [C]on posterioridad al año 2001 aproximadamente, en [...] Ciudad, en la habitación de su madre, en momento en que la víctima F.C. de 14 años de edad se encontraba acostada de lado sobre la cama matrimonial, su progenitor se colocó detrás suyo y la penetró por la vagina manifestándole “ya está, ya pasó”. Que finalmente, desde que la víctima F.C. tenía 14 años de edad y hasta que la misma cumplió 18 años, A.E.C.O. continuó accediéndola carnalmente [...] a escondidas. Posteriormente a ello y sin poder precisar la fecha exacta pero aproximadamente entre el 9 de febrero de 2012 -fecha en que la víctima tenía 22 años- y el 8 de febrero de 2014 -fecha en que la víctima tenía 24 años-, en un número indeterminado de ocasiones, A.E.C.O., aprovechando que su hija F.C. no podía consentir libremente la acción, la accedió carnalmente vía vaginal en distintas ocasiones y lugares en que se encontraban, situaciones que ocurrían en el auto de C. que estacionaba en distintos lugares o en moteles que contrataba».

Para así decidir el tribunal de sentencia valoró las declaraciones prestadas en audiencia de debate por F.E.C.C., N.J.T., A.R., J.A.R., R.S.M., F.L.R.M., A.A. y J.J., así como el resto de los elementos de prueba válidamente incorporados a la causa.

2.- El recurso de casación

La defensa del acusado formula recurso de casación contra la sentencia arriba individualizada con fundamento en el art. 474 inc. 2 del CPP.

Alega violación al precepto contenido en el **art. 416, inc. 4 del CPP y en el art. 18 de la CN**, en razón de que considera que la sentencia cuestionada adolece de falta e insuficiencia de motivación y razón suficiente, falta de congruencia entre acusación y sentencia, así como que existe violación del debido proceso legal y la defensa en juicio.

Solicita la anulación de lo actuado y remisión a otro tribunal para su respectiva sustanciación. Invoca el precedente **«Casal» de la CSJN** y el dictamen del Procurador General para sostener la amplia revisión de todas las cuestiones de hecho y de la prueba analizada en la sentencia impugnada y referir que los vicios denunciados devienen del apartamiento de las reglas de la sana crítica racional en el fallo cuestionado.

Cita —ampliamente— doctrina y jurisprudencia de esta Suprema Corte de Justicia para sostener que se está ante una sentencia arbitraria, sin fundamentos legales, que margina prueba legítimamente incorporada y vinculante con la decisión final, la que se apoya en la sola voluntad del juez de la instancia previa.

Al efecto afirma que no se ha considerado un dato esencial, cual es establecer el momento en que se produce el delito de corrupción de personas menores de edad.

Afirma que de ninguna manera puede ser considerado un delito continuado, conceptualización que cobra especial relevancia en orden a la prescripción del delito, a cuyo efecto transcribe partes de los fundamentos.

Así, sostiene que el juez de la instancia previa entendió que los hechos no se encontraban prescriptos porque configuraban, a la vez, el delito de promoción a la corrupción de menores, delito éste que

interrumpió la prescripción, al entenderlo de modalidad continuada y que cesó de cometerse cuando adquirió la mayoría de edad F.E.C.C.

Funda la existencia del **delito continuado** en hechos que el propio tribunal expresa son indeterminados y, por ello, –afirma la defensa– nunca puede dar lugar a una pluralidad de acciones.

Indica, además, que el segundo hecho individualizado –sucedido a los catorce años– sería el momento en que se produciría la corrupción de menores, a decir del juez.

La incongruencia del sentenciante –a juicio del impugnante–, radica en que luego de desarrollar los elementos que conforman el delito continuado, añade que los **hechos no pueden ser indeterminados** y condena por dos hechos de abuso sexual con acceso carnal en concurso real con promoción a la corrupción de menores en la modalidad continuada.

Afirma **que no puede sostenerse la modalidad de delito continuado** porque no se cumple un elemento central, «c. una forma de comisión o una forma de realización de similares o idénticas características».

Ello por cuanto el segundo de estos hechos **ha ocurrido a los catorce años** y de allí en adelante no hay más hechos juzgados por el tribunal que permitan demostrar, a su juicio, la desafortunada frase de que **«se puede promover la corrupción de una víctima ya corrompida»**.

Añade que ciertamente ello es posible, pero deben acreditarse múltiples hechos realizados en ese sentido, lo que entiende no se ha probado porque el último y único hecho individualizado como relevante por el juez ha sido alrededor del año 2004, cuando la víctima contaba con catorce años.

Por ello, los hechos por los cuales su defendido ha sido traído a juicio –afirma– se hallan prescriptos al haber transcurrido –desde esa fecha– el plazo máximo de doce años.

Transcribe al efecto la modificación operada por la **ley 27.206 al art. 67 del CP**, refiere que ella entró en vigor el 10 de noviembre de 2015 y no puede aplicarse retroactivamente.

En función de lo expuesto, solicita la absolución del acusado.

Cita profusa jurisprudencia y doctrina.

En otro orden, **cuestiona el monto de la pena impuesto**. Alega al respecto escasa fundamentación y entiende que es arbitrario al alejarse del mínimo legal fijado –de doce años– y considerar únicamente el máximo de la pena.

Agrega que las modificaciones al Código Penal han dejado en el absurdo los máximos de la pena y ello no se adecua al principio de proporcionalidad previsto por la Constitución Nacional y los tratados internacionales.

Del mismo modo, refiere que no se ha considerado la edad del imputado –cincuenta años al momento de la condena–, lo que prácticamente transforma la pena impuesta en perpetua, con la posibilidad de que, dadas las condiciones de nuestras cárceles, su vida termine dentro del establecimiento.

Entiende también violado el mismo principio de proporcionalidad en orden al bien jurídico protegido al resultar más severamente penados los delitos sexuales que los delitos contra la vida.

Por ello, al considerar que no se han seguido las pautas de los arts. 40 y 41 del CP en la mensuración de la pena considera que la sentencia resulta, también en este aspecto arbitraria.

Formula reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

A fs. 6/8 se encuentra agregado el dictamen emitido por el señor Procurador General. Luego de examinar las críticas promovidas refiere que corresponde admitir formalmente el recurso, aunque debe rechazárselo en el fondo.

Expresa, en cuanto a la falta o insuficiencia de motivación argüida por la defensa por omisión de valoración de prueba o apartamiento de las reglas de la sana crítica racional, considera que se sólo se efectúan menciones superficiales, sin profundizar en el tema ni en las razones de su apreciación que permitan inferir los vicios que intenta señalar.

Afirma que los mismos no alcanzan a autoabastecerse e impiden expedirse sobre los mismos.

Con relación a la continuidad delictiva del delito de promoción de la corrupción de menores, así como que los hechos estuvieran prescriptos, refiere que el tribunal de la instancia previa consideró que sí era posible lograr un mayor grado de corrupción y este es el fin del agente.

A lo que agregó, que se produce una dependencia de los actos corruptores, coherentes con un dolo total y ello es lo ejecutado por el imputado.

Además, destaca que a juicio del tribunal de sentencia es patente el logro de este propósito, porque adquirida la mayoría de edad F.E.C.C. siguió manteniendo trato sexual con ésta sin oponer resistencia o consintiendo –sin libertad– esos actos.

Esa continuidad delictiva encuentra correlato en la prueba testimonial, así como en los informes de los profesionales.

La referencia al último hecho como del año 2004, con una víctima de catorce años carecen de sustento, atento los fundamentos vertidos por el sentenciante.

Agrega que en tanto **la víctima refirió que los primeros hechos acontecieron a los ocho años y hasta los veinticuatro años**, cuando se casó, aun cuando fueron denunciados varios años después, es inapropiado exigirle un relato con mayores precisiones que las aportadas.

Deja aclarado cuál es el criterio seguido por el Ministerio Público Fiscal y entiende que, conforme a la normativa internacional, a la fecha de los hechos la víctima ya contaba con protección constitucional – Convención de los Derechos del Niño–, no obstante que las modificaciones legales al Código Penal resultan posteriores.

Así, el principio de legalidad no alcanza a explicar satisfactoriamente la preeminencia que se le otorga a los derechos del imputado por sobre los de la víctima, que merece un justo reconocimiento.

En cuanto al monto de la pena impuesto, entiende que se encuentra dentro del marco legal previsto y no advierte arbitrariedad al haberse valorado adecuadamente las pautas de los arts. 40 y 41 del CP consignándose atenuantes y agravantes.

Por ello, dicho monto no aparece como desproporcionado ni carente de fundamentación aconsejando el rechazo del agravio articulado.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Examinado el recurso de casación promovido por la defensa y la sentencia impugnada, por diversos motivos, que expondré a continuación, entiendo que el primero no puede prosperar.

De manera preliminar, debe señalarse que los agravios impulsados pretenden fundamentar la insuficiencia de motivación e incongruencia de la sentencia en orden a determinar los hechos probados y luego de ello, principalmente, la subsunción parcial de éstos bajo la **modalidad de delito continuado** adoptada por el sentenciante.

Sin embargo, y anticipándome, debo decir que los elementos de convicción han sido valorados siguiendo los principios de la sana crítica racional, la lógica y la experiencia, de manera que la motivación del acto sentencial **no adolece de arbitrariedad**, razón por la que debe ser considerado un acto jurisdiccional válido.

En este sentido valga recordar que es jurisprudencia reiterada de esta Sala que para que los defectos de fundamentación conlleven a tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalgan a su ausencia (LS. 186- 427, 153-011; 354-218; 392-94 y 397-177, entre otros); lo que en la especie no se verifica.

Centralmente, tal como lo hiciera a lo largo del proceso y en sus alegatos finales, la defensa, a partir del cuestionamiento de los hechos probados y acreditados, plantea prescripción de la acción penal en el entendimiento de una errónea calificación legal de los hechos como corrupción de menores bajo la modalidad de delito continuado.

En segundo lugar, cuestiona el monto de la pena impuesto.

En el desarrollo argumental se seguirá el esquema planteado por la defensa pero, de manera previa, considero oportuno realizar algunas consideraciones respecto del marco teórico adoptado por la sentencia de grado que considero útil para el abordaje del planteo.

a.- Consideraciones preliminares

El recurrente limita su cuestionamiento a los hechos cometidos **cuando la víctima era menor de edad**, dejando incólume la sentencia respecto de los delitos de abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo que concursaban materialmente en número de dos y ocurridos a los veintidós y veinticuatro años de edad.

El juez de la instancia previa, inicialmente, en el análisis de la prueba, referenció expresamente la **validez que al testimonio de la víctima**, principal prueba de cargo, debía otorgarse en casos de agresión sexual contra una niña dentro del ámbito familiar.

De tal manera, dejó explicitada la perspectiva que debía seguirse en dicho análisis.

A esos efectos, citó precedentes propios a fin de abonar la necesaria observancia de la prueba de los hechos bajo el prisma de la **Convención de los Derechos del Niño y la Convención de Belem Do Pará**, las **Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas** en condición de vulnerabilidad, así como jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (ver al respecto, punto c, «Prueba», primera parte, de la sentencia cuestionada).

A dicho testimonio adunó **corroboraciones periféricas objetivas** –los testimonios de dos psicólogos y dos de sus amigas, el dictamen de los profesionales del EDeAS– que le permitieron concluir acerca de la credibilidad y veracidad de los dichos de F.E.C.C. y considerar probada la materialidad de los hechos y la autoría del acusado (ver al respecto, punto c, «Prueba», primera parte, de la sentencia cuestionada).

En este sentido, debe señalarse que el recurso articulado no contiene cuestionamiento alguno al testimonio de la víctima en orden a su credibilidad ni a la prueba rendida e incorporada.

En este orden, la defensa sólo efectúa citas doctrinarias y jurisprudenciales acerca de la falta o insuficiencia de motivación por omisión de valoración probatoria e incumplimiento de las reglas de la sana crítica sin anclaje alguno en el plexo probatorio.

En cuanto a la prescripción de la acción penal, el sentenciante se pronunció en favor de la **no aplicación retroactiva de la modificación del régimen de la acción penal** prevista en el art. 67 del CP respecto de los delitos sexuales que entrara en vigencia el 10 de noviembre de 2015, invocando doctrina e incluso el **precedente de esta Sala Segunda «Lemos Delfino»**.

Al efecto sostuvo que:

1) la mayoría de los hechos fueron cometidos desde el año 1998 y hasta el día 9 de febrero de 2008, fecha en la que la víctima adquirió la mayoría de edad;

2) el primer acto interruptivo del curso de la prescripción aconteció el **30 de abril de 2019**, fecha de la imputación formal;

3) los doce años de plazo máximo previstos en el art. 62 del CP desde aquél acto situaba en el año **2007**;

4) ello implicaba considerar los **hechos cometidos antes de esa fecha prescriptos**;

5) la reforma operada al art. 67 del CP por la ley 27.206 no resulta aplicable al caso (art. 2 del CP).

Asimismo, consideró que los hechos correspondían fueran encuadrados en el delito de **corrupción de menores en la modalidad de delito continuado**.

Al respecto debe decirse que la defensa no ha cuestionado en esta instancia esa calificación de los hechos, sino que ese tipo de delito pueda llevarse a cabo en modalidad continuada.

Ello será objeto de análisis seguidamente.

b.- Algunas consideraciones sobre el delito de corrupción de personas menores de edad como delito continuado

Sentado lo anterior, corresponde señalar que la defensa cuestiona de la calificación legal de los hechos, en tanto fueron encuadrados como corrupción de menores, el aspecto vinculado con la modalidad de su ejecución, esto es como delito continuado.

De tal manera, **no efectúa crítica propiamente a la figura de la corrupción de menores** prevista en el art. 125 del CP.

En este orden, puntualiza que el juez de la instancia previa entendió que, al estar en las presentes actuaciones ante el delito de corrupción de menores y no abuso sexual agravado bajo la modalidad continuada, la acción penal no se hallaba prescripta.

Agrega, además, que el juez consideró que estos hechos cesaron de cometerse a los dieciocho años de F.E.C.C. Ello así, conforme las prescripciones del **art. 125, tercer párrafo del CP**.

Al efecto, entiende que el propio juez **funda el delito continuado en hechos no determinados**; que el único hecho individualizado y acreditado en el que ocurriría la corrupción de menores aconteció a los **catorce años de la víctima**, y ello no permite entender que se trata de un delito continuado pues no se configura uno de los requisitos que el mismo juez citado ha señalado: «una forma de comisión o una forma de realización de similares o idénticas características».

Por otra parte, cuestiona que tampoco se determinara cuándo comenzaron los actos corruptores y si este acto aconteció a los catorce años y en adelante no hay más hechos juzgados, deben acreditarse múltiples hechos, lo que en el caso no se encuentra probado.

Ello, más allá de que acuerda con el juez de la instancia previa en que se puede promover la corrupción de una víctima ya corrompida.

De tal manera, si este hecho aconteció a los catorce años de F.E.C.C., el 9 de febrero de 2004, ha transcurrido el plazo de doce años previsto por el art. 62 del CP y la acción estaría prescripta. No comparto los argumentos de la defensa. Veamos.

La víctima, en su denuncia, detalló una serie de hechos que efectivamente ocurrieron desde sus ocho años –1998– y hasta los veinticuatro años –2014–. Estos hechos habrían acontecido, siendo menor de edad, hasta el año 2008. Luego, en el debate oral, brindó más precisiones sobre esos acontecimientos.

El requerimiento de citación a juicio puntualizó, en base a la denuncia, una serie de hechos, el tribunal de la instancia anterior encontró acreditados. Así: los acontecidos a partir de 1998, cuando F.E.C.C. tenía ocho años; los ocurridos con posterioridad a ese año en la casa de su abuela en dos domicilios; los sucedidos en el 2001 en el B° [...], cuando F.E.C.C. tenía once años; los acaecidos entre los catorce y

dieciocho años de F.E.C.C., con un período sin relaciones de ella con su padre entre los dieciocho y veintiún años; y, ya de mayor de edad, dos hechos a los veintidós y veinticuatro años.

En función de la afirmación de la defensa, y sin considerar la calificación adoptada por el juez de grado, el análisis debe centrarse en aquellos hechos acontecidos entre los catorce y dieciocho años de edad de la víctima, pues allí se ubicaría el **comienzo de los actos corruptores**.

Debo señalar, como primera afirmación, que no habiendo cuestionamiento alguno a la prueba rendida, en dicho período no existe un solo hecho individualizado, como afirma la defensa, el sucedido a los catorce años, cuya fecha dataría a partir del 9 de febrero de 2004.

Luego del relato espontáneo de los hechos desde su comienzo, en el año 1998, al momento de llegar al 9 de febrero de 2004, la víctima señaló «[...] ya viviendo en esa casa [una casa que sus padres compraron en...], en la habitación donde mi mamá duerme ahora, [...] yo estaba acostada de costado sobre la cama matrimonial y él estaba atrás mío, como durmiendo en cucharita y ahí recuerdo que me penetró por la vagina, me puedo acordar que él dijo, “ya está, ya pasó” [...]. [R]ecuerdo que ese hecho marcó mi vida, ya que mi pensamiento hacia él cambió, hasta ese momento yo tenía catorce años no me había sentido abusada por él, no me daba cuenta lo que hacía conmigo, al otro día yo lo busqué a él para tener relaciones [...] ahí mi vida cambió porque sentía que era su mujer [...]. [A] partir de ese último hecho yo empecé a tener relaciones sexuales con él seguidas [...] también estuve mucho tiempo sin verlo porque él tenía otra mujer, recuerdo que desde mis 18 años hasta los 21 años ya no tuve contacto con mi padre [...] hablaba por teléfono pero no contacto físico ni sexual [...]» (ver fs. 3 y 4).

Del mismo modo, en el debate sostuvo, «[...] de grande, a los catorce o quince años, algo pasó que cambió, éramos como un matrimonio [...]. [E]stábamos en la casa de [...] donde vive mi mamá y nosotros actualmente, la primera vez que lo intentamos, con el tema de la virginidad no pudimos [...] el segundo día si tuvimos relaciones, desde ese momento yo pensaba que él era lo mejor que me pasó en la vida [...]. [M]e enseñó a manejar, íbamos a [...], paseábamos, en una de las vacaciones había una feria de artesanos en la calle principal, nos compramos dos anillos de alpaca [...]» (ver registro audiovisual del día 24.11.2019, parte I, 00:31:30 y ss).

Luego añadió, «[...] después de que tuvimos la primera vez, a los catorce o quince años, era siempre [...]» (ver registro audiovisual del día 24.11.2019, parte II, 00:00:43 y ss).

Refirió, incluso, que C. le brindó la pastilla del día después «[...] yo empecé a tomarlas desde que pasa la primera vez, las compró él, las mismas que tomaba mi mamá [...]» (ver registro audiovisual del día 24.11.2019, parte II, 00:17:49 y ss).

En el contexto, «[...] [e]n un momento en la casa de mi abuela P. en [...], a los quince o dieciséis años, una tarde, una siesta, pensamos hasta tener un hijo, yo quería tener un hijo, [...] esa tarde lo hicimos [...]» (ver registro audiovisual del día 24.11.2019, parte II, 00:18:35 y ss).

Surge claramente del relato de la víctima, que en ese período, entre los catorce y dieciocho años, los hechos se iniciaron a los catorce y se sucedieron –a lo largo de esos años– hasta los dieciocho, dando suficientes referencias temporales, espaciales, de contexto y referencias anímicas al efecto que abonan su credibilidad.

No debe olvidarse tampoco que fue N.T., amiga de la infancia la que corroboró ello al señalar que la víctima le dijo que mantenía relaciones sexuales con el padre, situación que aconteció cuando habían empezado la escuela secundaria (ver registro audiovisual del día 24.11.2019, parte II, 00:32:42 y ss).

Entiendo entonces que no puede válidamente sostenerse que, en el período comprendido entre los catorce y dieciocho años de la víctima, solamente se encuentra probado un hecho acontecido a los catorce años como afirma la defensa.

Sentado ello, si la víctima contaba con catorce años al [...] de 2004 y cumplió dieciocho en igual fecha del año 2008, y consideramos que el último acto interruptivo del curso de la prescripción aconteció el 30 de abril de 2019, las previsiones del art. 67 del CP nos permiten sostener que aquellos hechos acontecidos a partir del 30 de abril de 2007 no se encuentran prescriptos.

De allí que los cuestionamientos a la modalidad de comisión del delito por el que se decanta el juez de la instancia previa, corrupción de menores como delito continuado, devengan en abstracto, pues a la misma solución ha de arribarse si los hechos se subsumieran en el tipo previsto por el 4º párrafo en función con el 3º párrafo del art. 119 del CP –abuso sexual agravado con acceso carnal agravado–.

Por otra parte, y en mérito a la prueba rendida, bien puede sostenerse que dichos hechos han concurrido realmente (art. 55 del CP) en al menos más de un hecho, lo que impactaría negativamente en el monto de la pena a considerar para el acusado.

Ello así por cuanto el delito continuado implica sostener la existencia de varios hechos como un único suceso con el consiguiente beneficio en orden a la pena –única– en el caso concreto, lo que así ha sido decidido.

Dicho esto, y en mérito a la consideración de la sentencia impugnada y los agravios promovidos, considero que corresponde realizar dos apreciaciones.

La primera, el cuestionamiento al encuadre legal de los hechos en la figura de la corrupción de menores, escapa a los agravios articulados por la defensa. La segunda, en el ámbito de la doctrina y la jurisprudencia, se admite que aquella figura legal permite su comisión, tanto como delito único, como en la modalidad de delito continuado.

En efecto, casos como el aquí analizado, donde los hechos comenzaron cuando la niña tenía muy corta edad –ocho años– y se reiteraron a lo largo de aproximadamente dieciséis años, en el que el acusado es el padre de aquélla, con un vínculo relacional cercano, con la consecuente lesión psíquica en la menor –incluso hasta en la adultez–, han recibido de parte de la jurisprudencia, en similares contextos, idéntica calificación en la misma modalidad (**C. Nac. Crim. y Corr., sala 7ma., 10/3/1982 – Baruja, Antonio: ídem C. Penal Garantías San Martín, sala 2da., 26/6/2001 – Benítez, E., JPBA 119-164; ídem C. Nac. Casación Penal, sala 1ra., 6/11/1998 – Cisneros, J. L., JPBA 106-10, cit. por ROMERO VILLANUEVA, Horacio J., Código Penal de la Nación y Legislación Complementaria Anotados con Jurisprudencia, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 8va. edición ampliada y actualizada).**

Por ello, la interpretación efectuada por el sentenciante en orden al tipo legal aplicado y la modalidad en que acontecieron los hechos no puede catalogarse de errónea o arbitraria y se encuentra fundada en las circunstancias del caso traído a conocimiento.

En ese sentido, la fecha en la que el delito cesó de cometerse es el único dato necesario a los efectos del **art. 63 del CP.**

c.- Sobre los cuestionamientos de la defensa sobre el monto de la pena

En otro orden, tampoco puede compartirse la crítica defensiva de escasa fundamentación y arbitrariedad respecto del monto de la pena.

En este orden, fundamenta su cuestionamiento en el alejamiento del mínimo legal, los excesivos máximos legales previstos por el Código Penal en orden a la Constitución Nacional y los tratados internacionales que afectan el principio de proporcionalidad y la edad del acusado.

Del mismo modo, considera que existe afectación del principio de proporcionalidad en cuanto al bien jurídico protegido y la sanción prevista para los delitos contra la integridad sexual en relación con los delitos contra la vida y la falta de respeto a las pautas moderadoras de los arts. 40 y 41 del CP.

En primer lugar, debe decirse que surge de autos que el juez de la instancia previa ha considerado, para fijar el monto de la penalidad, una serie de aspectos que detalla ampliamente, en un todo de acuerdo con los artículos 40 y 41 del CP.

La extensión que ha dado a la cuestión y el razonamiento seguido, me permiten calificar la crítica como una mera afirmación dogmática (ver, al respecto, sentencia cuestionada tercera cuestión, «Individualización de la pena»).

Así no sólo se detuvo en fundamentar las pautas mensuradoras de la normativa sino que, en cuanto a la decisión del monto en sí, se inclinó por adoptar la escala de gravedad continua y ubicó la pena en el último tramo del primer tercio de dicha escala que oscilaba entre los diez años y los cincuenta años de prisión.

Al efecto, consideró: **el sufrimiento de un daño psíquico por parte de la víctima**, casi irreversible y morigerado levemente por la falta de perjuicio físico; la grave afectación de los derechos de la infancia y la doble condición de vulnerabilidad de F.E.C.C. –por ser mujer y niña–; elementos todos los que aportan a considerar mayor contenido de injusto, lo que opera como agravante.

Tampoco ha existido omisión del sentenciante a la hora de evaluar las condiciones personales del acusado. Contrariamente, consideró como circunstancia agravante la edad madura del acusado al momento de los hechos y concluyó que únicamente debía valorarse en su favor la carencia de antecedentes penales.

Ello, en nada convierte en arbitrario el razonamiento, aun cuando sea adverso a las peticiones de la defensa.

En definitiva, la motivación de la penalidad es suficiente a los efectos del mantenimiento de la sentencia como acto procesal válido, no adoleciendo de falencias que impliquen su anulación.

Ello, a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido de que tales defectos, para conllevar esa extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177); lo que en autos de acuerdo a lo precedentemente desarrollado, no ocurre.

En función de lo expuesto concluyo que los agravios formulados no pueden ser de arribo en esta instancia y la condena impuesta debe ser confirmada en todas sus partes.

Por lo expuesto y, opinión concordante del señor Procurador General, corresponde contestar de manera negativa a la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso de casación promovido y confirmar la sentencia cuestionada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Llorente. Adhiere.

Sobre la misma cuestión el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede. SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva,

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado A.E.C.O.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 11 de mayo de 2022.-

2- MARTINEZ FERNANDEZ. 26-08-22.

VG	SA	SP	Arm	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	-	NNA	-	PCC	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=895>

Lex: Art. 128, 3° párrafo del CP. Ley 26061. CDN

Vox: Suministro de material pornográfico. Perspectiva de edad. No revictimización. Tecnologías de la información y la comunicación (TICs). Masculinidad hegemónica y los roles asignados tradicionalmente. Patriarcado. Condena de ejecución condicional. Dictamen negativo del MPF a la Suspensión de Juicio a prueba.

Summa:

El **TPC** condenó al nombrado a la pena de **dos años de prisión en suspenso**, como autor del delito de suministro de material pornográfico (art. 128 tercer párrafo del Código Penal). El SA es progenitor del SP, un menor de 8 años de edad.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n°957 (05-12-19), pronunciada por el TPC N° 2-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Valor del dictamen del MPF en la SJP.

- «Moreno Frías» 01-12-17: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=904>
- «Romero Díaz». 15-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=177>

Perspectiva de edad.

- «Paz Parra»03-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=415>
- «Garrido Olivares»29-07-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=297>
- «Agüero Pérez». 25-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=777>
- «Gaudencio Costa»
- «González Pringles».
- «González Sosa».

b-CSPCF

En este sentido concuerdo con la jurisprudencia que señala que el suministro consiste en **«proveer al menor de material pornográfico»** (Cámara de Apelaciones Penal, Contravencional y de Faltas. Causa N°: 15349-2014-2. Autos: P., A.M. Sala III, 10/11/2017).

De tal manera, por considerar que la actividad desplegada por el acusado resulta típica a los fines del art. 128, inc. 3 del CP., el agravio también debe ser rechazado.

Doctrina citada.

JUFEJUS, Asociación por los Derechos Civiles y UNICEF, Guía de Buenas Prácticas para el abordaje de niños/as, adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos. Protección de sus derechos, acceso a la justicia y obtención de pruebas válidas para el proceso, Argentina, p. 13.

Connell, 2005 citado por Fabbri, Luciano, «La masculinidad como proyecto político extractivista. Una propuesta de re-conceptualización», pág.28.

Segato, Rita Laura, «Las estructuras elementales de la violencia», Ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos, Ed. Universidad Nacional de Quilmes, 2003, p., p.37.

Precedentes relacionados

SJP. Art. 76 Bis CP. Art. 30 CPP

- Bustos Baldor. 02-03-10: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Condori. 15-06-16. VG: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Bernales Bargas. 28-12-16: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Ayala Gil. 17-05-17: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Moreno Frías. 01-12-17: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=904>
- Crescitelli Fliguer. 14-12-17: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Lemos Guerrero. 28-11-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=906>
- Ramos Sevilla. 04-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=27>
- Romero Díaz. 15-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=177>
- Torcetta Sanjurjo. 19-12-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=262>
- «Rivero Oro».22-05-20. VG. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=315>
- Castro. 03-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=771>
- Vulcano. 22-03-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=981>
- Castillo Ordoñez. 11-05-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=895>
- Reyes Lara. 17-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=865>
- García Manca. 17-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=866>
- Martínez Fernández. 26-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=895>
- Guajardo. 22-09-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=896>
- Rosales Chacón. 11-11-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=973>
- «Ramón Mayorga»
- «González Farías»
- «Entre Ríos Oliva»
- «Rodríguez Rosales»
- «Bernales Vargas»
- «Sánchez»
- «Cruzate»
- «Lemos Guerrero»
- «Estrella»
- «Luna Amaya»

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Llorente.

Fallo:

CUIJ: 13-05086445-0/1((018602-77363)) FC/ MARTINEZ FERNANDEZ CRISTIAN JOSE P/ PROMOCION DE CORRUPCION DE MENORES DOBLEMENTE AGRAVADA POR EL VINCULO Y POR SER LA VICTIMA MENOR DE TRECE AÑOS (77363) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105253713*

En Mendoza, a los veintiséis días del mes de agosto del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N°13- 05086445-0, caratulada “F. C/M. F. S/CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. J. V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. PEDRO J. LLORENTE.

A fs. 471/479 la defensa técnica de C. J. M. F., promueve recurso de casación en contra de la sentencia N° 957 de fecha 5 de diciembre de 2.019, obrante a fs. 457 y vta., y 459 y sus fundamentos de fs. 464/469 vta., en tanto condena al nombrado a la pena de dos años de prisión en suspenso, como autor del delito de suministro de material pornográfico (art. 128 tercer párrafo del Código Penal).

Cuestiona también la decisión adoptada mediante auto aclaratorio de fs. 459 y vta., en tanto rechaza la suspensión de procedimiento a prueba esgrimido por la defensa de C. M. F..

El pronunciamiento cuestionado fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial en autos N° P-77.363/15.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. J. V. VALERIO, DIJO:

I.- La sentencia recurrida

La sentencia criticada, en lo pertinente para la solución del recurso formulado, entendió probado que «en fecha no precisada, pero aproximadamente desde el mes de mayo del año 2015, en el domicilio sito en Barrio Las Heras, C. J. M. exhibió en su teléfono celular, diversos videos de contenido sexual explícito a su hijo A.M.V. (de ocho años a esa fecha), aproximadamente en cinco oportunidades, manifestándole al menor “esos es lo que tenés que hacer cuando seas grande”» (ver fs. 468). Por su parte y, en relación a la suspensión del procedimiento a prueba, el juez de la instancia anterior consideró que «la oposición del Ministerio Público basada en consideraciones de política criminal, resulta vinculante para el Juez y conlleva necesariamente al rechazo de la pretensión defensiva».

Para así decidir el juez de sentencia valoró las declaraciones testimoniales prestadas en audiencia de debate por: C. V.; D. L.; B. G., C. J.; C. N. G.; J. M.; C. M.; A. M.; L. M.; la testimonial vertida en Cámara Gesell del menor de edad A.M.V. y, el resto de los elementos de prueba debidamente incorporados.

II.- El recurso de casación del defensor

La defensa técnica del imputado formula recurso de casación contra la sentencia antes referida a tenor de las previsiones del art. 474 incs. 1 y 2 del CPP.

En efecto, la defensa cuestiona que se haya dado **valor casi inexpugnable a las declaraciones de A. M.**, fundado en una supuesta consecuencia del principio acusatorio, en virtud del cual si no se controvierten sus dichos se puede tener por acreditado lo expresado.

Refiere que esa defensa sí controvertió esos dichos puesto que se pusieron en dudas las circunstancias de tiempo y modo en que se habría exhibido el contenido sexual y sobre todo en relación al propio contenido de los videos.

Critica que se tenga por cierto que el material exhibido tuviese contenido sexual, por cuanto entiende que ello no está probado ya que el material no fue hallado, peritado y no se conoce.

Expresa que se **peritó el teléfono celular de su asistido con resultado negativo** puesto que no se encontró video de contenido sexual alguno.

Señala que se ha intentado suplir esa falencia con los dichos del niño, de C. V., D. L. y la psicóloga de A.M.V., presumiendo de los mismos un supuesto contenido sexual.

Entiende que no se ha logrado el grado de certeza requerido.

Añade que los testimonios indirectos no avalan el contenido cierto de esos supuestos videos y las apreciaciones de la psicóloga no logran probar el contenido del material que –supuestamente– se le habría exhibido.

Afirma que en los fundamentos dados por el juez surge que erró al definir la calificación legal aplicable, desnaturalizando la acción típica del **delito de suministro de material pornográfico previsto en el art. 128 tercer párrafo del Código Penal**.

Señala que con el contenido dado al término suministrar, que equipara a **«poner a disposición» o «facilitar»**, no se corresponde con las pruebas ni con lo declarado por el niño ya que no surge que éste haya tenido a su disposición el celular o los videos que se le han exhibido, sino que se los habrían mostrado o exhibido.

Entiende que ese supuesto difiere con lo presumido por el a quo. Sostiene que se ha ampliado el tipo penal a acciones típicas no sólo no acreditadas sino que tampoco han sido sancionadas por el legislador. Por los motivos expuestos solicita se revoque la sentencia y se absuelva a su asistido.

Por otro lado, **cuestiona el rechazo al pedido de suspensión de juicio a prueba** solicitado por la defensa. Considera que se funda en un dictamen negativo de la representante del Ministerio Público Fiscal en relación con el instituto y pese a que este no estaba debidamente fundado, ya que sólo se remitió a directivas dadas por el Procurador General.

Añade que aquél dictamen negativo es arbitrario y no debió ser tenido en cuenta por el tribunal de la instancia anterior y meritar el caso concreto con expresión de argumentos propios.

Por ello, sostiene que la resolución que rechazó el planteo de suspensión de juicio a prueba es nula y reclama se conceda el beneficio solicitado y, en subsidio, su revocación.

Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del Señor Procurador General

A fs. 492/493 se expide el Procurador General. Luego de analizar los agravios promovidos y la sentencia puesta en crisis refiere que aquél procede formalmente, pero que no puede tener acogida favorable en lo sustancial.

Entiende que la defensa **pretende un análisis ex novo de lo que ha sido analizado** y se ha sustanciado en el debate.

En este sentido, recuerda que la casación no puede constituirse en otra instancia de lo que ya ha pasado por la confrontación contradictoria de la defensa y la acusación. Pone de resalto que en casos de abuso

sexual por tratarse de hechos de que suceden en la intimidad la valoración probatoria es más amplia y cobra valor esencial el testimonio de la víctima y los informes psicológicos para establecer si el hecho es real.

Considera que los indicios valorados por el juez resultan todos graves, precisos y concordantes y que la estrategia de la defensa pasa por separar y anular tales elementos probatorios.

En relación con el vicio in iudicando sostiene que el verbo típico suministrar es más amplio que la significación dada por el recurrente.

Por lo expuesto, aconseja el rechazo del recurso de casación y la confirmación de la sentencia cuestionada.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Analizado el recurso casatorio, la sentencia criticada y las constancias de la causa, anticipo mi opinión en el sentido de que los agravios formulados no pueden ser acogidos, por lo que la resolución debe ser confirmada. Paso a explicarlo.

De forma preliminar debo de señalar que comparto el criterio sustentado por el Procurador General en el sentido de que el recurrente pretende una revisión ex novo de cuestiones planteadas y resueltas en el debate, sin que los argumentos expuestos en el recurso logren superar los fundamentos brindados por el a quo al momento de resolver.

Por su parte, también debe destacarse que la fundamentación de la sentencia puesta en crisis resulta suficiente para mantenerla como acto jurisdiccional válido, puesto que, como anticipé, no advierto en ella falencias que impliquen su anulación.

Ello conforme la reiterada jurisprudencia de esta Sala en el sentido de que es necesario para ello que tales defectos tengan tal entidad que impliquen ausencia de fundamentos (LS 153-011; 186-427; 354-218; entre otros).

Tal situación no ocurre en los presentes tal como explicaré a continuación. La defensa critica en primer término la valoración de los elementos de prueba y sostiene que se ha dado un valor casi inexpugnable al testimonio del niño A.M.V., con base en que la defensa no contravirtió tal declaración, evento que los defensores aseguran que no es cierto. No concuerdo con la crítica formulada por la defensa y, contrariamente, entiendo que la declaración de A.M.V. fue correctamente ponderada.

En este sentido, debe señalarse que el juez expresamente destacó que los **dichos del niño fueron corroborados por elementos periféricos**. Comparto lo afirmado por el a quo.

En efecto, el juzgador ponderó el testimonio vertido en Cámara Gesell por A.M.V., y consideró que de su contenido es posible concluir con claridad que se refiere a imágenes de contenido sexual explícito.

Por su parte, destacó que el niño señaló que su padre le había mostrado en su teléfono celular videos de personas grandes y refirió sobre la participación en ellos de una mujer y un hombre sin ropa.

Además, aludió a la cantidad de veces que ocurrió tal evento y que su papá le indicaba que eso era lo que tenía que hacer de grande, añadiendo que el último video era de mujeres.

Valoró también, en abono del relato del niño, el dibujo realizado en aquella entrevista donde graficó sus dichos y señaló que A.M.V. había realizado un dibujo que se asemejaba una mujer agachada frente a un hombre y una línea representando el pene del varón.

Además, el juez dio cuenta que el niño explicó el dibujo llevado a cabo y señaló que se trataba de un hombre parado, una mujer agachada y «la parte inferior del hombre».

Por otra parte, y como señalé, el juzgador no ponderó en forma solitaria las declaraciones y explicaciones del niño, sino que advirtió un correlato de los dichos de aquél en las declaraciones de la psicóloga que lo

asistía, quien refirió un cambio de comportamiento en A.M.V. y también a ella le narró sobre el tema de los videos.

Asimismo meritó las declaraciones de C. V. –madre de A.M.V.– y de D. D. L. –pareja de la anterior– quienes en forma concordante refirieron el historial de búsqueda de la tablet del niño y las expresiones de aquél. También tomó en consideración el resultado del informe tecnológico llevado a cabo, sobre la tablet marca Asus aportada por la madre del niño y utilizada por éste, obrante a fs. 182/195, en el que surgen búsquedas relacionadas con la temática de los videos que su padre le mostró.

De tal manera, es que el juez valoró ese elemento probatorio, el que ponderado integralmente con el resto del material probatorio, llevó al juzgador al convencimiento en relación a la acreditación material del hecho y la autoría por parte del encartado.

En otro orden, debe referirse que tampoco resulta de procedencia el vicio sustantivo invocado por el recurrente.

Alega la defensa técnica al respecto que el juez ha errado al definir **la calificación legal** aplicable, desnaturalizando la acción típica del delito previsto en el art. 128 del Código Penal.

Entiende el recurrente que del contenido del término **«suministrar»**, que equipara a «poner a disposición» o «facilitar», el comportamiento que surge de las pruebas rendidas en la causa no podría ser encuadrado en el concepto.

Esto por cuando de los dichos de A.M.V. no surge que éste tuviera a su disposición el celular o los videos, sino que el acusado se los habría mostrado o exhibido, conducta que difiere con lo expuesto por el a quo. Como adelanté no comparto este argumento de la defensa.

En este sentido entiendo que la conducta atribuida a C. J. M. F., tal como lo señaló el juez de la instancia anterior se encuentra debidamente encuadrada en el art. 128, tercer párrafo, del Código Penal.

Lo señalado encuentra sustento en que, según entiendo, la exhibición del material con contenido sexual explícito efectuado por el acusado a su hijo menor de ocho años de edad, implica la puesta a disposición que prevé la norma.

Al respecto considero que la interpretación del tipo penal atribuido debe ser puesto en el contexto histórico en que la acción incriminada se lleva a cabo, puesto que no resulta posible que la norma contemple todos los posibles adelantos tecnológicos y requiere que su aplicación se lleve a cabo teniendo en cuenta el dinamismo de las circunstancias que rodean los hechos.

En este sentido concuerdo con la jurisprudencia que señala que el suministro consiste en «proveer al menor de material pornográfico» (**Cámara de Apelaciones Penal, Contravencional y de Faltas. Causa N°: 15349-2014-2. Autos: P., A.M. Sala III, 10/11/2017**).

De tal manera, por considerar que la actividad desplegada por el acusado resulta típica a los fines del art. 128, inc. 3 del CP., el agravio también debe ser rechazado.

Finalmente y, en relación al cuestionamiento que formula frente al rechazo de la suspensión del procedimiento a prueba, considero que también corresponde su rechazo. Al respecto hago notar que en el curso del debate, y luego de que la representante del Ministerio Público Fiscal variase la calificación legal del hecho en el alegato final, el defensor en subsidio de la absolución reclamada por los motivos que allí expuso, solicitó la suspensión del juicio a prueba (ver registro audiovisual del debate fecha 21/11/19, a partir del minuto 48.39) de conformidad a los art. 76 del CP y 30 del CPP.

Corrida vista a la representante del Ministerio Público Fiscal (a partir del minuto 49.37 del registro audiovisual de fecha 21/11/19), refirió que si bien estarían cumplidos los requisitos formales para la procedencia, no prestaba consentimiento para la aplicación de tal principio en la medida en que existía la

directiva general de Procuración Nº 717/16 que instruía a los fiscales a no prestar el consentimiento en casos en que las víctimas o afectados fueran personas menores de edad.

Por ello, y en razón del principio de jerarquía, refirió que no prestaba su consentimiento. Al respecto, el juez rechazó la petición formulada.

Consideró que el Ministerio Público Fiscal argumentó de **forma adecuada los motivos de política criminal por los que negaba el consentimiento y que ese aspecto era ajeno a la jurisdicción.**

Añadió que la formulación del juicio de conveniencia en relación con la aplicación del criterio de oportunidad reside en que el representante del Ministerio Público Fiscal y al juez compete realizar el control de legalidad. Al considerar en el caso concreto satisfechos los presupuestos legales y entender que dictamen se encontraba fundado, no hizo lugar a lo solicitado.

De lo expuesto surge que el agente fiscal brindó los motivos por los que estimaba pertinente no prestar el consentimiento para conceder el beneficio procesal solicitado por la defensa.

Por estas razones, y de conformidad con los precedentes dictados en materia de suspensión de juicio a prueba por esta Sala Segunda –aun en las diversas posturas de los ministros que la integramos en relación con los requisitos para **considerar vinculante el dictamen fiscal** (ver al respecto «**Moreno Frías**», «**Romero Díaz**», **entre otros**)– debe rechazarse el recurso interpuesto por la defensa. De tal manera, a los argumentos expresados oportunamente en los precedentes mencionados corresponde, en lo pertinente, remitirse.

En síntesis, la impugnación formulada aparece como una discrepancia con el criterio expuesto por el juez de la instancia previa, sin brindar el recurrente adecuadas razones que conduzcan a su revocación.

De tal manera, la defensa no ha logrado demostrar que la motivación de la resolución cuestionada sea insuficiente o que adolezca de arbitrariedad, circunstancia que implicaría una falencia que derivaría en la anulación del pronunciamiento como acto procesal válido.

Por lo expuesto y opinión concordante del Procurador General, corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión sometida a consideración en esta instancia. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Llorente. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto Dr. Adaro. Adhiere. Ampliatorio..

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Comparto la solución a la que llega el ministro que lidera el voto preopinante, por cuanto entiendo que el tribunal de sentencia construyó sus argumentos a partir de indicios serios y concordantes, con una mirada integral de la problemática y, particularmente, consideró la **especial situación de vulnerabilidad de la víctima.**

En relación con esto último, entiendo oportuno recordar que en el **precedente «Paz Parra»** sostuve que «[l]a especialidad que hace a la naturaleza de este género de conductas ilícitas no sólo incide en cuanto a la necesidad –y deber– de ajustar las reglas de valoración de la prueba al contexto en el que se producen, esto es, adoptar un particular modo de ponderación de cada uno de los elementos probatorios incorporados a la causa, atribuyendo un significado de acuerdo a la naturaleza del caso».

Además, consideré que «[...] de acuerdo a los compromisos asumidos por el Estado Nacional a través de los diversos instrumentos internacionales suscriptos en la materia, los órganos estatales, y en particular, los judiciales, deben concentrar –y redoblar– sus esfuerzos en procura de proteger prioritariamente a la víctima de estos hechos, poniendo en marcha los mecanismos de los que dispone el sistema para ello, en procura **de no profundizar innecesariamente el grado de victimización sufrido**».

En este último sentido, me he pronunciado en el **precedente «Agüero Pérez»** sobre la obligación del Estado de adoptar **una perspectiva de edad** en el tratamiento de los casos en donde se han vulnerado los derechos y garantías de niños, niñas y adolescentes (en adelante NNYA), en la consideración de que esta condición importa un factor de mayor vulnerabilidad.

Ella deriva de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH) que establece que «[t]odo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado» (art. 19, CADH).

En este sentido, y vinculado a las garantías de los NNYA en el marco de un proceso, en particular, a fin de evitar la victimización secundaria, sostuve en el **precedente «Garrido Olivares»** que se han establecido lineamientos con el fin de orientar la actuación de los distintos operadores del derecho en esta temática, con el objetivo de **mejorar las condiciones y la calidad del abordaje que se le brinda a este sector vulnerable de la población** que se presentan como víctimas o testigos en el marco de un proceso, abarcando las distintas etapas, desde la recepción de la denuncia hasta el seguimiento de la víctima o testigo con posterioridad a la culminación del proceso.

Todo ello por considerar que los delitos contra este sector vulnerable de la población son delitos complejos en cuanto a su corroboración, por lo que se requiere que «[...] los estados y los sistemas judiciales contengan estructuras, procedimientos y mecanismos adecuados que faciliten la exteriorización de denuncias, optimicen las oportunidades existentes para la recolección de las pruebas y aseguren un abordaje que proteja a la víctima» (**JUFEJUS, Asociación por los Derechos Civiles y UNICEF, Guía de Buenas Prácticas para el abordaje de niños/as, adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos. Protección de sus derechos, acceso a la justicia y obtención de pruebas válidas para el proceso, Argentina, p. 13**).

La referida guía establece en el capítulo de «Principios generales» como objetivo para proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas y testigos de delitos contra integridad sexual, tener en cuenta las necesidades de este sector vulnerable de la población, optimizando las oportunidades existentes para la recolección de pruebas y teniendo en cuenta sus necesidades, asegurando, de esta manera, un abordaje de la problemática que proteja a la víctima.

Ello, en tanto resulta materia indiscutible el daño irreparable a la integridad física, psíquica y moral que estos acometimientos sexuales provocan en sus víctimas, en razón de que, el agresor sexual vulnera el derecho a la integridad, a la intimidad, a la privacidad de las personas menores de edad y, principalmente, a no ser expuestos a ningún tipo de violencia, abuso, explotación o malos tratos. Derechos que se encuentran protegidos a nivel internacional por la Convención sobre los Derechos del Niño. A nivel nacional y provincial, en diversas normas, entre las que se destaca **la Ley Nacional 26.061 de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes**.

Ahora bien, considero que los aspectos reseñados precedentemente se encuentran cumplidos en la sentencia cuestionada por el recurrente. Sin embargo, me interesa señalar las consecuencias que este tipo de hechos tiene sobre el desarrollo de los NNYA, por cuanto –tal como quedó acreditado– el niño A.M.V., motivado por la conducta del acusado, **realizaba búsquedas vinculadas a páginas pornográficas en el dispositivo electrónico que se encontraba a su disposición**.

Al respecto, debo destacar el **riesgo que este tipo de actividad implica para este sector etario**.

Ello por cuanto el exponencial crecimiento de la conectividad a internet en los últimos años y, en especial, la gran difusión de las redes sociales en donde los NNYA interactúan de forma prioritaria, han creado el

contexto propicio para el surgimiento de nuevas manifestaciones de violencia contra este sector vulnerable de la población en red.

De este modo, si bien resulta indiscutible que en la actualidad las tecnologías de la información y la comunicación (TICs) han cambiado las formas de vincularse y relacionarse otorgando grandes ventajas, la realidad demuestra que la activa participación de muchas personas en este ámbito, en donde se crean y reproducen en forma exponencial una infinidad de contenidos de variadas materias y características, en determinados casos, ponen en juego inexorablemente derechos personalísimos como el honor, la intimidad, la imagen y la dignidad de este sector etario que se presenta especialmente vulnerable por su grado de madurez y por, en numerosos casos, un deficiente control parental quienes, en muchas ocasiones, no cuentan con la formación necesaria en el empleo de las modernas tecnologías de la información y comunicación.

Al respecto, **la UNICEF** ha señalado que la actividad delictiva vinculada al abuso sexual infantil en representaciones digitales derivadas y al grooming se ha visto exponencialmente incrementada a partir de la proliferación de las TICs.

En tal sentido, sostiene que «[l]os niños y adolescentes menores de 18 años representan aproximadamente uno de cada tres usuarios de Internet en todo el mundo» y, agrega que las TICs «[...] han facilitado el uso de esos nuevos canales de conectividad y comunicación para el acoso en línea», como así también que «[l]os depredadores pueden comunicarse más fácilmente con niños desprevenidos a través de sus perfiles en las redes sociales y los foros de juego anónimos y sin protección» https://www.unicef.org/peru/spanish/Estado_Mundial_de_la_Infancia_2017._Ninos_y_ninas_en_un_mundo

Por último, me interesa destacar de qué manera **los roles atribuidos a la masculinidad** tradicional en materia de sexualidad, contribuyeron –según advierto– en la comisión del hecho bajo estudio. Dicho de otro modo, entiendo que los mandatos culturales y sociales de corte patriarcal, de alguna manera, impulsan, legitiman o justifican este tipo de conductas que, paradójicamente, y como en el presente caso, terminan perjudicando a su destinatario.

En efecto, las masculinidades en tanto hacen referencia a los modos en que los varones son socializados y a los discursos y prácticas asociados con las diversas formas de ser hombre en nuestra cultura occidental, promueven un modelo de género denominado «**masculinidad hegemónica**» que le otorga mayor valor a lo masculino por sobre lo femenino e impulsa en los hombres ciertos comportamientos competitivos, la demostración de virilidad, la búsqueda del riesgo y hasta el uso de la violencia en determinadas circunstancias.

Así, una de **las características vitales de esta masculinidad es la heterosexualidad** que en el plano de la orientación sexual «[...] el modelo ordena al varón a desear, conquistar y poseer mujeres.

Esta prescripción de heterosexualidad es obligatoria al tiempo que implica la estigmatización y discriminación de todos aquellos hombres que no cumplan con dicho mandato» (Ministerio Público Fiscal de la Nación - Dirección General de Acceso a la Justicia y Dirección General de Políticas de Género -, Cuadernillo para reflexionar sobre la construcción de las masculinidades, Procuración General de la Nación, 2020, p. 10).

Dicho en otros términos, este modelo de masculinidad «[...] se impone de manera invisible como medida de lo normal, como modelo a seguir, posicionando a quienes logran encajar en ese modelo en un contexto dado, en la jerarquía de la red de vectores de poder que constituyen al género como sistema» (**Connell,**

2005 citado por Fabbri, Luciano, «La masculinidad como proyecto político extractivista. Una propuesta de re-conceptualización», pág.28).

A su vez este modelo se construye, en gran medida, en una intersección de clase, raza y origen, entre otros aspectos. Al respecto, el autor citado señala que las características y atributos que darían cuenta de esa masculinidad hegemónica es «[...] la masculinidad de varones, heterosexuales, occidentales, blancos, adultos, sin discapacidad, proveedores, procreadores, protectores, propietarios, consumidores, y reproductores de algún tipo de violencia machista» (ob.cit., pag. 28).

Es decir, estas características marcan una jerarquía interna de poder, en donde la masculinidad hegemónica o normativa tiene una posición central a partir de la cual se desvaloriza otras masculinidades que no encajan en ese modelo: hombres que encarnan masculinidades femeninas, hombres gais, hombres que no muestran emociones violentas, entre otras expresiones masculinas. Asimismo, estos mandatos son internalizados por el varón a través de una serie de mecanismos de socialización, consistentes en prácticas y discursos, donde –a modo de ejemplo– se motiva el uso de la fuerza y **el menosprecio por mujeres y personas LGBTI, a demostrar constante virilidad hacia el interior de grupos de pertenencia**, entre otros mandatos.

El citado autor sostiene que la producción de este modelo de masculinidades «[...]se afirmaría en la socialización de estos varones bajo la idea, la creencia o la convicción, de que los tiempos, cuerpos, sexualidades, energías y capacidades de las mujeres y feminidades deberían estar a su (nuestra) disposición» (ob.cit., pág. 31).

Por su parte, la complicidad masculina con el modelo de masculinidad hegemónica constituye un elemento indispensable para reproducir y sostener esta posición jerárquica dentro de una estructura patriarcal.

En este sentido, **Fabbri** afirma que «[...]la masculinidad es un proyecto político extractivista, puesto que produce, sostiene y reproduce la posición jerárquica de los sujetos privilegiados, en la expropiación y explotación de las capacidades y recursos para la producción y reproducción de la vida de las sujetas a las que subordina» (ob.cit., pág. 31).

En este sentido, en el precedente Di Cesare Melli sostuve respecto a la instauración de las estructuras patriarcales que «[...] para Segato el término «masculinidad» representa una identidad de un estatus que engloba, sintetiza y confunde poder sexual, poder social y poder de muerte.

Refiere que los «hombres», según dice Ken Plummer, «[...] se autodefinen a partir de su cultura como personas con necesidad de estar en control, un proceso que comienzan a aprender en la primera infancia. Si este núcleo de control desaparece o se pone en duda, puede producirse una reacción a esa vulnerabilidad» (Segato, Rita Laura, «Las estructuras elementales de la violencia», Ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos, Ed. Universidad Nacional de Quilmes, 2003, p., p.37).

En definitiva, entiendo que la importancia de visibilizar este tipo de conductas viene dada por la manda convencional que ordena remover patrones estereotipados de conductas que contribuyen a mantener y reproducir las desigualdades de género, aspecto al que ya me he referido en anteriores pronunciamientos (ver, «Gaudencio Costa», «González Pringles y, más recientemente, «González Sosa»). En otros términos, entiendo que la necesidad de distinguir las distintas masculinidades y la problemática socio cultural que gira en torno a ello, resulta de vital importancia en tanto redundan en obstáculos que pueden presentarse en el efectivo acceso a la justicia.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. J. V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. J. V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad .

ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de C. J. M. F. y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 957, de fs. 457 y vta. y 459 y vta., dictada por Sala Unipersonal del Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. J. V. VALERIO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro.

Capítulo VI.

Delitos contra la libertad.

Amenazas.

CAPÍTULO VI. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD. Amenazas.

1- ALMONACID VALLEJOS ABDON. 22-04-22

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	Par	M	-	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=818>

Lex: Art. 149 Bis, 1° párrafo, 1° supuesto del CP. Ley 26485.

Vox: VG. Amenazas simples.

Summa:

El JPC condenó al nombrado lo condenó a la pena de **ocho meses de prisión** en efectivo como autor penalmente responsable del delito de amenazas (art. 149 bis 1° párrafo, 1° supuesto del CP)

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP), en tanto considera que el fallo impugnado adolece de vicios formales y sustantivos que lo invalidan como tal

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 488, pronunciada por el JPC N° 1-2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

I-Perspectiva de género.

- «Cruz Caporiccio». 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- «Merlo Lassa»17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- «Ojeda Pérez». 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- «Vázquez Tumbarello». 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- «Vega»
- «Zurita»11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>

II- Idoneidad de los dichos.

- «Barbosa, Orlando».

Precedentes relacionados

I- Sobre la nulidad de sentencia.

Reiterada jurisprudencia de este Cuerpo se expresa en el sentido que, para conllevar la extrema solución de su nulidad, la sentencia debe adolecer de defectos que equivalgan a la ausencia de fundamentos (**L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros**). En el presente caso hay una mera discrepancia con la valoración del aquo.

I-Perspectiva de género.

Sobre este tópico menciona el **Dr. Valerio** los siguientes precedentes destacados en el fallo **Baina Madril**

- «Calderón Polo». 17-05-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=65>
- «Gómez Alcaraz». 12-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=252>

- «Ortíz Agüero». 16-04-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=637>
- «Narváez Videla». 23-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=269>
- «Brancello Urbón». 05-03-20.: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- «Vega» 04-06-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>

Dr. Adaro

I- Valoración probatoria en materia de violencia de género. **Perspectiva de género:**

- «Galdeano Reyes». 31-07-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=242>
- «González Pringles»
- «Concha, Jesús»
- «Ruiz Gutiérrez». 18-02-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=8>
- «Alaniz Pineira» 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- «Garrido Olivares»
- «Paz Parra». 03-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=415>
- «Vargas Riquelmes». 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=743>
- «Scifo Ruffini». 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=738>
- «Agüero Pérez». 25-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=777>
- «González Sosa»
- «Caso Niños de la Calle (Villagran Morales y otros) vs. Guatemala». CIDH

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_esp.pdf

Dr. Palermo.

I- Valoración probatoria en materia de violencia de género. **Perspectiva de género:**

- «Di Cesare Morales» 26-06-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- «Mejía Salvador». 10-09-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>
- «Zurita» 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>
- «Reyes Cortelezzi». 08-03-21. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=634>

Doctrina citada.

BOBBIO, Norberto, Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política, Fondo de Cultura Económica, trad. José F. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, México, 1989.(conf. «Zurita»)

SCJM. Dres.: **Valerio**. Llorente. Adaro (Licencia).

Fallo:

CUIJ: 13-06736829-5/1((028503-61731)) FC/ ALMONACID VALLEJOS ABDON VALENTEIN P/ AMENAZAS (61731) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105995009*

En Mendoza, a los veintidós días del mes de abril del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13- 06736829-5/1 caratulada “F. C/ A.V.A.V. P/ AMENAZAS S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. PEDRO J. LLORENTE y tercero DR. MARIO D. ADARO.

La defensa particular de A.V.A.V. interpone recurso de casación contra la sentencia N° 488 pronunciada por el Juzgado Penal Colegiado de la Segunda Circunscripción Judicial que lo condenó a la pena de ocho meses de prisión en efectivo como autor penalmente responsable del delito de amenazas (art. 149 bis 1° párrafo, 1° supuesto del CP) en los autos P-61731/20.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El juzgador ha tenido por acreditado que el 20 de agosto de 2020 aproximadamente a las 13:10 horas, A.V.A.V. se apersonó en el domicilio de su ex pareja, C.C.A.G., sito en calle En esa ocasión en la vereda del domicilio empezaron a discutir, y el sindicado le manifestó que «en la calle se las iba a pagar» «que donde viera el auto lo iba a destrozar» causando miedo en la denunciante. Ésta, por su parte, aclaró que dio cuenta de la configuración de un contexto de violencia de género.

Para decidir en tal sentido, el juez de la instancia previa valoró la declaración testimonial de la víctima C.C.A.G, de M. I. G. S., J. Z., de la Lic. Marina Campi, entre otros elementos probatorios.

2.- Recurso de casación

El recurso formulado por la defensa encuentra sustento en el art. 474 incs. 1 y 2 del CPP en tanto considera que el fallo impugnado adolece de vicios formales y sustantivos que lo invalidan como tal.

De acuerdo con ello **impetra la absolució**n de su asistido por imperio del principio de inocencia y el principio in dubio pro reo.

Considera que en el fallo impugnado se plasma un vicio sustantivo al haberse condenado a su asistido por el delito de amenazas simples en contexto de violencia de género.

En tal sentido sostiene la inexistencia del delito dado que no concuerdan con la acción desplegada por el inculpado ni con el plexo probatorio reunido en el legajo.

Entiende que el fallo está parcialmente contaminado por los antecedentes del imputado a lo que añade que la sentencia carece de motivación.

Sostiene que la resolución recurrida revela una **flagrante violación al principio de inocencia y al derecho de defensa** amparados por garantías constitucionales y pactos internacionales.

Cuestiona la labor del juzgador respecto de **la valoración probatoria en el contexto de violencia de género** y encuentra que se ha empleado dicho contexto de violencia para dar sustento a la acusación que, a su criterio, es endeble.

Resiste la declaración testimonial de la víctima y el informe de la Dra. Aguilar que, a su criterio revela una clara discrepancia entre el hecho endilgado y lo expresado por la profesional que informó que la denunciante le manifestó que el acusado estando alcoholizado la agredió verbalmente.

Asimismo, que esos hechos se configuran cuando A. se encuentra en ese estado. Señala que el juez le da peso a este informe en el que se hace referencia a circunstancias que no están intimadas en la pieza acusatoria.

Destaca que según el informe de la Lic. Campi el acusado tiene capacidad empática y adecuado control de sus impulsos.

En función de lo señalado, la defensa sostiene que el juzgador ha seleccionada la prueba sólo útil para fundamentar la decisión, sin realizar una valoración conjunta del material probatorio, así no contempla a su criterio la que permite descalificar la validez del fallo. Finalmente cuestiona el monto de la pena impuesta.

Formula reserva de caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 6/8 vta., el Procurador General contesta la vista de ley conferida y aconseja el rechazo del recurso de casación interpuesto, en base a las siguientes consideraciones.

En primer lugar, considera que debe tenerse en cuenta que en el ámbito de los hechos de violencia contra la mujer éstos suceden generalmente en la **intimidad fuera de la observación de terceros** de tal modo la valoración probatoria resulta más amplia que en la investigación de delitos comunes.

Por tal motivo adquiere un valor esencial el testimonio de la víctima, para corroborar si el relato de los hechos es verdadero así como los informes psicológicos y psiquiátricos tanto de la víctima para corroborar si el relato de los hechos es verdadero como del acusado para establecer si en su perfil psicológico existen características que puedan haberlo llevado a cometer esta clase de delitos.

A partir de ello, entiende que en el caso de autos el juez ha privilegiado el testimonio de la víctima y, demás indicios y pruebas objetivas.

En segundo lugar, destaca que contrariamente a lo manifestado por el defensor, el juez de sentencia tuvo por **acreditado el temor de la denunciante** pues consideró que el acusado había resultado condenado por lesiones, amenazas y agresión con arma.

Ello sumado al testimonio de la madre de la víctima y al examen psicológico actual del acusado que sugiere la realización de tratamiento psicológico.

En tercer lugar y en orden a la pena impuesta, considera que la impugnación es muy general y no se advierte si lo que se ataca es el monto de pena o en qué aspecto impugna la valoración conforme los **artículos 40 y 41 del CP**, o como habría influido de manera equivocada el análisis del juzgador de los antecedentes y declaraciones familiares respecto de la relación que mantenían los protagonistas.

En razón de tales consideraciones considera que la sentencia impugnada no adolece de los vicios que denuncia el censurante, por lo que aconseja el rechazo de la queja articulada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

El análisis de la censura interpuesta y de la sentencia puesta en crisis, me conduce a desestimar al planteo casatorio, desde que no advierto la existencia de los vicios formales y sustantivos alegados por el censurante. Paso a explicarlo.

De manera inicial debo señalar que el defensor cuestiona básicamente la labor del juez de la instancia previa respecto a la valoración de la prueba reunida en el legajo y, reitera de tal manera la argumentación brindada durante el desarrollo del debate, tal como surge del registro audiovisual de las sucesivas audiencias desarrolladas, en particular aquella en la que expuso sus alegatos de cierre (audiencia del día 20/08/2021). Sintéticamente el defensor niega la existencia de un específico contexto de violencia de género en cuyo ámbito el acusado profirió las amenazas a la víctima.

Temor

Así plasma su disconformidad con el valor asignado por el juzgador a los dichos de C.C.A.G al tiempo que, **sin argumentos categóricos, pretende negar el temor sentido por la denunciante** al momento en que el acusado le manifestó que «en la calle ... iba a pagar y que donde viera el auto lo iba a destrozar».

De ese modo pretende que los dichos del acusado no fueron serios e idóneos, por lo que insta la aplicación del principio in dubio pro reo y consecuentemente la absolución de su asistido.

Expuestos sintéticamente los agravios, considero que el juzgador ha dado cumplimiento a las reglas de la sana crítica racional al brindar de modo claro, concreto y expreso los motivos que lo condujeron al dictado de la sentencia condenatoria resistida a través del recurso de casación.

Perspectiva de género

Ello, con la debida perspectiva de género para el abordaje de casos de violencia contra la mujer, aspecto que el censurante intentó sin éxito, controvertir al momento de construir sus argumentos defensistas.

Sobre la cuestión vinculada con la perspectiva de género en el proceso penal tuve ocasión de pronunciarme en diversos precedentes («**Cruz Caporiccio**», «**Merlo Lassa**»; «**Quiroga Morales**»; «**Ojeda Pérez**»; «**Vázquez Tumbarello**»; «**Vega**»; «**Zurita**»; entre otros).

En lo que sigue, traeré a colación ciertos pasajes de algunos de aquellos votos, pues considero que resultan enteramente aplicables a este caso y dan cuenta del modo en que, a mi juicio, **la perspectiva de género debe ingresar al proceso penal.**

Encuentro pertinente en primer lugar recuperar las consideraciones realizadas en «**Ojeda Pérez**», ocasión en la que sostuve que «al momento de la revisión en esta instancia extraordinaria de pronunciamientos jurisdiccionales emitidos sobre casos que resultaron encuadrados dentro de **la violencia de género**, destacué la necesidad de que “el análisis del plexo probatorio reunido deba serlo teniendo en cuenta los diversos instrumentos internacionales vigentes en la materia, particularmente la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, “Belem Do Pará”, y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, “CEDAW”; así como también, entre otras, las normas contenidas en la Ley N° 26.485 destinada a la protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres». Asimismo, señalé en esa oportunidad que «[...] la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017).

Destaco la **idea de igualdad** contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional.

Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - Belem Do Pará -, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”)».

La interpretación que aquí propongo es aquella que sostengo desde el ejercicio de mi magistratura como miembro de la entonces Segunda Cámara del Crimen de esta Primera Circunscripción Judicial.

En tal sentido, resulta oportuno reiterar lo que expresé en los fundamentos de la sentencia dictada en autos «**Diaz Castro**» al señalar que «[l]a reclamada aplicación de “la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta la circunstancias especiales en que las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son sus naturales testigos” establecida en el inciso i) del art. 16 de la ley 26.485, dispuesta entre los derechos y garantías mínimas de procedimientos judiciales, ha sido una disposición procesal marco nacional obligatoria en todo el territorio de la [R]epública, que sin perjuicio del acierto que entendemos de la misma, la realidad es que no modifica sustancialmente nuestro sistema procesal provincial, el cual tiene previsto en el **art. 205 del C.P.P. que** “todos los hechos y circunstancias relacionados con el objeto del proceso pueden acreditados por cualquier medio de prueba, salvo las excepciones previstas por las leyes”».

Además, en aquel pronunciamiento expresé que «[e]sta libertad probatoria para ser correctamente aplicada requiere indiscutiblemente hacerlo teniendo en cuenta en una interpretación armónica del principio de igualdad, no como principio de igualdad formal que nació de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 1789... sino como principio de igualdad real [...]».

Ahora bien, en el referido **precedente «Ojeda Pérez»**, sostuve que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las "mujeres"».

En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...] (art. 16)».

Ahora bien, además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene normas que «[...] consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de

justicia en el abordaje de la problemática de género. En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de «amplia libertad probatoria» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (art 31)».

De tal manera, y conforme sostuve en el ya citado precedente «Ojeda Pérez», «[...] el texto legal vigente [ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP).

A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas». Así, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar.

Repárese que es la propia **Convención Belem Do Pará** donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”)».

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional en razón de que «[...] siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba – objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento.

Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

En el antecedente «Morales Quiroga» me pronuncié en relación a las condiciones de **vulnerabilidad como parámetro de interpretación probatoria**.

En ese orden, afirmé que en los supuestos en que resulten comprometidas personas «situación de vulnerabilidad por condición o por constituir causa, como la causa como al edad y/o el género, queda evidenciado el estricto cumplimiento de las normas constitucionales, convencionales y legales vigentes en la valoración de los elementos probatorios, lo que también aplica a las otras situaciones de vulnerabilidad, sea por el estado físico o mental (discapacidad), pertenencia a comunidades originarias o a minorías, por victimización, migración, desplazamiento interno, pobreza, privación de libertad o circunstancias sociales económicas, étnicas y/o culturales, siempre lo ha hecho teniendo en cuenta las **“Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en vulnerabilidad”** aprobados en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana que tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad que les permitan el pleno goce de los servicios del sistema judicial».

Lo expuesto se basa en que no puede soslayarse «que los casos en que se juzgan conductas encuadrables como violencia contra las mujeres, claramente presentan matices que son absolutamente propios y que hacen a la especificidad de las conductas positivas o negativas -acciones y omisiones- que afectan la amplia gama de derechos que les son reconocidos a ese colectiva social. Pero ello no debe ser entendido en el sentido de que nos encontramos ante una nueva modalidad de valoración probatoria, distinta per se a aquélla que debe practicarse ante los demás tipos de delitos penales, en los que siempre la prueba debe ser interpretada de acuerdo al contexto».

Conforme a lo expresado «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

De tal manera «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables».

De no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el art. 16 de la CN y 7 de la CM–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal –hasta aquí, conf. «Ojeda Pérez»–.

Es decir que, este método de análisis es para asegurar que la conquista de la igualdad consagrada en el art. 16 de la CN, donde además de ser iguales las personas ante la ley y esta una misma para los habitantes, en los hechos tenga una acción y fuerza uniforme (art. 7 de la Constitución de Mendoza) (conf. «Zurita»).

En segundo lugar, he enfatizado que la perspectiva de género no se trata simplemente de un lenguaje, sino esencialmente de una forma de actuación que requiere comprender en toda su dimensión que existen en los casos y/o circunstancias una situación de discriminación que se reclama su cese para asegurar un trato igualitario de todas las personas (conf. «Zurita»).

En particular en materia penal el método de análisis con perspectiva de género que debe ser utilizado cuando la mujer es víctima de un delito es para asegurar que la ley, que es igual para todas las personas, sea también aplicada con igualdad de trato ante ella, evitando la discriminación por usos y costumbres derivadas de la cultura estereotipada patriarcal –como poder ideológico, que se vale de la posesión de ciertas formas de saber, información o códigos de conducta, incluso por la posesión de ciertos bienes que le dan la primacía a algunos varones sobre los restantes integrantes de cada grupo de pertenencia de varones, mujeres y niños/as; y entre los varones al primigenio; como de los varones sobre las mujeres y de éstas sobre los niños/as–, para ejercer una **influencia sobre el comportamiento de los demás e inducir a los miembros del grupo a efectuar o no efectuar una acción, o machista –como ejercicio o manifestación de la fuerza o económico, que se impone por la asimetría entre los varones y de estos con las mujeres–**, como capacidad de determinar el comportamiento de los demás; pero ambos imponen rígidos roles que contribuyen a instituir y mantener sociedades desiguales, divididas entre fuertes y débiles, ricos y pobres, como de sabios e ignorantes (ver BOBBIO, Norberto, Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política, Fondo de Cultura Económica, trad. José F. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, México, 1989) (conf. «Zurita»).

En tercer orden, y tal como destacué en el caso «**Vázquez Tumbarello**», la relevancia de la ley 27.499, denominada «**Ley Micaela**», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado.

En coincidencia con aquella normativa la **Acordada N° 29.318** de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia». Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales.

En conclusión, entiendo que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional.

Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación.

A partir de las observaciones formuladas al caso analizado, estimo que a lo largo de la investigación los distintos operadores del derecho cumplieron adecuadamente con los compromisos asumidos por el Estado argentino en orden a investigar los hechos que implican vulneración a derechos humanos y castigar a su responsable a través de una sentencia justa y con la necesaria perspectiva de género, asegurando, de esta manera, un efectivo acceso a la justicia para un sector vulnerable de la población.

En efecto, en la audiencia celebrada el 20 de agosto de 2021, el juez de sentencia efectuó un análisis global de todos los elementos probatorios que le permitieron validar la hipótesis del Ministerio Público Fiscal. En este sentido, el testimonio de la víctima resultó relevante sino que los elementos periféricos objetivos que corroboraron sus dichos.

En tal sentido, las **notas de sinceridad, credibilidad y fidelidad**, destacadas por el juzgador en el testimonio de la denunciante, resultaron avaladas por el psicológico de la Lic. Evangelina Aguilar Orelo (fs. 34/35) que indicó que el relato de C.C.A.G, fue coherente, presentó una estructura lógica y dio una gran cantidad de detalles que lo tornaron creíble.

Por otro lado, los dichos de la denunciante encuentran aval en la declaración de M.I. G.S. que en lo pertinente sostuvo que «no estaba de acuerdo con la relación que mantenía el acusado y la víctima por los malos tratos existentes y que su hija siempre le decía que estaban bien».

En particular a partir de estos dichos el juzgador acertadamente resaltó que resultaba característico del denominado «ciclo de violencia» que la víctima disimule o niegue la relación conflictiva. Por su parte la declaración testimonial de J. Z., también resultó relevante puesto que fue testigo directo del suceso.

Este testigo dijo que no había escuchado concretamente las amenazas proferidas por el acusado a la víctima, pero que al escuchar gritos en la vereda, decidió salir y en ese contexto cruzó palabras con A. V., que aparentemente tendría celos de su persona porque pensaba que su ex pareja tenía una relación afectiva con él.

Sobre este testimonio la defensa postula que el testigo dijo que las amenazas proferidas por el acusado habrían sido dirigidas a aquél. Al respecto, el juez de sentencia, explicó adecuadamente las razones por las que la hipótesis de la defensa no podía acogerse.

En primer lugar porque no debía confundirse que si bien, el acusado vertió dichos intimidatorios a Z., éstos dichos fueron diversos a los previamente proferidos a la víctima.

En segundo lugar, porque de acuerdo con los dichos de Z. era posible inferir el contexto de discusión y violencia entre el acusado y la víctima que se desarrolló en la vereda del domicilio de la víctima tanto ello fue así que Z. decidió salir de su domicilio al observar lo que acontecía entre C.C.A.G y A. V. A. V..

Por otro lado, la defensa pretende asignar al testimonio de la Lic. Marina Campi un valor concluyente que entiendo no es tal. La referida profesional declaró en la audiencia del día 13 de agosto de 2021, en relación con el informe psicológico del acusado de fs. 34/36.

En ese marco le fue preguntado por el defensor de A. V. lo relativo a los puntos 3 y 4 del informe prementado que daba cuenta que «al momento de la entrevista, el acusado presentaba una adecuada capacidad empática incluso con la denunciante».

Asimismo que aquél no presentaba dificultades para controlar sus impulsos y no se observaron indicadores de violencia física hacia la denunciante. Al respecto la profesional destacó que el hecho de tener **capacidad empática per se no significaba que ante una situación de desborde emocional no pudiera existir violencia y en cuanto al control de los impulsos** dijo que no podía especificar en el caso concreto si el acusado podía o no violentarse.

Aspecto que fue considerado por el juzgador como dato o aporte neutro.

Tal como surge del párrafo anterior, infiero que no es posible asignar al testimonio de la Lic. Campi el valor pretendido por el defensor puesto que, sólo a través de la valoración global de la totalidad del plexo probatorio es que se arribó a la certeza respecto de la existencia del hecho y la autoría por parte del acusado.

Idoneidad de los dichos

Tampoco puede prosperar el agravio relativo a la inexistencia del delito **por falta de idoneidad de los dichos proferidos por el acusado.**

En primer lugar, en razón de que este Tribunal ha señalado que la idoneidad del anuncio amedrentador no debe confundirse con la efectiva capacidad del autor para hacer el daño que anuncia, toda vez que se trata de un delito formal, es decir que se perfecciona con la mera utilización de la amenaza, independientemente del resultado obtenido (ver al respecto, y **entre otros, «Barbosa, Orlando»**).

En segundo lugar, y más allá de ello, **el juzgador consideró acreditado el temor de la denunciante**, teniendo en cuenta esencialmente el contexto de violencia de género tenido por acreditado, unido a las notas de credibilidad, coherencia y veracidad del relato de la víctima reportado por el informe de fs. 34/36 y la situación ya padecida por C.C.A.G respecto de un suceso anterior por el que el acusado fue condenado como autor del delito de lesiones, amenazas y agresión con arma, todo ello en contexto de violencia de género (ver planilla nominativa de Antecedentes Judiciales, fs. 27 del legajo digital, según registro audiencia día 20/08/2021, 46:41).

De lo dicho hasta aquí encuentro satisfechos todos los elementos típicos exigidos por la figura penal endilgada, no existiendo causa alguna que justifique o excluya el reproche al condenado.

El sentido de cualquier expresión –y en ella incluyo a las amenazas– no puede ser aprehendido si no es en relación con el contexto en el que se realiza y el rol objetivo de los interlocutores.

En el caso que nos convoca a decisión es evidente la atmósfera de violencia padecida por la víctima, la cual le da a los dichos vertidos por el condenado la entidad suficiente para generar el temor requerido por la figura penal endilgada.

En cuanto al agravio relativo al monto de la pena, corresponde también su desestimación desde que la defensa no precisa el alcance de su reclamo.

No obstante ello, advierto que el juez ha dado cumplimiento al deber que la ley le impone de ofrecer las razones para motivar adecuadamente el **monto y la modalidad de cumplimiento de la pena impuesta. Esto por cuanto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CP** consideró como circunstancias agravantes, entre los principales elementos, la extensión del daño y el peligro causado, así como el contexto de género en que se habían ejecutado las amenazas.

Téngase en cuenta que la sanción impuesta fue de ocho meses de prisión en efectivo, muy cercana al mínimo de la escala legal. De tal manera, la pena aplicada aparece debidamente fundamentada, por lo que el agravio interpuesto en este orden no puede prosperar.

En definitiva, entiendo que a partir de un análisis integral del plexo probatorio ha quedado acreditado en grado de certeza que los hechos intimados al acusado acontecieron en un contexto de violencia de género, sin que exista una duda razonable que habilite la aplicación del principio in dubio pro reo en este aspecto, ni tampoco que se configure la alegada violación a las normas legales que refiere censurante.

Por su parte, la pena impuesta aparece debidamente fundamentada.

Por todo ello, al encontrarnos frente a una sentencia sólidamente fundada y respetuosa de las reglas de la sana crítica racional, en opinión concordante del Procurador General, corresponde contestar de manera negativa la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Llorente. Adhiere.

Sobre la misma cuestión el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede. SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE, adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de A.V.A.V..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 22 de abril de 2022.-

2- GALLO TORRES.11-08-22

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	NNA	NNA	-	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=883>

Lex: Art. 149 Bis, 1° párrafo, 2° supuesto del CP. Art. 4° apartado 3 de la ley 22.278, arts. 172, 179, 180 de la ley 6.354 y arts. 3, 4, 19, 24, 40 y cc. ley 23.849. las leyes 6.354, ley nacional 22.278, ley 26.061 y ley provincial 8.932.

Vox: Amenazas simples. VG. Menor imputable 17 años. Medidas de protección. Sentencia integrativa.

Summa: Rechazar el recurso de casación interpuesto.

El Primer Juzgado Penal de Menores condenó al nombrado a la pena de **un año y seis meses de prisión** por el delito de amenazas agravadas por el uso de arma en contexto de violencia de género (arts. 149 bis primer párrafo segundo supuesto del CP y art. 4 y conc. de la ley 26.485).

La defensa interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP). Sostiene que se ha interpretado erróneamente el art. 4 de la ley 22.278 al imponer pena de prisión en efectivo a A.N.G.T., por el plazo de un año y seis meses –máximo de la pena prevista–.

El Procurador General entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La SCJM rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1607 (09-05-22), pronunciada por el Primer Juzgado en lo Penal Juvenil-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- «Zurita»11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>
- «Medina»06-11-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=453>
- «Ledesma Reche»

b- SCJM

«Maldonado»

SCJM. Dres.: **Palermo**. Valerio. Adaro (Licencia).

Fallo:

CUIJ: 13-06876443-7/1((013101-82)) FC/ G. T. ALEXIS NAHUEL P/ AMENAZAS AGRAVADAS POR EL USO DE ARMAS EN CONTEXTO DE VIOLENCIA DE GENERO (0082/21/B) (0082) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106125304*

En Mendoza, a los once días del mes de agosto del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06876443-7/1 caratulada “F. c/ A.N.G.T S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO; segundo, DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero, DR. MARIO D. ADARO.

La defensa de A.N.G.T., formula recurso de casación contra la sentencia N° 1.607, de fecha 9 de mayo de 2.022, de fs. 519 y vta. y sus fundamentos de fs. 523/533 vta., en tanto rechaza el pedido de absolución de A.N.G.T. y lo condena a la pena de un año y seis meses de prisión por el delito de amenazas agravadas por el uso de arma en contexto de violencia de género (arts. 149 bis primer párrafo segundo supuesto del CP y art. 4 y conc. de la ley 26.485).

La resolución recurrida fue dictada por la jueza del Primer Juzgado en lo Penal Juvenil de la Primera Circunscripción Judicial en la presente causa n° 82/21.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La sentencia puesta en crisis, en lo pertinente para la solución del recurso impone a A.N.G.T. la pena de un año y seis meses de prisión por el hecho por el cual se lo declaró penalmente responsable, cometido cuando el nombrado contaba con diecisiete años de edad. Ese hecho fue calificado como amenazas agravadas por el uso de arma en contexto de violencia de género (art. 149 bis primer párrafo segundo supuesto del CP y art. 4 y cc de la ley 26.485).

2.- Recurso de casación

La defensa formula recurso de casación a tenor de los inc. 1 y 2 del art. 474 del CPP.

Sostiene que se ha interpretado erróneamente el art. 4 de la ley 22.278 al imponer pena de prisión en efectivo a A.N.G.T., por el plazo de un año y seis meses –máximo de la pena prevista–.

Explica que mediante sentencia del 17 de agosto de 2021 su asistido fue declarado autor penalmente responsable de amenazas agravadas por el uso de arma en contexto de violencia de género por un hecho de fecha 15 de febrero de 2021.

En aquella resolución también se prorrogaron las medidas de protección hasta el mes de marzo del año 2022, manteniéndose la medida excepcional de privación de la libertad dispuesta judicialmente.

Refiere que, posteriormente, en **la sentencia integrativa** que aquí se cuestiona –de fecha 9 de mayo de 2.022 y por medio de la cual se dispone la aplicación de pena privativa de libertad en perjuicio de A.N.G.T.– se sostiene **la aplicación de la sanción no desde el punto de vista de castigar un aspecto rígido de la personalidad del joven acusado, sino por la evolución negativa de su actitud hacia el género femenino,**

entendiendo que este aspecto forma parte de un aspecto modificable del sujeto, su conducta y la falta de adhesión al tratamiento específico al que fue sometido durante más de un año y tres meses.

Desde otro punto de vista, y ante el resultado poco satisfactorio del tratamiento tutelar adoptado, considera necesario aplicar una pena para cumplir con los compromisos internacionales asumidos por nuestro país en materia de violencia de género.

Añade que en la sentencia se concluye que, en atención a los extremos previstos en el art. 4 segunda parte de la ley 22.278, más las pautas mensurativas de los **arts. 40 y 41 de la ley sustantiva**, correspondía imponer sanción a A.N.G.T.

Refiere que en la instancia previa, en función de las consideraciones reseñadas, se estimó justa y equitativa la pena de un año y seis meses de prisión, monto reclamado por el Ministerio Público Fiscal en aplicación de la forma prevista para la tentativa.

Señala que debe tenerse en cuenta que el joven acusado recibía un abordaje específico en la temática, de manera tal que con su estricto cumplimiento, abordaje y continuidad se busca cumplir el objeto del sistema penal juvenil, **procurando especialmente la sensibilización y oportunidad de aprender y re-aprender respecto de formas de vinculación de pareja.**

Cuestiona la necesidad de aplicar pena privativa de libertad toda vez que A.N.G.T. ha cumplido casi en su máximo la pena aplicada, puesto que restan tres meses desde su imposición para el cumplimiento de la condena que, a su vez, es el máximo de la pena a atribuir.

Considera que los adolescentes en conflicto con la ley penal tienen las mismas garantías del proceso penal que los adultos, más un plus.

Éste fue sostenido desde la ley 22.278 que da cuenta de la necesidad de pena, la reducción a la escala penal de la tentativa y la absolución de pena confirmada por nuestra Constitución al incorporar con rango constitucional la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, que prevé que la prisión será el último recurso, durante el periodo más breve que proceda.

Invoca el **fallo «Maldonado»** de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y **«Ledesma Reche»** de esta Sala Segunda, en la que se afirmó que la reducción de la pena al grado de la tentativa en materia penal juvenil es obligatoria para el juez, jurisprudencia sostenida en el fuero especializado en la actualidad. Expresa que la escala penal de la tentativa del delito por el que fue declarado penalmente responsable es de cuatro meses a un año y seis meses de prisión.

Manifiesta que A.N.G.T. está privado de su libertad en... desde el mes de febrero del año 2021 y, el 27 de diciembre se ordenó su traslado al... con arresto domiciliario y dispositivo de localización georreferencial. En tal ocasión se lo autorizó, solo para actividades programadas, asistir al... y otros cursos, que se encuentra cumpliendo en temática de violencia de género. De tal manera, está privado de su libertad desde hace un año y tres meses a la fecha de interposición del recurso, casi el máximo de la pena impuesta que es, a su vez, el máximo de pena previsto. Agrega que la defensa consintió la medida excepcional de privación de libertad (art. 191 de la ley 6.354) y que su asistido participó activamente en los talleres sobre violencia de género, acompañado por sus progenitores y su hermana, quienes también fueron abordados en esta temática. Considera que en atención al fin de la pena como último recurso –prevención especial positiva–, A.N.G.T. cumplió con ese fin durante el seguimiento proteccional privado de su libertad durante un año y tres meses. Añade que concurrió a todos los talleres en temática de violencia de género, asistió a la escuela, realizó tratamiento psicológico y psiquiátrico, no protagonizó hecho de violencia y entiende que internalizó la norma.

Expresa que la necesidad señalada por los **peritos psicólogos** en la realización de un tratamiento psicológico sostenido en el tiempo no tiene que ver con el Derecho penal, el tratamiento tutelar no significa modificar personalidad sino que el adolescente asuma una función constructiva en la sociedad. Todo ello –afirma– ocurrió con su defendido pues continuó con sus estudios formales –alcanzó segundo año–, participó de talleres en forma activa, asistió al tratamiento psicológico, de manera tal que la falta de cumplimiento de tratamiento tutelar –que sostiene la jueza de la instancia previa– resulta desacreditado en los hechos.

En relación con el fin de la pena como prevención general positiva, expresa que también se satisfizo pues la sociedad, amigos, vecinos, parientes pudieron advertir que A.N.G.T. está privado de su libertad en la Dirección de Responsabilidad Penal Juvenil por amenazar a su novia. Cuestiona, además, que su asistido no fue ni siquiera tratado como «un adulto» en igualdad de condiciones. Explica que no tenía antecedentes, y que en caso de recaer condena la misma hubiera sido de ejecución condicional (art. 26 del CP).

Contrariamente, A.N.G.T. fue condenado en efectivo, al máximo de la pena y sin derecho a la libertad condicional. Critica la necesidad de la condena impuesta, en tanto no se explica la consecuencia jurídica de esa condena y refiere que, desde el punto de vista personal, cumplió pena casi en su máximo, respondiendo a los fines de prevención especial positiva y general, de manera que no hay consecuencias jurídicas en materia penal juvenil (art. 50 segunda parte del CP y 13 de la ley 6354). En función de lo expuesto, solicita se declare la nulidad de la sentencia y reclama la absolución de pena para su asistido en función del artículo citado y el plexo internacional incorporado a la Constitución Nacional en el art. 75, inc. 22. Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 562/564 se expide el Procurador General quien, luego de analizar los agravios formulados por la recurrente, aconseja el rechazo del recurso.

Considera que no ha existido errónea aplicación de la ley sustantiva en la sentencia cuestionada y que la motivación se desarrolló dentro de los parámetros de la sana crítica racional sin que se hayan violado las reglas procesales que pueden lugar a la nulidad.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante

Puesto a resolver el recurso de casación formulado entiendo oportuno adelantar que, en función de las consideraciones que seguidamente se exponen, debe ser rechazado. Paso a explicarlo.

De forma preliminar, corresponde referir que el hecho aquí investigado consiste en que el 15 de febrero de 2021, aproximadamente a las 20.00 hs., **A.N.G.T., de 17 años de edad, se** encontraba en su domicilio, sito en Barrio... de Las Heras, junto a C.B.A., su ex pareja.

Ésta última se encontraba allí en la búsqueda de sus pertenencias para retirarse del lugar.

En esa ocasión, A.N.G.T. **tomó un cuchillo de carnicero** de unos 25 centímetros con cabo de plástico color rojo, se lo apoyó en el cuello y, de manera intimidante, le manifestó «vas a sufrir como sufrió tu hermana, pero de otra manera», tras lo cual apoyó el cuchillo en la frente. C.B.A. pidió auxilio a los gritos y, tras ser asistida por el padre del acusado, logró salir del lugar. Luego, dio aviso a la policía (ver fs. 81 vta.).

De las constancias de la causa surge que en fecha 17 de agosto de 2021, **la jueza penal juvenil** dictó la sentencia n° 1607 (fs. 84/85 y fundamentos de fs. 94/101 del expte. 82/21) en la que –juicio abreviado

mediante— declaró la responsabilidad penal de A.N.G.T. por el delito de amenazas agravadas por el uso de arma en contexto de violencia de género.

Asimismo, prorrogó las medidas de **protección en relación con el joven**, hasta el mes de marzo del año 2022 a tenor de las previsiones del art. 4º apartado 3 de la ley 22.278, arts. 172, 179, 180 de la ley 6.354 y arts. 3, 4, 19, 24, 40 y cc. ley 23.849.

Además, **mantuvo la situación excepcional de privación de libertad del joven; rechazó el permiso de salida reclamado por el joven en atención a lo manifestado por los profesionales de la Dirección de Responsabilidad Penal Juvenil;** estableció la revisión de la medida de protección para el mes de septiembre con el objeto del posible establecimiento de una externación o permiso progresivo; solicitó la gestión de dos pulseras electrónicas o dispositivos de supervisión o monitoreo —uno para A.N.G.T. y el otro para la víctima—; ordenó citar a C.B.A. para conocer su situación; solicitó a los profesionales de la Dirección de Responsabilidad Penal Juvenil que continuasen trabajando con la familia del joven y que en el término de un mes remitiesen informe sobre posible estrategia de externación, como también la citación del padre de A.N.G.T. con el fin de conocer los resultados sobre el taller que debía realizar.

Posteriormente, en 9 de mayo de 2.022, la jueza penal juvenil **emitió sentencia integrativa** para los autos en mención, disponiendo la aplicación de pena ya mencionada.

En la ocasión, la jueza penal juvenil consideró que el hecho por el cual A.N.G.T. fue declarado penalmente responsable resultó **muy grave**.

A partir de ello, entendió necesario formular consideraciones sobre su culpabilidad y gravedad objetiva de lo sucedido. Valoró que, desde el punto de vista de la prevención general, la norma cuestionada por A.N.G.T. pertenece a aquellas que conforman el núcleo duro de identidad normativa de una sociedad, constituyendo una violación a los derechos humanos de la víctima, y «poniendo a su vez en tela de juicio una **pauta fundamental de convivencia social**».

Añadió que no es posible «dejar de vislumbrar el alarmante crecimiento en las estadísticas respecto de delitos de género, en donde la antesala de los femicidios y las lesiones agravadas en contexto de violencia de género, evidentemente son las amenazas agravadas en contexto de violencia de género».

Ponderó, además, que la ley 26.485 impuso en cabeza de los órganos judiciales la obligatoriedad de ratificar y hacer cumplir el mandato constitucional y convencional para sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, de manera tal que quien infringe la norma «afirma al mismo tiempo que dicha norma no rige para él, y esa afirmación del autor es que debe contradecirse mediante la pena y en ello consiste su función de prevención general».

Por su parte, señaló la necesidad de tomar en consideración los principios rectores de la justicia penal juvenil, referidos al interés superior del niño y su protección para reinsertarlo en la familia y la sociedad, constituyendo el eje central del tratamiento tutelar reclamado por el art. 4 de la ley 22.278 la recuperación del joven en conflicto con la ley penal.

Por ello, afirmó que «[...] la aplicación de una sanción se justifica en este caso, no desde el punto de vista de pretender castigar un aspecto rígido de la personalidad del joven, sino por la evaluación negativa de su actitud hacia el género femenino, entendiendo que este aspecto forma parte de un aspecto modificable del sujeto -su conducta- y que la falta de adherencia al tratamiento específico al que ha sido sometido durante más de un año y tres meses, sigue siendo un aspecto que se puede y debe mejorar o modificar positivamente con el abordaje específico».

A raíz de ello, entendió también justificada la necesidad de pena, en el caso concreto y en función de fines de prevención especial positiva.

Ello, para que A.N.G.T. asuma una función constructiva en la sociedad respetuosa de los derechos fundamentales de las mujeres y reconociendo el derecho de ellas a vivir libres de violencias. Agregó que se ofreció al adolescente y su familia un abordaje estatal multidisciplinario, disponiendo dispositivos existentes para adultos y adaptándolo a adolescentes en conflicto con la ley penal. También referenció el abordaje e intervención realizada a A.N.G.T., en cumplimiento a las disposiciones de los arts. 37 a 40 de la Convención de los Derechos del Niño, relacionado con los adolescentes que cometen un ilícito penal, en procura de que las condiciones sociales que originaron el delito sean modificadas y que el joven no reitere su acto.

Afirmó que en esta causa se cumplió con la manda legal, constitucional y convencional conforme a **las leyes 6.354, ley nacional 22.278, ley 26.061 y ley provincial 8.932** y, «[...] pese a todo ello el joven no se vio incentivado a cambiar las conductas y miradas hacia el [género] femenino, no logrando despojarse de estereotipos patriarcales, advirtiendo que no logra subjetivamente internalizar la gravedad del hecho y objetivamente no se logró que se implique positivamente con la ley».

En este orden, citó parte del informe de fs. 462 en el que se señala que «el joven evidencia estereotipos de género en torno a roles asignados al hombre y a la mujer.

Asimismo, evidencia actitudes celotípicas y tendencia al control, justificando estas actitudes en conductas de infidelidad que su ex novia habría desplegado». A lo referido, agregó que «[...] en el presente caso a su vez y ante el resultado poco satisfactorio del tratamiento tutelar adoptado, es necesario la aplicación de una pena a fin de cumplir como se dijera con los compromisos internacionales asumidos por nuestro país en materia de Violencia de Género tal como en reiterados fallos ha recordado nuestra Excma. SCJM [...]» (fs. 531 segundo párrafo).

Así consideró los precedentes de esta Sala **«Zurita» y «Medina»** y rescató el deber estatal reforzado del que surgen pautas de actuación que deben ser observadas por los órganos del sistema judicial y que, en paralelo, nacen otras obligaciones transversales de mandato ineludible para todo el sistema de justicia.

Afirmó así que tales «[...] obligaciones internacionales, a su vez vienen a reforzar la necesidad de una pena desde el punto de vista de la prevención general positiva, toda vez que es un claro mensaje para la sociedad de que la violencia de género no será tolerada bajo ningún concepto y que se tomarán todas las medidas apropiadas para modificar o abolir, modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer (art. 7 inc. e Convención Belem Do Pará).

Del mismo modo es un claro mensaje a los adolescentes que infringen la ley penal con delitos cometidos en contexto de violencia de género, que a la hora de resolver sobre la aplicación o no de pena o la posible absolución o el perdón de una pena por este tipo de delitos se les requerirá el máximo esfuerzo de los mismos para modificar estas conductas por medio de las herramientas que le brinde el estado para desaprender la violencia e incorporar las nuevas masculinidades [...]».

Al momento de establecer la escala penal aplicable la jueza penal juvenil se pronunció por la aplicación de la reducción prevista para los casos de tentativa (art. 4, segunda parte, de la ley 22.278) con el propósito de dar una respuesta diferenciada a los jóvenes, y en consideración de la relativa inmadurez propia de su edad. Por otro lado, destacó que en ningún instrumento internacional rector en la materia se prohíbe la imposición de condena a un joven infractor. Invoca precedentes del tema de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de esta Suprema Corte de Justicia de Mendoza.

En relación con la determinación de la pena aplicable la jueza tomó en consideración el monto solicitado por el Ministerio Público Fiscal y, como se dijo, valoró la naturaleza muy grave del hecho. Por su parte,

tuvo en cuenta la mayor vulnerabilidad y relativa inmadurez de A.N.G.T. al momento de cometer el hecho en razón de su edad (17 años).

Señaló que, pese a no contar con antecedentes computables, los hechos de violencia de género con su pareja habían sido una constante y que aquél demostraba estereotipos de género en torno a roles asignados al hombre y la mujer, conductas celotípicas y tendencia a controlar a su pareja. Agregó que el tratamiento proteccional no mostró con evolución positiva sobre todo en el último periodo y cita el informe de fs. 517, según el cual requiere continuar en Cable a Tierra (Programa de abordaje al varón) hasta principios del año 2023.

Asimismo, consideró que el proceso debe ir acompañado de más dispositivos y acompañamientos que le permitan vincularse desde lo social con otras redes. Entendió que en atención a los parámetros señalados y toda vez que el objetivo y de acuerdo con la naturaleza educativa y responsabilizadora del régimen penal juvenil se pretende reinsertar en sociedad al joven en conflicto con la ley penal, tratar, corregir y reeducar. Ello, para «[...] incentivar conductas prosociales, restableciendo al individuo la total capacidad personal de autodeterminación, para desaprender la violencia e incorporar las nuevas masculinidades, re aprender respecto de formas de vinculación de pareja respetuosa de los Derechos Humanos de las personas buscando otorgarle herramientas que le permitan desarrollar nuevas formas de vincularse más respetuosas [...]».

De esta manera y conforme adelanté, analizado el recurso casatorio y la sentencia impugnada es que entiendo que corresponde rechazar el remedio promovido. Contrariamente a lo que afirma la defensa no se advierte la alegada errónea aplicación del **art. 4 de la ley 22.278**.

En efecto, la norma señalada establece que la imposición de pena a un adolescente se va a encontrar supeditada a: la previa declaración de responsabilidad penal; el cumplimiento de la mayoría de edad de la persona acusada; y, que ésta haya sido sometido a un periodo de «tratamiento tutelar» no menor a un año –prorrogable en caso necesario hasta su mayoría de edad–.

Requisitos éstos que luego de cumplidos y, tomando en consideración las modalidades del hecho, sus antecedentes, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión del órgano jurisdiccional, determinarán la necesidad de aplicación de sanción, la posibilidad de reducción de aquella en la forma prevista para la tentativa y, para el supuesto de considerar innecesaria la sanción, la posibilidad de absolución de pena.

De esta manera, de la lectura de la causa se desprende que se han cumplido los requisitos previstos normativamente:

a) En fecha 17 de agosto de 2021 la jueza penal de menores declaró la responsabilidad penal de A.N.G.T., como autor del delito de amenazas agravadas por el uso de arma en contexto de violencia de género (art. 149 bis primer párrafo segundo supuesto del Código Penal y art. 4 y conc. de la Ley 26.485), mediante el procedimiento de juicio abreviado.

b) A.N.G.T. cumplió la mayoría de edad de manera previa a la imposición de la sanción, tal como surge de la partida de nacimiento que obra a fs. 48 de la causa 82/21/B –f.n. 27/12/03–.

c) El acusado fue sometido al «tratamiento tutelar» dispuesto por el art. 4 de la ley 22.278 por el tiempo exigido normativamente, conforme se desprende de las constancias de las causas 82/21/B y 28/21/1P.

Ahora bien, en relación con las previsiones de la norma en torno a la valoración de circunstancias que van a llevar al órgano jurisdiccional a determinar la necesidad de aplicación de pena o, por el contrario, disponer su absolución –al resultar innecesaria la sanción– y aquellas referidas al monto de la pena a aplicarse en el caso, advierto que han sido abordadas por la jueza penal juvenil y sus decisiones

debidamente justificadas. Advierto además que las ponderaciones efectuadas encuentran respaldo en los elementos probatorios de la causa.

Así, luego de analizar la ejecución e impacto de las medidas protectorias ordenadas respecto del joven acusado, la juzgadora advirtió los avances y retrocesos del proceso llevado a cabo en relación con A.N.G.T. Detalló así los abordajes psicológicos y talleres practicados a los fines de abordar uno de los aspectos esenciales que ostenta la conducta que se le reprocha: la violencia por razones de género que ejerció su ex pareja, expresada en el tipo de amenazas agravadas; y destacó:

i) que en el mes de septiembre de 2021 –ya declarada la responsabilidad penal por el hecho–, los profesionales de la Dirección de Responsabilidad Penal Juvenil dan cuenta de la fluctuación de A.N.G.T. entre negar su responsabilidad y la escasa problematización de las condiciones que precipitan su conflicto con la ley penal, resaltando la importancia de que el grupo familiar piense la situación y gravedad de la problemática de género (fs. 180/181);

ii) el informe del 4 de octubre de 2021 (fs. 191/192 vta.) en el que se da cuenta sobre la impulsividad y rol dominante hacia las figuras femeninas, como también la dificultad en aceptar la pérdida del vínculo con su novia;

iii) el examen psíquico llevado a cabo en el Cuerpo Médico Forense el 19 de octubre de 2021, del que resalta la personalidad disocial sin ajuste a límites externos de A.N.G.T. y la posibilidad de reacción agresiva cuando el entorno no responde a sus demandas;

iv) el informe de fs. 229 que da cuenta del mal comportamiento e inconducta evidenciada en la ausencia de adhesión a pautas de convivencia en la DRPJ;

v) alude a la vista evacuada por la Dirección de Derechos Humanos (fs. 246 y 247) que destacó la necesidad de extremar recaudos para al cese de la privación de libertad de A.N.G.T. a efectos de que los derechos de la víctima no se vean afectados y la necesidad de que aquél pueda aprender y re-aprender formas de vinculación de pareja respetuosa de los derechos humanos de las personas.

Asimismo, que una vez manifestados resultados favorables de los tratamientos terapéuticos y talleres era posible evaluar una externación paulatina;

vi) el informe de profesionales del hogar Los Toneles y de la Dirección de Responsabilidad Penal Juvenil en relación con la posibilidad de traslado a un hogar dependiente de la dirección de responsabilidad juvenil penal, en el que se detalla que en ese momento el joven se encontraba conductualmente estable (fs. 286/287); y,

vii) el informe de fs. 305 y vta. da cuenta que la Dirección de Responsabilidad Penal Juvenil había establecido actividades para dar continuidad al tratamiento del joven, como también la inclusión en Cable a Tierra, programa de abordaje de jóvenes varones que ejercen o han ejercido violencia de género, y en actividades como en CAIPA;

viii) el informe de los profesionales de la DRPJ de fs. 355/357 del que surge que A.N.G.T. minimiza las razones que motivaron su conflicto con la ley penal y no interioriza las consecuencias de su accionar; ix)

la audiencia el 15 de marzo de 2022, en la que profesionales del hogar Los Toneles señalaron las dificultades de A.N.G.T. en acatar órdenes, y que aquél probaba «hasta dónde puede ir», con la banalización de las consecuencias del incumplimiento de una orden judicial. Así, se dio cuenta de un retroceso en el joven en cuanto a la posibilidad de asumir límites, la minimización de las consecuencias de sus conductas, como también de algunos signos de consumo de sustancias (fs. 525 vta.). Resaltaron, además, la gravedad de no haber internalizado subjetivamente la gravedad del hecho; x) el informe psicológico-psiquiátrico de fs. 409/410 de la que se desprende que A.N.G.T. en su relato tiende a manejar

y ocultar información predominantemente en torno a sus antecedentes de consumo de sustancias tóxicas y datos respecto de la presente causa. En la ampliación del examen psíquico de fs. 462 y vta. se destacó que A.N.G.T. evidenciaba estereotipos de género en torno a roles asignados al hombre ya la mujer, como también actitudes celotípicas y tendencia al control; xi) el informe de la Dirección de Responsabilidad Penal Juvenil (fs. 464) que da cuenta de una situación ocurrida el 30 de marzo del presente año en que A.N.G.T. llegó al hogar del Barrio..., con «evidentes signos de intoxicación, dificultades motrices e imposibilidad de hablar con claridad y mantener una conversación» como también que posteriormente comienza a pretender forzar la puerta y reja de entrada con intenciones de irse de la residencia; y xii) el informe de Cable a Tierra de fs. 517 en el que se detalla la dificultad del joven para reflexionar sobre lo que escucha y escasamente motivado para expresar y trabajar sobre sus emociones, por lo que surgieron su incorporación a un espacio psicoterapéutico individual de manera urgente. De lo expuesto surge que en el presente caso nos encontramos frente a una situación que requiere contemplar y considerar diversos enfoques vinculados con el cumplimiento de compromisos internacionales asumidos por nuestro Estado en materia de protección de derechos humanos. Por un lado, aquellos vinculados con la justicia penal juvenil y los principios que la rigen –trato diferenciado, especialidad y proporcionalidad–.

Ello, en tanto el acusado en estas actuaciones era al momento de los hechos un joven menor de edad. Por el otro, los relacionados con el análisis de casos desde un enfoque que contemple la perspectiva de géneros y el reconocimiento del especial abordaje que merecen conflictos como los de violencias durante el noviazgo. Más aún en el supuesto analizado en tanto **la víctima, además de ser mujer, también era menor de edad.**

Por lo tanto, atravesada por una doble situación de vulnerabilidad. Todas estas variables han sido analizadas por la jueza de la instancia previa al momento de adoptar la decisión que aquí se cuestiona por la defensa, quien no logra desvirtuar los argumentos expuestos en esa instancia. En efecto, en base al detalle efectuado, es posible advertir que la jueza justificó la aplicación de una de las posibilidades contempladas por el art. 4 de la ley 22.278.

Ello más allá de la concepción de la pena asumida por la jueza (ver, al respecto, mi voto en el plenario, «**Ibáñez Benavidez**») y de algunas consideraciones realizadas, que no comparto. Aun así, no se advierte la errónea interpretación en la sentencia alegada por la defensa.

De tal manera, y como se dijo, no se advierten los argumentos de la defensa con la suficiente solidez para desvirtuar los fundamentos que la sentenciante formula a los efectos de justificar porqué considera que, en un caso con las características y dificultades como las que atraviesan al presente y que ya fueron aquí plasmadas, entiende necesaria la aplicación de pena.

Particularmente, con relación a que el joven habría internalizado la norma vulnerada a partir de la ejecución de las diversas medidas de protección ordenadas judicialmente y materializadas en diferentes órbitas institucionales durante el período de un año y tres meses. En este sentido la afirmación de la jueza, según la cual pese a algunos avances iniciales del joven, al momento de valorar la necesidad de aplicar –o no– pena se evidenció una falta de asimilación del hecho por su parte, con una preocupante minimización respecto a las consecuencias de su obrar que resultan contrarias a las pretensiones perseguidas por la judicatura mediante un trámite proteccional basado principalmente en la problemática de género que atraviesa e impacta en el hecho atribuido a A.N.G.T..

Cuestiona también la defensa que, desde el punto de vista de la prevención general positiva, el tiempo que transcurrió su asistido privado de libertad desde el 15 de febrero de 2021 y hasta el momento de la imposición de pena logra satisfacer su finalidad, puesto que la sociedad en general pudo advertir las

consecuencias de su obrar. Al respecto, la jueza da razones que tampoco logran ser desvirtuadas por la defensa a los efectos de ponderar su reclamo. El peso de la norma vulnerada, en función de los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino y de los parámetros regulados en la ley 26.485, avalan la afirmación.

Tampoco puede ser de recibo la crítica que da cuenta de la innecesaridad de aplicar el **máximo de la pena y la irrelevancia de sumar tres meses más al tiempo de privación de libertad sufrido por A.N.G.T.**

Resulta indiscutible que la privación de libertad de adolescentes constituye una instancia de ultima ratio que debe reducirse al mínimo de su expresión (**art. 37 inc. b de CDN**). Y es desde ese paradigma, y no desde otro, desde el que se debe observar la solución que se propone para cada caso en particular; atiendo a sus especificidades y a las diferentes expresiones que desde ellos emergen. En el caso que nos ocupa, la jueza ofrece razones suficientes para justificar porqué aplica el monto de pena que entiende procedente.

Así, el principal fundamento esgrimido por la juzgadora parte del reconocimiento de la especial gravedad que luce el hecho atribuido y se funda en la necesidad de profundizar las instancias de abordaje del joven –mediante el dispositivo Cable a Tierra– para que se alcance el objetivo de resocialización propio del sistema penal juvenil: en el caso, el registro del hecho en clave de género, su sensibilización ante lo sucedido y el entendimiento de que existe una oportunidad para aprender y re-aprender respecto de formas de vinculación de pareja.

Tales argumentos, a la luz de que la privación de libertad está siendo consumada en modalidad morigerada –domiciliaria en...–, no parecen configurar vicios procedimentales o sustanciales que ameriten la procedencia del recurso que se intenta.

Por lo expuesto, estimo que la defensa no ha logrado demostrar la errónea aplicación o interpretación de la ley penal puesto que, como señalé, la jueza de la instancia previa **dio suficientes razones para considerar que el «tratamiento tutelar»** había cumplido una función en cuanto al compromiso de A.N.G.T. De tal manera, no se advierte vulneración de los derechos consagrados en la Convención de los Derechos del Niño, en función de lo dispuesto por la ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (ley 26.485), la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará), y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de las Naciones Unidas.

De tal manera, corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión planteada y rechazar el recurso de casación planteado por la defensora de A.N.G.T. **ASÍ VOTO.**

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

Sobre la misma cuestión el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede **SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:** Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. **ASÍ VOTO.**

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia **RESUELVE:**

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 540/543 por la defensa de A.N.G.T.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.

3.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 11 de agosto de 2022.-

3- FERNANDEZ MOLINA. 22-08-22

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	Par FS	M	AF	PCC	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=878>

Lex: Art. 149 Bis, 1° párrafo, 2° supuesto del CP. Ley 26485.

Vox: VG. Amenazas. Arma. Arma de fuego reglamentaria. SA policía.

Summa:

El JPC condenó al nombrado a la pena de **un año de prisión en la modalidad de ejecución condicional** por el delito de amenazas agravadas por el uso de arma cometidas en contexto de violencia de género (arts. 149 bis primer párrafo, segundo supuesto del CP y arts. 4 y 5 de la ley 26.485). El SA, de profesión policía, pareja de la víctima la amenaza con el arma reglamentaria.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 2 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 4360, pronunciada por el JPC N° 2-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

I- Valoración probatoria en materia de violencia de género. **Perspectiva de género:**

Dr. Adaro.

- «Galdeano Reyes». 31-07-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=242>
- «González Pringles»
- «Concha, Jesús»
- «Ruiz Gutiérrez».18-02-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=8>
- «Alaniz Pineira» 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- «Garrido Olivares»
- «Paz Parra». 03-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=415>
- «Vargas Riquelmes». 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=743>
- «Scifo Ruffini». 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=738>
- «Agüero Pérez».25-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=777>
- «Caso Niños de la Calle (Villagran Morales y otros) vs. Guatemala». CIDH

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_esp.pdf

Dr. Valerio.

- «Villegas», «Alvarez», entre otros
- «Donoso». 01-03-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=588>

Dr. Palermo.

- «Di Cesare Morales»26-06-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- «Mejía Salvador». 10-09-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>

SCJM. Dres.: **Adaro**. Valerio. Palermo.

Fallo:

CUIJ: 13-05016527-7/1((018502-85726)) FC/ FERNANDEZ MOLINA ENRIQUE MAXIMILIANO. P/ AMENAZAS AGRAVADAS (85726) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105181266*

En Mendoza, a los veintidós días del mes de agosto del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 05016527-7/1, caratulada “F. C/F. M., E. M. P/ AMENAZAS AGRAVADAS POR EL USO DE ARMA COMETIDAS EN CONTEXTO DE VIOLENCIA DE GENERO S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO, y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa del acusado E. M. F. M. interpone recurso de casación contra la sentencia n° 4.360 (fs. 88 y vta.) y sus fundamentos, emitida por el Segundo Juzgado Penal Colegiado.

Ello, en tanto se condena a aquél a la pena de un año de prisión en la modalidad de ejecución condicional por el delito de amenazas agravadas por el uso de arma cometidas en contexto de violencia de género (arts. 149 bis primer párrafo, segundo supuesto del CP y arts. 4 y 5 de la ley 26.485). El pronunciamiento fue dictado en la causa N° P-85.726/18.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO:

1.- La resolución recurrida

La resolución establece, en lo que aquí respecta, que ha quedado acreditado en el debate que «[e]l día 16 de octubre de 2018, siendo aproximadamente las 23 hs., en el interior de la vivienda ubicada en Barrio ..., ..., E. M. F. M., en el marco de una discusión con su pareja, [M.M.L.], quien le indicó la voluntad de finalizar la relación, tomó su arma reglamentaria marca Bersa, calibre 9 mm, modelo Thunder-9-Pro, número fabril F-32598, la cargó, se apuntó a su propia cabeza, en momentos en que le manifestó a la víctima «te voy a matar y después me voy a pegar un tiro», causando miedo a la misma».

Para así decidir, la sentenciante valoró, entre los elementos de juicio más relevantes, las declaraciones testimoniales de la víctima, M.M.L., de J. O. F., de A. A. N., del Of. Principal P.P. C. R. M. y de la Lic. Lorena Zalazar del Equipo Profesional Interdisciplinario (EPI), así como el informe del EPI de fs. 95/97.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa plantea recurso de casación contra la resolución antes individualizada en razón de lo dispuesto por el art. 474, inc. 2 del CPP, es decir, por adolecer el pronunciamiento cuestionado de vicios de procedimiento.

En este sentido, sostiene que la sentencia **adolece de incongruencia y falta de motivación suficiente**, en tanto prescindió de pruebas decisivas y tuvo en cuenta otros elementos de juicio que no fueron incorporados. En primer orden, sostiene que la jueza de sentencia valoró los dichos de la M.M.L. como si fuera una «verdad revelada», aun en contra de la lógica que surge de los hechos.

Refiere que quedó demostrado que la víctima **ocultaba datos muy importantes y fundamentales**.

Critica que la sentenciante condenó a su defendido sin tener en cuenta las graves contradicciones en que incurrió la supuesta víctima en sus sucesivas declaraciones, en lo relativo a la circunstancia de si F. M. la habría apuntado con el arma de fuego.

Destaca que esta circunstancia fue negada por su defendido en oportunidad de ejercer su defensa material. Al respecto, expresa que el acusado afirmó que durante la discusión nunca estuvo el arma de fuego presente y, por ende, no se apuntó con el arma de fuego, ni tampoco a M.M.L..

Asimismo, asegura que en ningún momento amenazó a M.M.L.

Señala que las contradicciones de M.M.L. relativas al uso de arma de fuego ponen en tela de juicio la decisión de la jueza de instancia previa.

Afirma que al menos debe reconocerse que no se alcanzó la certeza necesaria para considerar la existencia de una amenaza y, mucho menos, el hecho que el acusado apuntara a M.M.L. con un arma de fuego. En segundo orden, critica que la sentenciante le otorgó una importancia exagerada e ilógica al informe brindado por el EPI, en donde se consideró la existencia de un riesgo alto para la víctima. Sin embargo, no consideró que su asistido estuvo un año con prisión domiciliaria sin tener ningún tipo de incidentes. Agrega que la propia víctima aseguró que F. M. nunca la lesionó.

Concluye que la jueza de grado debió absolver lisa y llanamente a su defendido o, en subsidio, debió otorgarle el beneficio de la duda contemplado en el art. 2 del CP.

Con base a lo expuesto, solicita se revoque la resolución impugnada y en su lugar se disponga la absolución de F. M. en orden al delito atribuido, por aplicación del art. 2 del CP.

Formula reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador General estima que el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado F. M. no puede prosperar, en tanto no se advierte en la sentencia cuestionada una inobservancia de las normas que pudiera acarrear la nulidad.

Por lo tanto, estima que debe confirmarse la validez de la sentencia. Señala que la queja se estructura en torno al cuestionamiento sobre la valoración del plexo probatorio, principalmente la declaración testimonial de la víctima M.M.L., descalificando el razonamiento de la sentenciante en relación con el delito endilgado. Destaca que la jueza de sentencia realizó un análisis armónico, completo y contextual de todos los elementos existentes.

Considera adecuado el razonamiento de la sentenciante, en tanto entendió que el testimonio prestado por la víctima era veraz y coherente, y que se sostenía y corroboraba con los demás elementos de juicio debidamente incorporados al debate.

Concluye así que la sentencia atacada se encuentra debidamente motivada, por lo que el planteo de la defensa es infundado y no debe prosperar.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

En adelante de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación articulado debe ser rechazado en tanto no logra desvirtuar la validez de la sentencia condenatoria impugnada.

De manera preliminar, debo señalar que los distintos agravios expresados por el censurante se dirigen, en definitiva, a cuestionar la credibilidad del testimonio brindado por la víctima M.M.L..

Por tal motivo, para comenzar con el análisis de los fundamentos de la resolución cuestionada, entiendo oportuno destacar que la jueza de sentencia consideró que los hechos que se le atribuían al acusado F. M., y por los que fue condenado, acontecieron en un contexto de violencia de género, aspecto que el censurante omite considerar en la construcción de sus argumentos defensistas.

En este sentido, entiendo que la juzgadora, al momento de valorar los distintos elementos de juicio, siguió los estándares internacionales en materia probatoria en casos de violencia contra la mujer por razones de género. Al respecto, y tal como he referido en numerosos precedentes (ver «Galdeano Reyes», «González Pringles», «Ruiz Gutiérrez», «Alaniz Pineira» y más recientemente, «Vargas Riquelmes», «González Sosa» y «Scifo Ruffini», entre otros), el marco normativo vigente en el ámbito internacional, regional y nacional reconoce que la violencia contra mujeres constituye una violación de los derechos humanos.

De ahí que los derechos humanos de las mujeres se imponen como un nuevo paradigma social cuestionador del fundamento androcéntrico del derecho, para garantizar una protección integral a cuya aplicación directa están obligados los tribunales de justicia (Long Saborio, S. (2009). Defensa de los Derechos Humanos de las Mujeres: Orientaciones metodológicas con perspectiva de género para litigantes).

En este sentido, la jurisprudencia en el sistema interamericano de protección de derechos humanos y a nivel nacional, ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática, especialmente relacionada a la ponderación del testimonio de la víctima (cfr. Corte IDH, Caso del penal «Castro Castro vs. Perú». Fondo, Reparación y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N° 160; Corte IDH, Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216; Caso «F. Ortega y otro vs. México». Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215; y C.S.J.N. in re «Leiva, María Cecilia», entre otros).

También en los precedentes jurisprudenciales citados, he referido que en el ámbito nacional, la ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, «[...]establece criterios amplios en la interpretación de las pruebas, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para juzgadores y juzgadoras de valorar las pruebas con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática y análisis de las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrollan los hechos de violencias».

Así pues, el art. 16 de la citada normativa establece la garantía que la investigación se realice bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos «[...] teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos», y el art. 31 conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes.

De este modo, y como adelantara, la jueza de sentencia con base a esta perspectiva construyó su razonamiento en donde le otorgó un valor preponderante al relato brindado por M.M.L., el que valoró como veraz, y consideró corroborado a partir de un análisis crítico de los distintos elementos periféricos del relato de la víctima los que –cabe aclarar– no han sido objeto de censura en esta instancia recursiva (ver registro audiovisual, audiencia del día 22/10/19, a partir del minuto 5:48).

Así, la jueza de la instancia anterior entendió relevante el testimonio prestado por J. O. F. y A. A. N., ambos vecinos de la víctima.

El primero aseguró que pudo escuchar en el domicilio donde acontecieron los hechos, primero una discusión y después el sonido de un disparo de arma de fuego.

El segundo de los testigos declaró en el mismo sentido, y agregó que por su condición de policía retirado, estaba seguro de lo que advirtió en tal oportunidad. A su vez, la sentenciante también hizo referencia a lo declarado por el oficial R. y por D. L., hermana de la víctima, quienes fueron coincidentes al declarar sobre lo manifestado por la M.M.L. en los momentos posteriores al acontecer objeto de las presentes actuaciones (ver, a partir del minuto 8.08).

Asimismo, consideró que la credibilidad del testimonio de la víctima se corroboraba con el informe del EPI donde se concluyó sobre la existencia de un contexto de violencia de género y un riesgo alto de violencia para la víctima, el que fue ratificado en audiencia de debate por la Lic. Zalazar, quien agregó la existencia de episodios de violencia anteriores al hecho investigado en autos (ver, a partir del minuto 9:38).

Conforme a lo analizado entiendo que la contradicción señalada por la defensa para desestimar el testimonio prestado por la víctima, no puede desvirtuar las razones tenidas en consideración por la jueza de grado para sostener la materialidad de los hechos y la intervención del acusado como autor.

En primer orden, debo señalar que M.M.L. en su declaración durante la investigación penal preparatoria, si bien en un principio declaró que el acusado no la había apuntado con el arma de fuego, ante la pregunta del señor fiscal aclaró no recordar con precisión tal circunstancia debido a la rapidez de lo acontecido (ver acta de denuncia de fs. 11/12, debidamente incorporado por lectura al debate).

De este modo, lo declarado por la víctima M.M.L. durante el debate afirmando tal situación, no puede considerarse –como lo pretende la defensa– una contradicción relevante en orden a desacreditar la veracidad de su testimonio.

Además, amén de estimar que la supuesta contradicción no resulta esencial con lo central de lo acontecido, debe considerarse que tal circunstancia no conformó la materialidad de los hechos atribuidos al acusado, y por los que –en definitiva– resultó condenado.

En definitiva, debe señalarse que la defensa no ha demostrado de qué manera la supuesta contradicción desvirtúa el testimonio de M.M.L. en función del plexo probatorio ya referido, lo que deriva en un déficit argumentativo en sus pretensiones.

Del mismo modo no puede prosperar el agravio vinculado al informe del EPI al que –según la defensa– la sentenciante le habría dado una «importancia exagerada». Ello, por considerar el recurrente la falta de antecedentes de violencia del acusado hacia la víctima y que transitó el proceso bajo la modalidad de la prisión domiciliaria, sin infringir las restricciones que le fueron impuestas.

En efecto, advierto que la jueza de sentencia valoró el mentado informe, donde se concluyó sobre la existencia de violencia psicológica y de un riesgo alto de violencia física para la víctima, como un elemento de convicción más dentro del acervo probatorio.

Por otro lado, –según estimo– las circunstancias señaladas no tienen per se la entidad pretendida por el recurrente para desvirtuar las conclusiones emitidas por profesionales de la salud mental –el que fue ratificado en debate por la Lic. Zalazar–, y que analizado en su integralidad con el resto de los elementos de juicio y con la necesaria perspectiva de género que la temática demanda, acreditan en grado de certeza los extremos de la acusación formulada por la representante del Ministerio Público Fiscal.

Por otro lado, la defensa pretende justificar la conducta de su representado que fue percibida y descrita por los testigos, a partir de la versión de los hechos brindada por el acusado F. M.. Así, el acusado sostuvo

en oportunidad de ejercer su defensa material, que durante la discusión que mantuvo con M.M.L., a quien aseguró no haber amenazado, no «estuvo presente» ningún arma de fuego.

Relató que sólo tomó el arma de fuego después de que la víctima se retiró del domicilio, y con la intención de controlar su estado, ya que ésta la había movido dentro del placard para sacar sus cosas, ocasión en que «se le escapó un disparo».

Entiendo que este agravio tampoco puede tener acogida favorable, por cuanto la jueza de sentencia argumentó suficientemente el rechazo de la verosimilitud de la versión del acusado como hipótesis alternativa a la acusación.

Ello, por cuanto entendió –acertadamente a mi criterio– que la versión brindada por el acusado acerca de cómo se efectuó el disparo de arma de fuego no era verosímil, no sólo por la manera en que se sucedieron los hechos, sino también porque no resultó razonable la referida necesidad de revisar el arma después de una discusión y a altas horas de la noche.

Agregó la sentenciante que la amenaza que le profirió el acusado a M.M.L. donde le manifestó que si lo dejaba la iba a matar y después se iba a pegar un tiro, se condice con la actitud del acusado de efectuar un disparo cuando M.M.L. se retiró del domicilio para hacerle creer que había cumplido su promesa (ver, a partir del minuto 11:48).

En definitiva, y de acuerdo con lo expuesto, el recurrente no logra demostrar de qué manera la declaración brindada por F. M. logra desvirtuar el acerbo probatorio analizado.

Por último, respecto del agravio referido a la supuesta omisión de la sentenciante de valorar prueba dirimente o, por el contrario, valorar elementos de juicio no que no fueron incorporados al debate, debe ser descartado.

Ello, por cuanto –amén de no advertir los vicios denunciados en los fundamentos de la resolución atacada– el recurrente lo formula en términos enteramente genéricos, sin concreción ni referencia alguna por la cuál sea posible inferir la identidad de aquellos instrumentos de prueba omitidos o valorados infringiendo las normas del debido proceso legal.

De manera tal que, este déficit argumentativo, impide, lógicamente, el análisis del planteo para determinar una posible decisividad de aquellos supuestos elementos en relación con la decisión de la jueza de la instancia anterior.

En definitiva, de lo expuesto surge que la jueza de juicio, en base a un análisis motivado de manera lógica y convincente en los elementos de prueba obrantes en la causa, y sin arbitrariedades, llegó a la certeza necesaria en esta etapa procesal para adoptar la decisión que aquí se cuestiona en cuanto a la acreditación del hecho y la intervención del acusado en él.

De tal manera, no es posible predicar la existencia de una duda que habilite la aplicación del principio in dubio pro reo. Lo referido permite afirmar la improcedencia del recurso interpuesto.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Comparto los fundamentos por los cuales mi colega preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa del acusado.

En cuanto a las consideraciones realizadas en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género me remito, en lo pertinente, a lo que ya he referido

en numerosos pronunciamientos (ver «**Villegas**», «**Alvarez Vega**», «**Donoso**», entre muchos otros). **ASÍ VOTO.**

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Adhiero a la solución que brinda mi colega de Sala a la primera cuestión propuesta al acuerdo.

Respecto de los lineamientos que deben ser observados al momento de valorar los elementos de prueba con perspectiva de género, entiendo oportuno remitirme, en lo que resulta aplicable al presente, al desarrollo realizado en los precedentes «**Mejía Salvador**» y «**Di Césare Morales**», entre otros. **ASÍ VOTO.**

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. **ASÍ VOTO.**

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. **ASÍ VOTO.**

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, RESUELVE:

- 1.- Rechazar al recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de E. M. F. M. y, en consecuencia, confirmar la sentencia Nº 4.360 dictada por el Segundo Juzgado Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

4- ROSALES AGUILERA. 16-09-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	M	AI	PCE	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=886>

Lex: Art. 149 Bis, 1° párrafo, 2° supuesto, 104 tercer párrafo y 55 del CP

Vox: Amenazas simples. Agresión con arma. Concurso real.

Summa:

El **JPC** condenó al nombrado a la pena de **un año de prisión en efectivo** por considerarlo autor penalmente responsable del delito de amenazas simples, dos hechos, y agresión con arma todo en concurso real (arts. 149 bis primer párrafo primer supuesto, 104 tercer párrafo y 55 del CP)

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 9365, pronunciada por el JPC N° 1-1° CJ.

SCJM. Dres.: **Palermo**. Adaro. Valerio.

Fallo:

CUJ: 13-06801543-4/1((018501-70293)) F. C/ ROSALES AGUILERA, EMANUEL GASTON P/ AMENAZAS SIMPLES (TRES HECHOS) Y AGRESIÓN CON ARMA IMPROPIA QUE NO CAUSÓ HERIDA, TODO EN CONCURSO REAL (70293/21) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106055334*

En Mendoza, a los dieciséis días del mes de septiembre del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06801543-4/1 caratulada “F. c/ ROSALES AGUILERA, EMANUEL GASTÓN P/ AMENAZAS SIMPLES (TRES HECHOS) Y AGRESIÓN CON ARMA IMPROPIA QUE NO CAUSÓ HERIDA, TODO EN CONCURSO REAL (70293/21) S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO.

La defensa de Emanuel Gastón Rosales Aguilera interpone recurso de casación contra la sentencia n° 9.365, y sus fundamentos, emitida por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción.

Ello, en tanto lo condena a la pena de un año de prisión en efectivo por considerarlo autor penalmente responsable del delito de amenazas simples, dos hechos, y agresión con arma todo en concurso real (arts. 149 bis primer párrafo primer supuesto, 104 tercer párrafo y 55 del CP) en los autos P-70.293/21.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto? S

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El Juzgado Penal Colegiado N° 1 tuvo por acreditado el hecho descrito en la acusación fiscal, según el cual «[e]n fecha no precisada a esta altura de la investigación, a finales del mes de junio a principios del mes de julio del año 2.021, en la vereda de calle Chile y Barcala de Ciudad de Mendoza, EMANUEL GASTÓN ROSALES AGUILERA (a) CHUKI le manifestó a SERGIO HÉCTOR OZÁN ESCUDERO “te voy a matar vigilante culeado ahora busco el fierro y te doy un tiro”, dichos que le causaron temor. Seguidamente, en fecha 08 de julio de 2.021, en la vereda del domicilio sito en calle Chile N° 1751 de Ciudad de Mendoza, EMANUEL GASTÓN ROSALES AGUILERA (a) CHUKI le manifestó a SERGIO HÉCTOR OZÁN ESCUDERO “paco culeado, me metiste en cana, buchón, me metiste en cana”, causando temor en el mismo, posteriormente sacó del bolsillo derecho un cuchillo grande e intentó darle una puñalada a la víctima, no logrando su cometido por circunstancias ajenas a la voluntad, toda vez que la víctima logró esquivar la puñalada al mismo tiempo que aumentó la circulación vehicular de la zona, lo cual llevó al sindicado a darse a la fuga. A posterior, en fecha 15 de julio del 2.021, siendo las 16:57 horas aproximadamente, en la vereda del domicilio sito en calle Chile N° 1751 de Ciudad de Mendoza, EMANUEL GASTÓN ROSALES AGUILERA (a) CHUKI le manifestó a SERGIO HÉCTOR OZÁN ESCUDERO “te voy a matar, paco culeado, te voy a matar a vos” “te voy a matar, te voy a dar manso tiro, ya vengo, voy a buscar el fierro y te voy a dar manso tiro a vos, culeado”, dichos que le causaron temor».

Para así resolver, la jueza valoró, entre los elementos de prueba más relevantes, la declaración del acusado Rosales Aguilera, de Sergio Héctor Ozán Escudero, así como de Jorge Luis Rivero y Andrés Diego Tapia.

2.- El recurso de casación

La defensa de Rosales Aguilera interpone recurso de casación de conformidad con lo previsto en el art. 474 inc.1.

Cuestiona que no existen pruebas que acrediten los tres hechos por los que se encuentra acusado Rosales Aguilera. Así, destaca la ausencia de cámara y testigos, lo que entiende imposible debido a que habrían ocurrido en una zona céntrica.

Advierte que las dos testigos mencionadas por el denunciante no se presentaron durante el debate a prestar declaración testimonial.

A ello agrega que se encuentra exacerbada la valoración de las actas de procedimiento y de la declaración testimonial, quien es persona interesada en la causa.

Refiere que la denuncia se realizó después de que se llevara adelante el allanamiento en la vivienda del acusado.

Que en el procedimiento se secuestró un cuchillo de cocina genérico, que luego la víctima afirmó que fue el utilizado.

De tal manera, entiende que existe duda razonable que conduciría a absolver a su representado. Por último, hace reserva de caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General dictamina a fs. 5 y vta. y manifiesta que si bien el recurso procede desde el punto de vista formal, debe desestimarse desde el aspecto sustancial.

Afirma que el análisis del plexo probatorio efectuado por la jueza de instancia anterior es detallado y sumamente acertado.

En particular, que el cuchillo secuestrado fue reconocido por el denunciante, por lo que no resulta un cuchillo genérico como expone la defensa.

Además, señala que la declaración de la víctima fue valorada como fluida, precisa y sin titubeos o contradicciones.

De acuerdo con lo expuesto, entiende que corresponde rechazar el recurso interpuesto y confirmarse la sentencia de instancia anterior.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante

Luego de analizar los agravios presentados por la defensa, la resolución cuestionada y el plexo probatorio incorporado en autos, entiendo que corresponde rechazar el recurso interpuesto.

Esto, de acuerdo con los argumentos expuestos a continuación.

Las críticas expuestas en el recurso de casación por la defensa resultan una reiteración de los planteos esbozados en la etapa de alegatos, que han sido debidamente abordados en por la jueza de instancia previa en la sentencia cuestionada. Veamos.

Comparto la valoración expuesta por la magistrada sentenciante de instancia anterior que valoró que la declaración de la víctima resultó fluida, precisa, sin titubeos o contradicciones.

En especial, destacó que fue clara y conteste al describir tres hechos ilícitos en todas las oportunidades en las que declaró. Que especificó el arma con el que lo había agredido Rosales Aguilera, la que luego reconoció cuando le fue exhibido el cuchillo que había sido secuestrado.

En relación con la crítica sobre la falta de testigos presenciales en los hechos investigados, la jueza correctamente valoró que quedó establecido que el horario en el que ocurrieron –durante la siesta– es lo que explica la falta de testigos que puedan dar cuenta de lo denunciado por la víctima.

Si bien el lugar se encuentra ubicado en el microcentro mendocino, debido al horario, resulta factible lo que explica el denunciante en el sentido de que en dicho horario por la zona sólo concurren algunos vehículos particulares y autobuses públicos.

El argumento central que expone la defensa contra la valoración efectuada en la sentencia reside en que se realizó la denuncia con posterioridad a que se llevara adelante el allanamiento en el domicilio del acusado en estas actuaciones.

Sin embargo, de la prueba instrumental incorporada al debate, ofrecida por el representante del Ministerio Público Fiscal con adhesión en su totalidad por parte de la defensa, se puede concluir que la premisa defensiva resultada errada.

En efecto, la jueza de instancia anterior valoró debidamente que la víctima detalló los diversos hechos ilícitos en contra y las razones por las cuales había sido amenazado por parte de Rosales Aguilera.

En este orden, hizo hincapié en que Sergio Héctor Ozán Escudero explicó que se cruzó con el acusado a finales de junio/principios de julio del año 2021, alrededor de las 14hs., y que el acusado lo amenazó, lo que identificó primer hecho.

La jueza distinguió de la declaración de la víctima un segundo hecho de amenazas ocurrido en los días subsiguientes y un tercero que constituyó la agresión con armas.

Además, la magistrada valoró las expresiones de la víctima relativas a que el acusado lo amenazó por entender que había declarado en su contra en una investigación por un hecho de robo ocurrido en el vecindario con anterioridad al primer hecho de amenazas investigado en las presentes actuaciones.

También valoró la jueza que al declarar en el debate, el denunciante expresó que no concurrió a denunciar inmediatamente los hechos, sino hasta luego del último, ocurrido en fecha 15 de julio de 2021.

Al respecto, debe decirse que lo mencionado resulta sencillamente contrastable con las actas incorporadas por ofrecimiento de ambas partes como prueba instrumental en el debate.

Así, puede advertirse que Ozán Escudero denunció en fecha 16 de julio de 2021 los tres hechos objeto de las presentes actuaciones.

Por su parte, fue citado a prestar declaración testimonial durante la investigación en fecha 19 de julio de 2021. De las constancias de la causa surge que se dispuso el allanamiento en el domicilio de acusado, el que se realizó el día 22 de julio de 2021 (según el acta de allanamiento).

De tal manera, la denuncia y la declaración testimonial del denunciante fueron lo que justificaron la orden de allanamiento y la realización de la medida en el inmueble de Rosales Aguilera.

Resulta relevante destacar que un cuchillo de similares características a las descriptas por el denunciante fue secuestrado del inmueble en el que reside Rosales Aguilera, esto es un cuchillo de cuarenta centímetros de longitud total y hoja de veinte centímetros, referido como «de carnicero», de mango plástico, color blanco (ver, al respecto, acta de denuncia por la que se iniciaron las investigaciones).

Como se advierte, de lo declarado por el denunciante durante el debate oral, así como de la prueba instrumental detallada, surge la improcedencia del cuestionamiento defensivo.

En relación con la crítica de exacerbada valoración de las actas de procedimiento y de la declaración testimonial, entiendo que la defensa no explica de qué forma ello constituye un error o cuál es el defecto de valoración que permita la anulación de la sentencia.

A ello se agrega que no aporta razones que desacrediten la existencia del hecho o la participación de su representado en él sustentados en pruebas producidas durante el debate o que pongan en crisis la hipótesis fiscal.

Sencillamente, la sola afirmación según la cual la valoración resulta exacerbada no permite realizar el debido análisis que corresponde a este Tribunal.

En síntesis, considero que el recurso interpuesto no puede prosperar en razón de que no se advierten los vicios que alega la defensa relacionados con la valoración de la prueba obrante en autos.

De tal manera, puede afirmarse que la sentencia cuestionada debe mantenerse **como acto jurisdiccional válido** al no ostentar falencias que impliquen su anulación (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros).

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Valerio. Adhieren

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Emanuel Gastón Rosales Aguilera.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro.

5- ROJAS GALARZA. 26-09-22

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	Par	M	-	PCE	-	-	A	-	-	UP	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=897>

Lex: Art. 149 Bis, 1° párrafo, 1° supuesto del CP

Vox: VG. Amenazas simples. Unificación de pena.

Summa:

El JPC condenó al nombrado a la pena de **seis meses de cumplimiento efectivo** por considerárselo autor penalmente responsable del delito de amenazas simples en contexto de violencia de género (art. 149 bis, primer párrafo, primer supuesto del CP, art. 4 de la ley 26485), la cual se unificó con dispuesta mediante sentencia n° 1.756, dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 1 en **seis años y seis meses de prisión de cumplimiento efectivo**.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 9322, pronunciada por el JPC N° 2-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

I-Violencia económica

- «Muñoz García». 11-11-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=223>
- «Rodríguez Ginestra». 08-07-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=642>
- «Buenaventura Aballay». 04-08-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=648>

II-Perspectiva de género

- «Galdeano Reyes», «González Pringles», «Ruiz Gutiérrez», «Alaniz Pineira» y más recientemente, «Vargas Riquelmes», «Scifo Ruffini» y «González Sosa».
- «Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa», «Quiroga Morales»; «Ojeda Pérez» y «Vázquez Tumbarello»
- «Mejía Salvador» y «Di Césare»

b-CIDH

- «Castro Castro vs. Perú». Fondo, 25-05-06.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf
- Caso Rosendo Cantú vs. México. 31-08-10
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339
- Caso «Fernández Ortega y otro vs. México». 30-08-10.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/fernandez_ortega/esap.pdf

SCJM. Dres.: **Adaro**.Valerio. Palermo.

Fallo:

CUIJ: 13-06777113-8/1((018502-42069)) FC/ ROJAS GALARZA P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106032566*

En Mendoza, a los veintiséis días del mes de septiembre del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13- 06777113-8/1 caratulada “FC/ R. G., D. F. POR AMENAZAS SIMPLES EN CONTEXTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa D. F. R. G. interpone recurso de casación contra la sentencia n° 9.322 y sus fundamentos, pronunciado por el Juzgado Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial, que lo condenó a la pena de seis meses de cumplimiento efectivo por considerársele autor penalmente responsable del delito de amenazas simples en contexto de violencia de género (art. 149 bis, primer párrafo, primer supuesto del CP, art. 4 de la ley 26485) atribuido en autos n° P42.069/21.

Por su parte, se unificó esa pena con la sentencia n° 1.756, pronunciada en los autos n° P-20411/2016/T01 por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 1 en seis años y seis meses de prisión de cumplimiento efectivo.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

La jueza de la instancia previa tuvo por acreditado que «el 30 de abril de 2021, aproximadamente a las 19.40 hs, el acusado se hizo presente en Rodeo de la Cruz, Mendoza donde se ubica un arco de ingreso, lugar en donde quedó en juntarse con su ex pareja la Sra. [J.T.P.] para entregarle alimentos respecto a su hijo menor de edad que tienen en común, y una vez allí D. R. empujó a JTP para luego manifestarle “te voy a cagar matando a vos porque estás re loca” provocando temor en la víctima».

Para así decidir, la jueza valoró, entre los elementos probatorios más relevantes, la declaración testimonial de J.T.P., de E. O. B. y de Y. S. E., de la oficial policial M. J. J. M., así como el descargo formulado por el acusado.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa interpone recurso de casación de conformidad al art. 474 inc. 2 del CPP, en tanto considera que la sentencia impugnada adolece de vicios formales que la invalidan como tal.

En este sentido, entiende que la sentencia es arbitraria pues ha concluido con la responsabilidad penal de su asistido sin la suficiente prueba que acredite legítimamente la existencia del hecho que se reprocha a su defendido. Estima que la sentencia no es una derivación razonada con aplicación de las circunstancias del caso. En efecto, expresa que la denuncia y el testimonio de J.T.P. constituyen los únicos elementos probatorios que sustentan la condena.

Expresa que la jueza de anterior instancia no tuvo en cuenta las inconsistencias de la denuncia y de la declaración posterior de la denunciante. Considera que el informe del EPI en el que se concluyó un alto riesgo se realizó en base a declaraciones falsas y sin sustento.

Afirma que no existieron armas en tanto no fueron halladas.

Concluye su presentación afirmando que el caso concreto trae aparejado una consecuencia grave cuál es la revocación de la libertad condicional y la unificación de la pena impuesta.

Solicita que la sentencia puesta en crisis sea casada y se disponga la absolución de D. R. G..

Formula reserva de caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

A fs. 5/6 del legajo luce agregado el dictamen del Procurador, quién aconseja el rechazo de la presentación recursiva.

En ese sentido, considera que la jueza de la instancia previa expuso las razones por las que considera que el testimonio de la víctima resultó fundamental para determinar las circunstancias modales en que se desarrollaron los hechos atribuidos.

Asimismo, expresa que se valoraron las declaraciones testimoniales de la oficial ayudante M. M., de E. O. B., Y. S. E., los que acreditan la reacción de la víctima luego de haber sufrido tales eventos.

En razón de lo expuesto, estima que debe desestimarse el recurso de la defensa, en tanto la sentencia no está contradictoriamente motivada, ni puede predicarse que la motivación es ilógica, falsa o arbitraria.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar. Paso a explicarlo.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada.

La defensa en su reclamo recursivo niega la existencia del hecho y la autoría de R. G. a través de cuestionamientos relativos al mérito de la prueba llevado a cabo por la jueza de anterior instancia. En este orden, sostiene la endeblez del plexo probatorio, particularmente de la declaración testimonial de la denunciante.

Ello, desde su perspectiva defensiva debería conducir a la absolución de su asistido. Sin embargo, pese al esfuerzo defensivo como se explicará, entiendo que la sentencia resistida ostenta una fundamentación acorde las reglas de la sana crítica racional y cuenta con suficiente material probatorio para legitimar el fallo condenatorio.

De tal manera, la motivación de la sentencia, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala, es suficiente para su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, **no adoleciendo de falencias que impliquen su anulación** (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros).

En este orden, debe señalarse que para la jueza de anterior instancia la declaración de la víctima resultó decisiva y pilar fundamental para acreditar la existencia del hecho y la autoría de R. G. en el mismo.

Al respecto, y en cuanto a ella, la jueza señaló que las manifestaciones de J.T.P. resultaron de fundamental importancia en tanto «denunció al acusado por daño psicológico, golpes y amenazas, que tuvo un hijo con él y que cuando nació el acusado desapareció, asimismo dijo que la hostigaba y la insultaba permanentemente y que le daba dinero si mantenían relaciones sexuales, que ella lo consintió.

En referencia a la causa bajo análisis la víctima contó que el día del hecho el acusado le dejó un paquete de pañales en un kiosco y la suma de quinientos pesos y que cuando llegó R. G. le dio una bolsa con un trozo de pollo y le dijo tomá no hay nada más, por andar haciéndote la histérica y la empujó, que no se cayó pero ahí vio cómo se puso agresivo y empezó a decirle estás loca puta de mierda te voy a cagar matando a vos porque estás re loca».

Este relato, a criterio de la jueza de anterior instancia, presentó una adecuada concordancia y persistencia en su contenido, tanto en relación con lo manifestado en sede de la oficina fiscal como en el testimonio brindado durante el debate oral, en la audiencia del 26 de julio de 2021.

Además, la jueza estimó que sus dichos tuvieron coherencia interna, claridad, contundencia, a la vez que J.T.P. presentó un correlato emocional acorde al hecho vivido, manteniéndose persistente a lo largo del proceso. Por su parte, la jueza, junto a la decisiva declaración de J.T.P. analizó la existencia de otros elementos de convicción que corroboraban la versión de aquélla.

En este orden, destacó las declaraciones testimoniales de E. O. B. y de J. S. E.. Las dos testigos expresaron que el día del hecho a J.T.P. se la veía nerviosa, que estaba exaltada y que observaron que el acusado trataba de calmarla.

Agregaron que vieron cuando R. G. le pasó una bolsa negra y que metió la mano en su bolsillo en evidente gesto de entregarle dinero.

Por otro lado, ambas declarantes dijeron estar a una distancia que les impedía escuchar a R. G., porque hablaba bajo, circunstancia también revelada por J.T.P. cuando narró que R. G. hablaba «bajito» para que nadie escuchara lo que le manifestaba.

A consideración de la jueza de la instancia previa, en razonamiento que comparto, estas declaraciones fueron decisivas porque estos relatos no hicieron más que confirmar algunas circunstancias narradas por J.T.P., pues ella misma indicó que en esas circunstancias estaba ofuscada con el acusado, que le gritaba y que llamó a la policía.

Por su parte, la jueza valoró el testimonio de M. J. J. M., oficial de la Comisaría n° 35 de Rodeo de la Cruz, que fue desplazada por el CEO el día del hecho y entrevistó a la víctima. Al momento de declarar, M. manifestó que, en oportunidad de su intervención, la víctima lloraba porque había tenido una discusión con su pareja y que estaba asustada (ver al respecto registro audiovisual de la audiencia del día 11/8/2021).

Por otro lado, la jueza ponderó el **informe del Equipo Profesional Interdisciplinario** en el que la licenciada M. Ch. concluyó que la víctima se encontraba en una situación encuadrable en un contexto de violencia de género y estimó que el riesgo de violencia física era grave y el riesgo vital alto.

Asimismo, la profesional indicó que el acusado a través de maniobras de manipulación había logrado que la víctima consintiera mantener relaciones sexuales a cambio de la entrega de dinero o mercadería para el hijo de ambos.

La jueza también valoró el informe psicológico del acusado R. G. suscripto por el Dr. C., del Cuerpo Médico Forense.

En ese informe, se da cuenta que el acusado presentaba un relato claro y coherente, pudiéndolo acomodar a sus intereses personales y reaccionar sin control de los impulsos.

Ello, más allá que no se observaban indicadores de personalidad violenta. Conforme todo lo expuesto, resulta claro que carece de sustento el cuestionamiento de la defensa, referido al informe del EPI estaría basado en supuestas mentiras o falsedades vertidas por la J.T.P. al momento de ser entrevistada.

Ello, en tanto existe, junto al testimonio de J.T.P., elementos probatorios que corroboran su versión de los hechos. De tal modo, considero que el plexo probatorio del presente legajo ha sido valorado dentro del sistema de la sana crítica racional (arts. 205 y 206 del CPP) y de los estándares internacionales en materia de valoración de pruebas en contextos de violencias contra mujeres y estereotipos de género que naturalizan violencias de parejas e intrafamiliares.

En relación con ello, considero oportuno recordar que el marco normativo vigente en el ámbito internacional, regional y nacional reconoce que la violencia contra mujeres constituye una violación de los derechos humanos.

De ahí que los derechos humanos de las mujeres se imponen como un nuevo paradigma social cuestionador del fundamento androcéntrico del derecho, para garantizar una protección integral a cuya aplicación directa están obligados los tribunales de justicia (Long Saborio, S. (2009). *Defensa de los Derechos Humanos de las Mujeres: Orientaciones metodológicas con perspectiva de género para litigantes*).

En este sentido, como he señalado en pronunciamientos anteriores – ver **«Galdeano Reyes», «González Pringles», «Ruiz Gutiérrez», «Alaniz Pineira» y más recientemente, «Vargas Riquelmes», «Scifo Ruffini» y «González Sosa»**, entre otros– la jurisprudencia en el sistema interamericano de protección de derechos humanos y a nivel nacional, ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática, especialmente relacionada a la ponderación del testimonio de la víctima (cfr. **Corte IDH, Caso del penal «Castro Castro vs. Perú». Fondo, Reparación y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N° 160; Corte IDH, Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216; Caso «Fernández Ortega y otro vs. México». Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215; y C.S.J.N. in re «Leiva, María Cecilia», entre otros).**

También en los precedentes jurisprudenciales citados, he referido que en el ámbito nacional, la Ley 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, «[...]establece criterios amplios en la interpretación de las pruebas, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para juzgadores y juzgadoras de valorar las pruebas con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática y análisis de las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrollan los hechos de violencias».

Así pues, el art. 16 de la citada normativa establece la garantía que la investigación se realice bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos «[...] teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos», y el art. 31 conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes.

Estos lineamientos, como se ha explicado, son los que ha seguido la jueza de la instancia anterior en la valoración de la prueba; en particular, al reconocer un rol central a la declaración de la J.T.P. Por ello, el cuestionamiento de la defensa relacionado con el valor asignado a la declaración de J.T.P. no puede ser de recibo en esta instancia.

Finalmente no puedo dejar de destacar que el caso bajo análisis se encuentra inmerso en un supuesto de violencia económica hacia la mujer, que afecta de manera directa a la víctima.

Al respecto, en anteriores pronunciamientos he sostenido que «[...] la violencia económica, ha sido expresamente reconocida como una de las manifestaciones de violencia contra la mujer (art. 5, Convención Belem Do Pará; art. 4, ley 26.485). Por su parte, el Comité de la CEDAW, en la Recomendación n° 19, afirma que la violencia contra las mujeres es una forma de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de éstas para gozar de sus derechos y libertades en pie de igualdad con los varones.

Entre las observaciones refiere que «[l]a falta de independencia económica obliga a muchas mujeres a permanecer en situaciones violentas [...]».

En esa ocasión también entendí que «[...] la violencia económica es una forma de control y de manipulación que ejerce el hombre sobre la mujer en una sociedad estructuralmente desigual» (ver **«Muñoz García», y más recientemente «Rodríguez Ginestra»; «Buenaventura Aballay»**).

Estas apreciaciones las considero pertinentes porque el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar por parte del acusado respecto de sus hijos es también una forma de violencia económica contra la mujer.

Ello en tanto se ve condicionado su bienestar económico por el incremento de erogaciones que implica aquel incumplimiento por parte del progenitor, en el marco de la responsabilidad parental que aquella le incumbe.

Específicamente así lo establece el art. 5, inc. 4, c del decreto 1011/2010 cuando dispone que «[e]n los casos en que las mujeres víctimas de violencia tengan hijos/as y éstos/as vivan con ellas, las necesidades de los/as menores de edad se considerarán comprendidas dentro de los medios indispensables para que las mujeres tengan una vida digna».

En definitiva, entiendo que el testimonio de J.T.P. adquirió un valor convictivo de relevancia para la acreditación de los hechos y la autoría del acusado en la medida que resultó verosímil y se vio corroborado, como ya lo sostuve en párrafos que anteceden, por el informe del EPI, el examen psíquico del acusado y las declaraciones testimoniales de E. O. B., J. S. E. y de M. J. J. M..

De tal manera, puede afirmarse que los cuestionamientos de la defensa constituyen un análisis parcial y sesgado de aquellos elementos, que se relacionan con una crítica encauzada a solicitar la absolución del acusado, pero que carecen de argumentos decisivos para desvirtuar la validez de la valoración de las pruebas realizada por la jueza de la instancia anterior (L.S .400-240, 407-155, entre otros). ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Coincido con la solución que brinda mi colega de Sala a la primera cuestión propuesta al acuerdo. En relación a la cuestión vinculada a la perspectiva de género en el ámbito de valoración de los elementos de prueba, entiendo oportuno remitirme, en lo que resulta aplicable al presente, al desarrollo realizado en los precedentes **«Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa», «Quiroga Morales»; «Ojeda Pérez» y «Vázquez Tumbarello»**, entre otros. De tal modo, considero que debe responderse de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Adhiero a la solución que brinda mi colega de Sala a la primera cuestión propuesta al acuerdo.

Respecto de los lineamientos que deben ser observados al momento de valorar los elementos de prueba con perspectiva de género, entiendo oportuno remitirme, en lo pertinente, al desarrollo realizado en los precedentes **«Mejía Salvador» y «Di Césare» , entre otros.**

En función de lo expuesto, estimo que debe responderse de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a favor de F. D. R. G..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro.

6- GIMENEZ ALGARAÑAZ. 29-09-22

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-		PCE	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=891>

Lex: Art. 149 Bis, 1° párrafo, 1° supuesto y 55 del CP

Vox: Amenazas simples. Concurso real. Unidad de la prueba.

Summa:

El JPC condenó al nombrado a la pena de **un año de prisión de cumplimiento efectivo** por considerársele autor penalmente responsable del delito de amenazas simples en concurso real (dos hechos) (arts. 149 bis primer párrafo, primer supuesto y 55 del C.P.)

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n°6678, pronunciada por el JPC N° 2-1° CJ.

Parágrafos destacados.

En este orden, debe recordarse lo que ha sostenido esta Sala en otras ocasiones sobre que «[...] **los medios de prueba no constituyen compartimientos estancos** porque cada uno de ellos se apoya en mayor o menor grado sobre los restantes. Unos y otros aparecen finalmente como los elementos de un todo, y será ese conjunto el que dará la prueba sintética y definitiva, aquella sobre la cual se podrá levantar la reconstrucción de los hechos.

Las diversas pruebas presentadas en un momento dado deber ser examinadas al mismo tiempo, pues el resultado global es el que cuenta [...]» (L.S. 388-219).

Asimismo, que «el **sistema de la sana crítica racional** se encuentra íntimamente relacionado con el **principio de la unidad de la prueba e impone como regla de la consideración de la prueba en su conjunto**, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles e imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados» (L.S. 388-219).

SCJM. Dres.: **Valerio**. Adaro (Licencia). Palermo.

Fallo:

CUIJ: 13-05462165-9/1((018502-776346)) F C/ GIMENEZ ALGAÑARAZ PABLO ERNESTO P/ AMENAZAS SIMPLES (776346/19) (776346) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105639773*

Mendoza, a los veintinueve días del mes de septiembre del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n°13-05462165-9/1 caratulada “F. C/ GIMENEZ ALGAÑARAZ, PABLO ERNESTO P/ AMENAZAS SIMPLES/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa de Pablo Ernesto Giménez Algañaraz interpone recurso de casación contra la sentencia n° 6678, y sus fundamentos, emitida por el Juzgado Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.

Ello, en tanto se condena a aquél a la pena de un año de prisión de cumplimiento efectivo por considerársele autor penalmente responsable del delito de amenazas simples en concurso real (dos hechos) (arts. 149 bis primer párrafo, primer supuesto y 55 del C.P.) en la causa n° P-776346/19.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

La jueza de la instancia previa tuvo por probado que «[e]l día 30 de noviembre del 2019, siendo aproximadamente las 17:00 horas, Pablo Ernesto Giménez Algañaraz desde el techo del domicilio de calle San Vicente 1824, de Godoy Cruz y dirigiéndose a Jesús Ezequiel Mondovi Gudiño, quien se encontraba en el interior del domicilio mencionado, le manifestó «pasame el fierro que lo mato». Inmediatamente después se acercó a la puerta del domicilio de Calle San Vicente 1824, de Godoy Cruz, Pablo Ernesto Giménez Algañaraz y siendo atendido por Liliana Alejandra Mondovi Ríos le dijo «o lo mato a él o te mato a vos y a todos los que están adentro», provocando temor en las víctimas».

Para así decidir la sentenciante valoró, entre los elementos más importantes: las declaraciones testimoniales de Liliana Mondoví, Jesús Ezequiel Mondoví, Maximiliano Cuello, Jéscica Ivanna Merlos Santander, Eduardo José Reynoso, Susana Beatriz Farías y Kevin Hernán Herrera; la declaración del acusado Pablo Ernesto Giménez Algañaraz y, el acta de ratificación del procedimiento policial del Auxiliar Segundo PP Diego Churupa.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

Los motivos de la defensa se enmarcan en las disposiciones de los incs. 1 y 2 del art. 474 del CPP.

Luego de transcribir casi la totalidad de los fundamentos de la sentencia, la defensa alude que al acusado lo ampara la presunción de inocencia, por lo que considera que la carga de la prueba la tiene el Ministerio Público Fiscal. Considera que la jueza de la instancia anterior justificó las contradicciones obrantes en la causa cuando analizó la prueba testimonial de Liliana Mondoví y la del personal policial actuante.

En efecto, sostiene que la denunciante Liliana Mondoví manifestó, al prestar declaración testimonial en el debate, que el personal policial que se encontraba presente en el segundo hecho escuchó las amenazas proferidas por Giménez Algañaraz. Sin embargo, afirma que en el curso del debate todo el personal policial actuante manifestó no escuchar las amenazas proferidas por el acusado. Al respecto, individualiza una serie de inconsistencias en la forma de razonar de la sentenciante, en tanto esgrime que por una cuestión de exceso de trabajo policial o de contexto de tumulto del hecho, el personal policial no escuchó lo que Mondoví dijo que escuchó.

Esto, a su entender, implica un defecto de razonamiento de la sentencia ya que imagina, por encima de las reglas de la lógica, una forma de justificar la falta de coherencia entre lo que declaró la principal testigo de cargo y lo que declaró todo el personal policial actuante.

Así, considera que este defecto de fundamentación trae aparejada la nulidad absoluta de la sentencia por violación al debido proceso adjetivo.

Asimismo, estima que de las declaraciones de Kevin Herrera y de Susana Farías se desprende que Giménez Algañaraz y su familia no agredieron a nadie sino que, por el contrario, ellos fueron agredidos por la familia denunciante de autos.

Argumenta, que la sentenciante adoptó una postura rígida al ponderar el material de prueba que favorece al acusado, exigiendo una coherencia absoluta en las declaraciones de Farías, Herrera y el acusado.

Al respecto, considera que la sentenciante actuó de manera incoherente al tachar de mendaz el testimonio de estos testigos, y no formular la correspondiente y obligatoria compulsión penal por falso testimonio.

Alega que los testigos de descargo dieron su versión de lo que vieron y escucharon ese día, en tanto considera que sus declaraciones ponen de relieve que el hecho del proceso en cuanto a su real existencia luce dudoso, por lo que la sentenciante debió dictar sentencia absolutoria **a tenor del art. 2 del CPP**.

Por último, estima que la sentencia es nula, en tanto sostiene que la sentenciante no meritó de forma equitativa la evidencia de descargo, sino que por el contrario justificó las inconsistencias de la prueba de cargo para sostener y acreditar la hipótesis acusatoria. Formula reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General considera que no corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto y, consecuentemente, debe convalidarse en su totalidad la sentencia impugnada.

Advierte que más que verificarse la falta de fundamentación de la sentencia, que la defensa alega, se advierte una discrepancia con la valoración del plexo probatorio propia del legítimo ejercicio del ministerio defensivo.

En efecto, afirma que la postura defensiva no pasa de ser una reafirmación de la estrategia ya sostenida durante el debate, pero que no alcanza a menoscabar los fundamentos brindados por el tribunal de sentencia. Por las razones señaladas, considera que debe rechazarse el recurso interpuesto.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso interpuesto por la defensa considero que corresponde su rechazo.

Ello, en tanto, y luego de analizados los fundamentos del fallo, así como el recurso interpuesto, entiendo que la sentencia cuestionada por la defensa se encuentra suficientemente motivada y que los agravios formulados por el recurrente no logran conmover la conclusión a la que llegó la sentenciante.

De manera preliminar, se debe resaltar que, si bien el recurrente sostiene que los motivos del recurso de casación interpuesto se enmarcan también en las disposiciones del inc. 1 del art. 474 del CPP, del planteo de la defensa surge que **el eje central de la impugnación gira en torno al cuestionamiento de la valoración probatoria** realizada por la magistrada de la instancia anterior.

Así, la defensa refiere, por un lado, que la sentenciante justificó indebidamente las contradicciones existentes en las declaraciones testimoniales de Liliana Mondoví y del personal policial actuante y, por otro lado, que descartó arbitrariamente la versión de los testigos de descargo y del acusado.

Al respecto, entiendo que estos argumentos no resultan procedente. Paso a explicarlo.

Tal como a continuación desarrollaré considero que existen elementos de relevancia para asignarle razón a la sentenciante en sus conclusiones respecto de la existencia material del hecho y de la intervención de Giménez Algañaraz en él.

Particularmente, las declaraciones testimoniales de Liliana Mondoví y Jesús Ezequiel Mondoví y demás testigos que declararon durante el debate.

Por ello, estimo que los cuestionamientos defensivos representan argumentos y afirmaciones que sólo evidencian una mera discrepancia con la labor de valoración de la prueba por parte de la jueza de la instancia previa, la que no logra ser desvirtuada.

En primer lugar, se advierte que la jueza de la instancia anterior analizó detalladamente las dos versiones respecto de lo sucedido el 30 de noviembre del 2019.

Por un lado, la correspondiente a Liliana Mondoví y Jesús Ezequiel Mondoví, quienes expresaron que el acusado primero amenazó a Jesús Mondoví manifestándole que lo iba a matar y luego a Liliana Mondoví, a quien le dijo que iba a matar a su sobrino o a ella y a todos los que estuvieran dentro del domicilio.

Por el otro lado, la versión del propio Giménez Algañaraz, quien sostuvo que no existieron las amenazas referidas y que, por el contrario, fueron sus vecinos quienes lo amenazaron e insultaron, luego de haber tirado piedras hacia su domicilio.

Así, la sentenciante acertadamente sostuvo que, conforme el plexo probatorio reunido, tiene fuerza convictiva la versión de los hechos aportada por Liliana Mondoví y Jesús Ezequiel Mondoví, en tanto es concordante con los demás elementos de prueba incorporados a la causa.

En este sentido, si bien se desprende de los testimonios de los funcionarios policiales actuantes, Merlos y Cuello, que no escucharon al acusado proferir las amenazas endilgadas, la sentenciante, acertadamente, manifestó que de acuerdo a las circunstancias en que se sucedieron los hechos, se desprende la lógica de sus respuestas.

Así, surge de los fundamentos que, en el primer hecho, los dichos amenazantes del acusado hacia Jesús Mondoví fueron efectuados en el interior del domicilio y antes de la llegada del personal policial, por lo que resulta lógico que éstos no escucharan los dichos referidos, en tanto no estuvieron presentes en ese momento.

Y en el segundo hecho, si bien, personal policial ya se encontraba presente en el lugar, las amenazas hacia Liliana Mondoví fueron vertidas cuando habían muchas personas y mucho tumulto entre ellas, por lo que resulta factible que, en ese contexto, los efectivos policiales no escucharan específicamente tales amenazas.

Este segundo hecho se encuentra corroborado, en primer lugar, por el testimonio de la Auxiliar PP Jéssica Merlos quien refirió, durante el debate, no escuchar las amenazas del acusado en tanto se encontraba avocada al personal femenino.

Por lo que, tal como lo explicó en forma razonada la sentenciante, aquélla no manifestó que las amenazas no hayan sido vertidas, sino que ella no las escuchó porque se encontraba en atención de otra situación, en tanto una mujer menor de edad intentó sacarle el arma que tenía enfundada.

En segundo lugar, también encuentra sustento en la declaración de Liliana Mondoví.

Así, de los fundamentos de la sentencia surge que, ante la pregunta de la Fiscalía, si la policía escuchó y vio lo que era lo que el acusado decía y hacía, la víctima manifestó que sí, que inclusive la policía tuvo que intervenir porque una menor de edad quiso agredirla e incluso ésta intentó sacarle el arma al personal policial femenino cuando trataba de reducirla.

De la valoración de este testimonio, se desprende, tal como lo hizo la sentenciante, que, si bien la víctima hizo referencia que personal policial fue testigo de los hechos acaecidos en la vereda de su domicilio, no especificó puntualmente que éstos hubieran escuchado las amenazas proferidas por el acusado.

En efecto, esto no implica que Liliana Mondoví afirmara que los funcionarios actuantes hayan oído al acusado efectuar las amenazas referidas.

En tercer lugar, este segundo hecho también aparece corroborado por el acta de ratificación del procedimiento policial del Auxiliar Segundo PP Diego Churupa, el que se encuentra incorporado como prueba instrumental.

Allí se advierte que tampoco existe contradicción entre lo manifestado por aquél y por Liliana Mondoví, tal como lo plantea la defensa.

En efecto, surge de los fundamentos que Diego Churupa manifestó que cuando llegaron al lugar había una discusión entre vecinos, donde un grupo de mujeres con un hombre se estaban retirando del lugar, insultando a la otra parte, que estaría compuesta por Liliana Mondoví y familiares. También hizo referencia al incidente entre la Auxiliar PP Merlos y la menor de edad.

De lo expuesto, se advierte, tal como lo sindicó la sentenciante, que el relato de Churupa confirma lo declarado por Liliana Mondoví, en tanto corrobora las circunstancias y el contexto en el cual sucedieron los hechos investigados.

Por último, considero que tampoco resulta procedente el cuestionamiento referido a la arbitrariedad en la valoración de las declaraciones de Liliana Farías, Kevin Herrera y del acusado. Esto, por cuanto entiendo que esas declaraciones fueron valoradas adecuadamente por la sentenciante.

En ese sentido, la jueza de la instancia anterior refirió que el testimonio de Susana Farías fue mendaz debido a las evidentes contradicciones durante su declaración.

Esto, en razón de que en un primer momento manifestó que Giménez se encontraba durmiendo cuando sucedió el incidente del techo, y luego, en otro tramo de su declaración, ante la pregunta del defensor si el acusado había arrojado algún objeto hacia su vecino, expresó que no tiró nada y que no tenía nada, cuando lo lógico hubiera sido que contestara, tal como lo refirió la sentenciante, que el acusado no se encontraba presente en el techo al momento del incidente porque estaba durmiendo.

Asimismo, la jueza de la instancia anterior refirió que Kevin Herrera relató los hechos de manera confusa y contradiciendo lo manifestado por Susana Farías.

Esto en tanto, esta última expresó que luego que los vecinos tiraran piedras al domicilio de su amiga, esposa del acusado, ellas se dirigieron, junto con la hija de su amiga, al domicilio de Mondoví y que luego el acusado llegó a separarlas.

En cambio, Kevin Herrera hizo referencia a que había ido a la casa de Mondoví, contradiciendo lo manifestado por Farías, quien fue clara al indicar que sólo habían ido al domicilio de Mondoví tres mujeres y que después se hizo presente el acusado.

De esta manera, se advierte, tal como lo refirió la jueza de la instancia anterior, que los testimonios de Susana Farias y Kevin Herrera fueron mendaces y contradictorios entre si y también respecto a lo declarado por el acusado durante el debate.

En tanto, éste indicó que la familia Mondoví fue a su domicilio a atacarlo, por el contrario, esta versión no sólo no surge de los elementos de prueba de cargo, sino que tampoco se desprende de los testimonios de Farias y Herrera, testigos ofrecido por la defensa, quienes hicieron referencia, por un lado, que ellos se dirigieron al domicilio de la familia Mondoví y, por el otro, que el acusado se encontraba durmiendo al momento del altercado.

De lo expuesto se advierte que la defensa parcializa la valoración de la prueba obrante en la causa, aislando su consideración y restándoles así la fuerza de convicción que surge de su conjunta valoración.

En este orden, debe recordarse lo que ha sostenido esta Sala en otras ocasiones sobre que «[...] **los medios de prueba no constituyen compartimientos estancos** porque cada uno de ellos se apoya en mayor o menor grado sobre los restantes. Unos y otros aparecen finalmente como los elementos de un todo, y será ese conjunto el que dará la prueba sintética y definitiva, aquella sobre la cual se podrá levantar la reconstrucción de los hechos.

Las diversas pruebas presentadas en un momento dado deben ser examinadas al mismo tiempo, pues el resultado global es el que cuenta [...]» (L.S. 388-219).

Asimismo, que «el **sistema de la sana crítica racional** se encuentra íntimamente relacionado con el **principio de la unidad de la prueba e impone como regla de la consideración de la prueba en su conjunto**, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles e imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados» (L.S. 388-219).

A partir de todo lo reseñado, es posible afirmar la improcedencia de los cuestionamientos de la defensa, en tanto de la adecuada valoración de los elementos de prueba por parte de la jueza de sentencia, conforme a las reglas de la sana crítica racional, surge la existencia material de los hechos atribuidos al acusado, así como la autoría de éste.

Por todo lo expuesto, y en opinión coincidente con la vertida por el Procurador General, debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazarse el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede. SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Pablo Ernesto Giménez Algañaraz.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 29 de septiembre de 2022.-

7- GIL ALONSO. 28-11-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	Pareja	M	-	PCC	-	-	A	-	-	-	-	-	N	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=977>

Lex: Art. 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto del CP. Ley 26485. Art. 27 bis del CP

Vox: VG. Amenazas simples. Delito doloso, de actividad, delito formal. Reglas de conducta. Nulidad.

Summa:

El **JPC** condenó al sindicado a la pena de **seis meses de prisión** de ejecución condicional, por encontrarlo autor penalmente responsable del delito de amenazas simples, dos hechos en concurso real (art. 149 bis primer párrafo, primer supuesto y art. 55, ambos del Código Penal)

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 2 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa y, en consecuencia, dejar sin efecto la regla de conducta estipulada en el apartado “g” del resolutivo n° II de la sentencia recurrida, confirmando la misma en todos sus demás aspectos.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 4724. JPC Nº 1- 3° CJ.

Precedentes citados:

a-SCJM

- “Quevedo Fernández”
- “Barbosa”
- «Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa»; «Quiroga Morales»; «Ojeda Pérez»; «Vázquez Tumbarello»; entre otros. Di Cesare Morales. Mejía Salvador. (Ver ut supra)

Parágrafos destacados.

Ante un delito de amenazas el bien jurídico que se protege es la libertad, en su aspecto psíquico. Se trata de un **delito doloso, de actividad**, donde la conducta punible es la exteriorización de la voluntad del sujeto activo, que mediante cualquier medio hábil o idóneo, sea capaz de lograr la finalidad propuesta, que es intimidar, alarmar, amedrentar o atemorizar a otra persona. Los elementos del tipo se satisfacen a través de la conducta del sujeto activo integrada por hechos o expresiones susceptibles de causar una intimidación en el ánimo de la víctima. El exigir que ésta última se vea efectivamente intimidada, es establecer requisitos que no se desprenden del análisis del tipo

La ausencia de temor en la víctima que es amenazada, no obsta a la aplicación de la figura legal. La idoneidad del anuncio amedrentador no debe confundirse con la efectiva capacidad del autor para hacer el daño que anuncia, toda vez que se trata de un **delito formal**, es decir, que se perfecciona con la formulación de las expresiones amenazantes, independientemente del resultado que se obtiene.

La imposición de reglas de conducta no es el ejercicio de una facultad jurisdiccional de tipo discrecional, sino que pesa sobre el magistrado interviniente un deber legal que resulta ineludible. Toda vez que un tribunal de sentencia condena a un sujeto a una pena privativa de libertad de cumplimiento condicional, debe adoptar y aplicar todas o alguna de las medidas previstas en la norma sustantiva, para lo cual debe

considerar que la regla a imponer se vincule ineludiblemente con la finalidad de prevención especial que señala expresamente la norma.

El principio constitucional de legalidad determina el **carácter taxativo de la enumeración de las distintas reglas de conducta** previstas en la norma penal. Ello implica, la imposibilidad de los jueces de crear reglas de conducta no previstas legalmente. Sin embargo, cuando estrictas razones de **prevención especial así lo justifiquen**, podrán modificar aquellas reglas de conducta originariamente impuestas al sujeto condenado condicionalmente a pena de prisión, en el sentido de sustituir alguna o algunas de ellas por otras, siempre dentro del catálogo legalmente limitado por la norma de

La **condicionalidad de la ejecución** de la pena es una posibilidad que la ley prevé para **evitar los perniciosos efectos de las penas de prisión de corta duración en autores primarios**. Por tratarse de una medida condicionada, requiere que la persona condenada cumpla con ciertas exigencias, caso contrario, la pena de prisión puede ejecutarse. Dichas exigencias están enumeradas y responden a la finalidad de prevenir la comisión de nuevos delitos.. (Voto en disidencia Dr. Palermo)

SCJM. Dres.: **Valerio.** Palermo (Disidencia parcial). Adaro (Licencia).

Fallo.

CUIJ: 13-05751921-9/1((038501-17549)) FC/ GIL ALONSO GUILLERMO ADRIAN P/ DOS HECHOS AMENAZAS SIMPLES P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105934041*

En Mendoza, a los veintiocho días del mes de noviembre del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05751921-9/1 caratulada "F. C/G. A., G. A. P/AMENAZAS SIMPLES, DOS HECHOS EN CONCURSO REAL S/CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO, y tercero el DR. MARIO D. ADARO.

La defensa del acusado plantea recurso extraordinario de casación contra la sentencia n° 4.724 pronunciada por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial, y sus fundamentos vertidos en forma oral, por la cual se condena a G. A. G. A. a la pena de seis meses de prisión de ejecución condicional, por encontrarlo autor penalmente responsable del delito de amenazas simples, dos hechos en concurso real (art. 149 bis primer párrafo, primer supuesto y art. 55, ambos del Código Penal) en el marco de los autos n° P-17.549/19.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La sentencia recurrida

La jueza de la instancia previa en la sentencia cuestionada por la defensa, resolvió del modo precedentemente señalado al considerar que la totalidad de las pruebas incorporadas a la causa le permitían acreditar con certeza que los hechos ocurrieron del siguiente modo: «[...] el día 04 de Marzo de 2.019, en momentos en que la denunciante en autos [M.R.G.], se encontraba en su domicilio sito en ..., su ex pareja G. A. G., le envió desde su teléfono celular N° ..., al teléfono celular de la denunciante N° ..., los siguientes mensajes por Whatsapp, a las 20:33 "te voy hacer la vida imposible si puedo matarte te voy a matar" "te voy a matar te voy a matar", a las 20:37 horas le manifestó "alguno de los dos voy a matar", haciendo referencia a la nueva pareja de la víctima. A las 22:32 le envió "está rica la piba esa, capaz quien te dice que con ella me vengue de vos, ojo por ojo" haciendo referencia a la hija mayor de la denunciante. Posteriormente el día 18 de Marzo de 2.019, siendo las 22:24 horas aproximadamente, el encartado G. A. G. por el mismo medio telefónico le escribió a la víctima [M.R.G.] "te voy a cagar matando por puta, el que avisa no traiciona, cuidate, besitos"» (v. aud. del día 17/05/21, a partir del min. 00:13:11). Para decidir en tal sentido, la jueza interviniente valoró las declaraciones de la víctima efectuadas al momento de realizar la denuncia y en debate, cuya credibilidad respaldó a través de la corroboración periférica obtenida mediante otros elementos probatorios.

En particular, ponderó las capturas de pantalla aportadas a la causa por la denunciante sobre conversaciones mantenidas con el acusado a través de la red social Whatsapp, y el informe remitido por la empresa de telefonía «Claro».

Por otra parte, tras dictar sentencia condenatoria por los hechos y la calificación legal contenida en la acusación fiscal, el tribunal impugnado le impuso al acusado la pena de seis meses de cumplimiento condicional, incluyendo una serie de conductas por el término de dos años.

Entre ellas, resulta pertinente destacar la de «[a]sistir a programas reflexivos, educativos, terapéuticos relacionados con la problemática de violencia familiar y/o contra la mujer, en el ámbito de asistencia al agresor, en las instituciones públicas o privadas que sean de su elección, o las que indique la Dirección de Promoción del Liberado de la Provincia de Neuquén»; y la de «[a]bstenerse de consumir estupefacientes y/o bebidas alcohólicas en lugares públicos» (apartados “f” y “g” respectivamente del resolutivo n° II de la sentencia recurrida).

2.- Recurso de casación de la defensa

La defensa del imputado formula recurso de casación contra la sentencia arriba reseñada a tenor de lo previsto en ambos incisos del art. 474 del CPP, esto es, por entender que la decisión criticada adolece de vicios sustanciales y de procedimiento que la descalifican como acto jurisdiccional válido.

En el segmento destinado a los vicios formales, la recurrente critica la valoración probatoria realizada por el tribunal de juicio, a la que califica de arbitraria, sesgada y omisiva.

Por un lado, considera que la jueza no valoró las declaraciones efectuadas durante el debate por testigos de descargo –M. B. A. y C. N. D.–. Tampoco las fotografías aportadas a la causa en las que se registra que la denunciante y el acusado, junto con las hijas en común, participaron del festejo de cumpleaños de la madre de este último.

Estos elementos demostrarían, a criterio de la defensa, no sólo la continuidad del vínculo entre ambos sino, en especial, que los supuestos temores no habían sido tales.

Considera que la conducta de la denunciante luego de haber recibido los mensajes no se condice con una persona que temía por su vida, la de su nueva pareja y la de sus hijos.

Sólo revela que el único interés con la denuncia era el sentimiento de cansancio por ser «la segunda» en su relación con el acusado, además de iniciar una nueva pareja. En ese marco, la aparición de los mensajes, que fueron producto de una discusión, constituyó el motivo perfecto para lograr esos fines.

A partir de allí, considera que las supuestas amenazas no fueron idóneas y que nunca sintió el temor que manifestó al hacer la denuncia, porque conocía a G. A. y sabía que sus dichos sólo fueron producto de la discusión.

Por otro lado, critica que en la sentencia no se haya considerado el informe psíquico realizado a la denunciante, desde donde se descarta cualquier situación de violencia de género o de un contexto violento como el que resulta de los considerandos de la resolución cuestionada.

Precisa que ese informe fue ofrecido y valorado por el representante del Ministerio Público Fiscal, aunque ni siquiera fue mencionado en la sentencia.

De este modo, la recurrente entiende que la prueba ha sido valorada en forma sesgada y arbitraria, tendiente a crear un contexto de violencia inexistente en la causa.

Por su parte, la impugnante critica que la sentenciante haya ponderado prueba que si bien constaba en el sistema LeD, no ha sido ofrecida por el representante fiscal, por lo que la misma no integra la acusación. Esto sería, según su visión, aquello sucedido con respecto a las fotografías agregadas en autos, en las que se observa la presencia de armas de fuego colocadas sobre una mesa.

Estima que, con ello, se ha violado el derecho de defensa en juicio. En lo que tiene que ver con el análisis jurídico de los hechos, la recurrente considera que la conducta desplegada por el acusado no cumple con los requisitos objetivos y subjetivos previstos en el tipo penal del delito endilgado –amenazas–.

Primero, porque no existe prueba que acredite objetivamente que el acusado puso en peligro el bien jurídico protegido por delito endilgado, dado que las condiciones en que los mensajes fueron enviados, la falta de idoneidad de los mismos y la ausencia de repercusión en la víctima, demuestran que no hubo

lesividad. Segundo, porque tampoco se ha probado que los dichos proferidos por G. A. estuvieron dirigidos a amedrentar o alarmar a la denunciante, lo que excluye tener por acreditado el dolo exigido.

A modo de planteo subsidiario, la defensa considera que se ha violado el principio acusatorio desde que la jueza interviniente le aplicó a sus representadas reglas de conducta que no fueron solicitadas por el Ministerio Público Fiscal ni, por ende, confrontadas en juicio por la defensa.

En particular, refiere que se le impuso que se abstenga de abusar de bebidas alcohólicas y/o estupefacientes en lugares públicos y ello resulta una medida infundada. Señala que no existe ninguna constancia objetiva en la causa que acredite que el imputado tenga algún problema con el consumo de esas sustancias, ni que el hecho ocurriera mediando tales circunstancias.

El mismo vicio observa respecto de la regla de conducta mediante la cual se somete al condenado a realizar programas reflexivos de agresores y de modificación de conductas violentas, ya que tampoco existe prueba que demuestre el carácter violento o agresivo de G. A..

Dice que es evidente que se trató de un hecho aislado, que luego no se repitió. Por lo tanto, según su interpretación, también en este punto la sentencia resulta nula.

En virtud de ello, solicita que se case la sentencia en crisis y se disponga la absolución de G. A. debido a la atipicidad objetiva y subjetiva de su conducta. Formula expresa reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de contestar la vista que del recurso se le confirió, el representante del Ministerio Público Fiscal afirma que el recurso de casación promovido por la defensa del acusado G. A. debe ser sustancialmente rechazado (fs. 5/6 vta.).

Explica que **no se trató de un hecho aislado** como lo refiere la defensa, sino de una serie de situaciones anteriores que conforman un contexto que, debidamente apreciado, otorgan entidad a los dichos de la víctima a los fines de la configuración típica del delito de amenazas.

Considera que el testimonio de la víctima ha sido apreciado y valorado debidamente por el tribunal de juicio, quien destacó que coincidentemente en la denuncia y en debate, aquella refirió que había sentido miedo y amedrentamiento por los mensajes del acusado.

Señala que la continuidad del vínculo entre la denunciante y el denunciado fue analizada en la sentencia, donde se descartó que ese aspecto excluya la consumación del delito.

Por ello, descarta que la sentencia cuestionada se encuentra contradictoriamente motivada, o que su fundamentación resulte ilógica, falsa o arbitraria.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puestos en consideración los motivos de agravio invocados por la defensa del acusado, adelanto mi posición en el sentido que corresponde **admitir parcialmente el recurso formulado por la defensa técnica** del acusado G. A. y, en consecuencia, dejarse sin efecto las pautas de conductas establecidas en los apartados "f" y "g" del resolutivo n° II de la sentencia cuestionada.

A fin de ordenar el tratamiento de los agravios casatorios y sin perjuicio de la modalidad en que han sido desarrollados por la defensa, cabe señalar que ésta centra su crítica principal en tres argumentos.

El primero de ellos dirigido a cuestionar la sentencia por considerar que ha efectuado un análisis arbitrario de la prueba –vicios procedimentales–; el segundo, tendiente a demostrar la atipicidad de la conducta atribuida a su defendido, debido a la ausencia de los elementos objetivos y subjetivos necesarios para que

se configure la figura típica de amenazas –vicios de sustanciales–; finalmente, la violación del principio de legalidad y de los postulados del sistema acusatorio, en orden a la imposición de reglas de conducta.

Sin embargo, y dejando a salvo el tercero de los argumentos referidos –que será motivo de análisis y solución separada–, a poco de adentrarme en el estudio de los dos primeros, entiendo que, en rigor, los vicios aludidos son estrictamente formales, mientras que los sustanciales no son más que consecuencias necesarias de los primeros.

Ello es así en tanto la acogida favorable de los vicios sustanciales está sujeta a la previa aceptación de los vicios formales.

En concreto, el argumento por el cual la recurrente considera que el comportamiento de G. A. no constituye típicamente un delito de amenazas, reside en que –según la tesis defensorista– los mensajes que le envió a la denunciante se produjeron en un contexto de discusión entre las partes que les niega idoneidad para provocar a su destinataria un estado de alarma o amedrentamiento, cuya provocación –además– no estuvo en el ánimo del agente.

De este modo, surge evidente que la procedencia o no del vicio sustancial –inexistencia de conducta típica por falta de configuración de los elementos requeridos– depende en un todo del resultado de los vicios formales.

Por ello, el examen del recurso me lleva a pronunciarme sobre aspectos esencialmente probatorios, de los cuales, si se concluyera en sentido que propone la defensora, derivaría la falta de adecuación de los hechos objeto del proceso dentro del tipo legal cuestionado.

Con ese criterio, se analizarán los cuestionamientos referidos.

4.1.- Acerca de la nulidad de la sentencia por vicios de fundamentación

Al momento de fundamentar su recurso, la defensa impugna la sentencia de la instancia anterior y alega un déficit lógico de fundamentación derivado, por un lado, de la omisión de valoración de prueba relevante y, por otro, de la consideración de elementos que no han formado parte del plexo incorporado a la causa.

Por el contrario, considero que el fallo cuestionado se encuentra adecuadamente fundado por las razones que expondré en lo que sigue.

Ante todo, para circunscribir adecuadamente el ámbito del recurso y simplificar el razonamiento necesario para dar solución a la cuestión planteada, debe mencionarse que la defensa del acusado no ha cuestionado la materialidad de los hechos tenida por acreditada por la juzgadora.

Ninguno de los aspectos espaciales, temporales o modales de la base fáctica por la que resultó condenado G. A., han sido puestos en tela de juicio a través del recurso incoado.

En efecto, ello se muestra coherente, por un lado, con las manifestaciones vertidas por el propio acusado cuando, en ejercicio de su derecho de defensa material, admitió durante el debate haber enviado telefónicamente a la denunciante los mensajes que dan cuenta la acusación fiscal, reconociendo su contenido como los motivos por los cuales procedió de tal manera (v. aud. del día 16/04/21, a partir del min. 00:37:53).

Por el otro, con las constancias probatorias incorporadas a la causa, en particular, las capturas de pantalla sobre las conversaciones mantenidas a través de la red social Whatsapp entre la víctima y el victimario, y el informe remitido por la compañía de telefonía celular “Claro”, desde donde se acredita que el envío de los mensajes amenazantes lo fue desde una línea telefónica registrada a nombre del acusado.

Establecido lo que antecede, surge que los aspectos controvertidos por la defensa técnica del acusado se circunscriben a dos: la inidoneidad de las amenazas proferidas (a), y la ausencia de la específica finalidad

de causar alarma o miedo (b). Lo que demuestra que la pretensión casatoria, a partir de ellos, aparece orientada a demostrar el error del tribunal de juicio al tiempo de subsumir la conducta reprochada al acusado en el delito de amenazas.

Idoneidad de la amenaza.

(a) Para sustentar el primero de los aspectos cuestionados –inidoneidad de las amenazas–, la defensa considera que existen elementos probatorios que han sido omitidos de toda consideración en la sentencia y que acreditarían en la víctima una conducta posterior a la recepción de los mensajes enviados por el acusado que se aprecia como incompatible con el sentimiento de temor que manifestó al formalizar la denuncia de los hechos investigados.

A partir de ello, la defensa considera que en la sentencia no se ha demostrado adecuadamente que el imputado puso en peligro con su conducta el bien jurídico protegido por la norma penal aplicada para subsumir jurídicamente los hechos, desde que las condiciones en las cuales esos mensajes escritos fueron enviados impidieron provocar una repercusión lesiva sobre la libertad de la receptora de los mismos; aspecto que revela la ausencia de lesividad de la conducta del acusado por el carácter inidóneo de las amenazas proferidas.

Por motivos de diversa índole considero que este punto de la impugnación, mediante el cual se tiende a desvirtuar la idoneidad de las amenazas reprochadas al acusado en función de una –supuesta– ausencia de efectivo amedrentamiento de la víctima a causa de aquellas, resulta inatendible y, por ello, debe ser desestimado. Veamos.

Primero, porque en el recurso no ha fundado de modo adecuado la razón por la cual supondría una errónea interpretación y aplicación de la norma penal aquella que no toma en cuenta una circunstancia que la propia ley, de modo evidente, no contempla en su texto. Es el propio artículo 149 bis del Código Penal el que no exige para su configuración que se constate una efectiva alarma o amedrentamiento en el receptor.

Que es del caso señalar, que el bien jurídico que se protege con el delito de amenazas es la libertad, pero en su aspecto psíquico. Se trata de un delito doloso, de actividad, donde la conducta punible es la exteriorización de la voluntad del sujeto activo, que mediante cualquier medio hábil o idóneo, sea capaz de lograr la finalidad propuesta, cual es, intimidar, alarmar, amedrentar o atemorizar a otra persona.

Los elementos del tipo se satisfacen a través de la conducta del sujeto activo integrada por hechos o expresiones susceptibles de causar una intimidación en el ánimo de la víctima.

Exigir que ésta última, se vea efectivamente intimidada, es establecer requisitos que no se desprenden del análisis del tipo. Tal es ello cierto que no obsta a la aplicación de la figura legal en cuestión la ausencia de temor de la víctima.

Ello en tanto, la idoneidad del anuncio amedrentador no debe confundirse con la efectiva capacidad del autor para hacer el daño que anuncia, toda vez que se trata de un delito formal, es decir, que se perfecciona con la formulación de las expresiones amenazantes, independientemente del resultado obtenido (ver al respecto, **“Quevedo Fernández” y “Barbosa”**).

Segundo, más allá del modo en que el mensaje es percibido por el receptor y la reacción que ello produce en el desarrollo de su vida particular y su entorno –lo que puede ser tomado como un signo de lo que la expresión de que se trata comunica–, considero que las frases proferidas por el acusado han constituido en el caso –como adecuadamente lo entendió la jueza de la instancia anterior, en la comunicación de un anuncio de infligir un mal injusto, serio y grave, con suficiente entidad para perturbar la tranquilidad de la persona a la que se le dirigieron esas palabras –o cualquier otra–, conforme a una apreciación objetiva

de la situación, esto es, tomando particularmente en consideración el contexto de interrelación en el cual fueron expresadas.

Situación contextual de la cual da debida cuenta la sentencia impugnada, el que también ha sido correctamente apreciado en su capacidad de suministrar aspectos relevantes para la valoración de los elementos probatorios que conformaron el plexo que acompaña la causa.

En efecto, el repaso de las constancias probatorias incorporadas a la causa revela aquellos aspectos cualitativos disvaliosos en los mensajes de texto enviados por el agente hacia la víctima a través de la aplicación de mensajería instantánea –Whatsapp–. Pues, las expresiones del acusado «te voy hacer la vida imposible si puedo matarte te voy a matar»; «te voy a matar te voy a matar»; «alguno de los dos voy a matar» –en referencia a la nueva pareja de la víctima–; «está rica la piba esa, capaz quien te dice que con ella me vengue de vos, ojo por ojo» –en referencia a la hija mayor de la denunciante–; y, finalmente «te voy a cagar matando por puta, el que avisa no traiciona, cuidate, besitos» (v. fs.. 3, 9, 10, 11 y 34 del expediente principal, incorporados como prueba documental al debate –v. aud. del día 16/04/21, min. 00:43:11–), se muestran adecuadamente idóneas para perturbar la libertad psíquica de su destinataria. Considero que el tenor literal de esos mensajes demuestra el acierto de la sentenciante cuando le asigna relevancia jurídico-penal a tales expresiones, en tanto lucen efectivamente adecuadas para infundir en la víctima –o en cualquier otra persona– un sentimiento de intimidación, amedrentamiento y/o temor, producto del anuncio de un mal grave, posible y futuro que, dependiendo completamente de la voluntad del acusado, podía recaer indistintamente sobre ella o sobre la persona de un tercero con vínculos afectivos o de consanguinidad (la pareja o la hija mayor de la víctima).

Ahora bien, no obstante que –como se mencionó al comienzo– ley sanciona la amenaza en sí misma, prescindiendo de todo resultado, para lo cual requiere que tengan idoneidad para actuar sobre el ánimo y la voluntad de la víctima dentro del contexto en el que son vertidas por el agente, lo cierto es que en el caso analizado ese efecto intimidatorio afectó de manera efectiva y concreta la libertad psíquica de la denunciante. Ello se observa en dos circunstancias. Por un lado, en que así lo expresó de manera constante y persistente a lo largo de todo el proceso, cuando describió haber padecido un cuadro de «hostigamiento permanente» generado por las constantes amenazas telefónicas de su ex pareja, que le provocó «temor» (v. acta de denuncia, fs. 1/2 de los principales, incorporada como prueba instrumental al debate, y reg. audiovisuales de la aud. del día 16/04/21, min. 00:22:54).

Por otro lado, en que la seriedad, gravedad e idoneidad de las amenazas fue lo que la determinó a formalizar a denunciar. Es por ello que, conforme lo he explicado, comparto en esta instancia de revisión extraordinaria la interpretación que realizó la jueza cuando –acertadamente– concluyó en que «independientemente de la conmoción, mayor o menor, que pueda haber tenido la Sra. [M.R.G.], lo cierto es que fueron idóneos estos dichos para causar en ella, y a cualquier persona, un temor y amedrentarla. De ello, la llevaron a denunciar y a decir que estaba cansada del hostigamiento, y por eso denunció, para que esto termine» (v. fundamentos, aud. del día 17/05/21, del min. 00:11:15 al min. 00:11:42). F

inalmente debo señalar que las expresiones vertidas mediante los mensajes de texto referidos anteriormente, no pueden ser consideradas como manifestaciones propias y comunes de un momento de nerviosismo producto de una discusión entre las partes que tornaría atípica la conducta exteriorizada, como lo refiere la defensa. Pues si bien tal circunstancia constituye un elemento a valorar para determinar la entidad suficiente de la amenaza, considero que no determina per se su falta de idoneidad, la que ha resultado demostrada en autos a partir de la apreciación objetiva del contenido de las expresiones manifestadas por el acusado hacia la víctima, dentro del contexto de interrelación en el que fueron

proferidas. Como se alegó, encuentro que las circunstancias de tiempo, lugar y modo en que se emitieron las amenazas, como así también las condiciones personales del sujeto activo de las mismas, han dotado de idoneidad a las frases intimidatorias proferidas por G. A. a la víctima.

Considero que lo afirmado en el párrafo precedente no logra ser rebatido a través de los argumentos ofrecidos en esta instancia por la recurrente. En efecto, la continuidad de la relación entre la víctima y el victimario, a la que se habrían referido de modo genérico e inespecífico las dos testigos referidas por la defensa durante el debate –M. B. A. y C. N. D.–, no es un dato decisivo que niegue la ocurrencia de los hechos, ni su repercusión disvaliosa en la psiquis de la víctima.

En ese entendimiento, el material fotográfico ofrecido por la defensa durante el debate, mediante el cual esa parte pretendió demostrar aquella persistencia y modalidad en el mantenimiento del vínculo de G. A. y M.R.G., a través de imágenes en donde se los observa compartiendo una reunión social junto con sus hijas –festejo de cumpleaños de la madre del acusado– luego de ocurridos los hechos objeto del presente proceso, no aporta elementos de convicción para negar la existencia y el carácter intimidatorio de los mensajes en cuestión.

En relación con el cuestionamiento de la defensa sobre la valoración del informe psíquico realizado a la víctima, considero que su inclusión mental hipotética en el razonamiento sobre la prueba realizado por la jueza en la sentencia, no habría hecho variar el sentido de la decisión que se cuestiona.

Sobre esta cuestión, la crítica de la defensa omite hacerse cargo de la fundamentación que da el tribunal de juicio respecto del contexto en que se produjeron las conductas enrostradas al acusado, particularmente en cuanto adecuadamente destacó que la víctima señaló que los mensajes referidos en la acusación «no fueron los únicos», que «contó un episodio de violencia física no denunciado» y que las amenazas se produjeron luego que el acusado se enterara que la denunciante había decidido formalizar una nueva pareja (v. fund., min. 00:07:00, 00:08:02 y 00:08:30).

Es por ello que el agravio esgrimido respecto a la falta de valoración de prueba queda desvirtuado y resulta insuficiente para demostrar un déficit en el silogismo probatorio de la sentenciante.

Tampoco encuentra respaldo en las constancias de la causa la afirmación de la defensa en relación con la vulneración del ejercicio del derecho de defensa en juicio, dado que la afirmación de la recurrente en cuanto denuncia que se habría valorado prueba que no integró el plexo probatorio ofrecido por las partes, y debidamente incorporado.

Ello por cuanto, si bien es cierto que la compulsión del sistema Leed demuestra la existencia de una imagen fotográfica donde se capta la presencia de armas de fuego ubicadas sobre una mesa, a la cual se le adicionan las siguientes expresiones «Me compre unas armitas para sacar mala gente de este mundo gente mentirosa y traicionera no merece vivir», (orden n° 16), no es menos verdad que en ninguno de los pasajes de los fundamentos orales del fallo se verifica mención alguna de la jueza a esos elementos. De tal manera, el agravio no puede prosperar.

En consecuencia, considero que la defensa no logra explicar acabadamente en qué modo la supuesta inobservancia de la ley ritual conduciría a un resultado diverso del que alcanza la sentencia sobre los delitos juzgados.

Más bien observo que los vicios denunciados por la recurrente sólo constituyen una discrepancia con el resultado de la valoración de los elementos de prueba efectuada por la sentenciante, por ser adverso a los intereses de esa parte, no pudiendo ser acogidos de manera favorable. (b) Al tiempo de fundar el segundo aspecto de su pretensión casatoria –inexistencia de dolo– la recurrente alega que la conducta

del acusado resulta atípica porque no se ha demostrado objetivamente que el imputado tuvo con su conducta el ánimo de amedrentar a la denunciante.

Sin embargo, advertida la vinculación entre los argumentos por los cuales la defensa del acusado considera que las amenazas no han sido idóneas para amedrentar a la víctima, con aquellos por los que niega la concurrencia del dolo requerido para la configuración típica del delito de amenazas, considero que el rechazo de los cuestionamientos sobre la valoración de la prueba invocados sobre el primero de los aspectos señalados, junto con la consiguiente confirmación de la plataforma fáctica en los términos que han sido acreditados en la sentencia, descarta la presencia de vicios en la aplicación del derecho sustantivo. En particular, en lo que hace al aspecto subjetivo del delito en trato.

En este orden, considero que este aspecto ha sido debidamente acreditado en autos, lo que me conduce necesariamente a compartir con la sentenciante cuando considera que «[e]l delito de amenazas ha sido debidamente acreditado. El Sr. G. A. hizo uso de amenazas, sabiendo [lo] que estaba diciendo [...], queriendo decirlas y, además, con la intención de querer amedrentar o causar algún temor a la Sra. [M.R.G.]. Temor que, por cierto, lo causo, y se concretó en la denuncia» (v. fundamentos, a partir del min. 00:12:14). (c) En virtud de todo lo expuesto, entiendo que los hechos tenidos por históricamente ciertos en la sentencia impugnada, se encuentran debidamente encuadrados dentro de la figura penal seleccionada por el tribunal de sentencia.

4.2.- Consideraciones acerca de los cuestionamientos de las reglas de conducta aplicadas

En otro orden de ideas, la defensa considera que la jueza de la instancia anterior vulneró los principios que rigen el sistema acusatorio cuando, además de disponer la ejecución condicional de la pena de prisión, impuso al acusado, por el término dos años, reglas de conducta que no fueron solicitadas por el Ministerio Público Fiscal y, por ende, que no fueron confrontadas en juicio por la defensa. Entre ellas, se queja de la regla que impone el deber de someterse al acusado a realizar programas reflexivos de agresores y de modificación de conductas violenta (ver **resolutivo n° II, apart. “e”** de la sentencia impugnada); y, además, aquella que lo obliga a abstenerse de abusar de bebidas alcohólicas y/o estupefacientes en lugares públicos (apart. “f”).

Por un lado, considera que no existen constancias objetivas en la causa que indiquen que su representado presente un carácter violento o agresivo, sino que se trató de un hecho aislado, que ocurrió hace un tiempo, y que luego no se repitió.

Agrega que tampoco obran en autos informes psicológicos efectuados al acusado que permiten inferir una conducta violenta o impulsiva de su parte. De tal manera, se trataría de una regla infundada, incompatible con el principio de reserva contenido en el art. 19 de la Constitución Nacional. Por otro lado, indica que tampoco existe prueba en la causa que demuestre que el acusado presenta un consumo problemático de bebidas alcohólicas o de sustancias estupefacientes.

Por lo cual, la regla que le impone un deber de prohibición en este sentido, también resultaría infundada al no justificarse desde el punto de vista de la prevención especial. En primer lugar, ha de señalarse que la imposición de reglas de conducta al acusado no vulnera las reglas ni principios que sustentan el modelo de enjuiciamiento de tipo acusatorio adversarial adoptado por la legislación procesal local. Paso a explicarlo.

Al respecto, debo destacar que la ley 24.316 (B.O. del 19 de mayo de 1994) incorporó al Código Penal el art. 27 bis que establece que los tribunales al declarar la suspensión de la ejecución de la pena deberán disponer que el condenado, en tanto resulten adecuadas para prevenir la comisión de nuevos delitos y

por un plazo entre dos y cuatro años, cumpla todas o alguna de las reglas de conducta que allí se enumeran.

En caso de incumplimiento el tribunal podrá disponer que no se compute el tiempo de condena, y si persistiere o reiterare el incumplimiento, podrá revocar la condicionalidad de la condena y el condenado deberá cumplir la totalidad de la pena de prisión impuesta en la sentencia.

De ello se desprende que, en lo que tiene que ver con la concreta imposición de reglas de conducta, no se trata del ejercicio de una facultad jurisdiccional de tipo discrecional, sino que pesa sobre el magistrado interviniente un deber legal que resulta ineludible.

Dicho en otras palabras, toda vez que un tribunal de sentencia condena a un sujeto a una pena privativa de libertad de cumplimiento condicional, debe adoptar y aplicar todas o alguna de las medidas previstas en la norma sustantiva, para lo cual deberá considerar –como criterio de selección– que la regla a imponer se vincule ineludiblemente con la finalidad de prevención especial aludido expresamente en la norma en cuestión.

Puede ocurrir que, al momento de solicitar la imposición de una pena de prisión de ejecución condicional, el órgano acusador no se pronuncie sobre la aplicación de reglas de conducta, sea porque no lo solicita expresamente –aunque no lo niega– o, porque al requerirlas, no las individualiza concretamente.

Sin embargo, y no obstante ciertas particularidades que pueden presentarse en este sentido cuando la sentencia condenatoria resulta de la aplicación del procedimiento de juicio abreviado, entiendo que esa omisión, dado el carácter legal de las mismas, no dispensa al órgano jurisdiccional de cumplir con el mandato legal correspondiente y, en su caso, proceder a aplicar aquellas reglas de conducta que estime adecuadas con los fines de prevención especial señalados, debiendo así fundarlo.

Por lo tanto, tratándose de un mandato legal de carácter indisponible, cuando el tribunal de sentencia impone reglas de conducta no solicitadas por el órgano acusador, ello no significa un ejercicio arbitrario de su función jurisdiccional, siempre que fundadamente lo establezca y se mantenga dentro de los márgenes que fija la ley.

Ahora bien, no obstante lo analizado, debo decir que le asiste razón a la defensa del acusado cuando critica la aplicación de alguna de las reglas de conducta que la jueza de la instancia anterior le impuso a su representado, tras decidir sobre la condicionalidad de la ejecución de la pena de prisión.

Conforme se desprende de la compulsa de la sentencia atacada, al acusado se le impuso, por el término de dos años, el deber de abstenerse de consumir estupefacientes y/o bebidas alcohólicas en lugares públicos. Sin embargo, considero que esa prohibición no se observa para nada relacionada con las circunstancias probadas del hecho acusado, en tanto –como acertadamente lo advierte la recurrente– no se encuentra acompañada elemento alguno que indique que el acusado, al momento del hecho, hubiera estado influenciado por alguno de esos elementos al ejecutar las conductas lesivas por las que se le condenó en los presentes obrados.

Motivo que sugiere que el tribunal no ha tenido en cuenta que las reglas previstas en el art. 27 bis se justifican «en tanto resulten adecuadas para prevenir nuevos delitos», aspecto en el que no puede dejar de explicarse cuál es la relación subyacente entre dichas restricciones y la evitación de nuevos hechos delictivos (en el mismo sentido, **ver « Morales Kader»**).

A ello se aduna que tampoco la jueza de sentencia se encargó de exponer adecuadamente los argumentos que respaldaban en esa decisión, pues en ningún pasaje de sus fundamentos –vertidos en forma oral– se hace mención a la necesaria correlación que debe mediar entre la regla cuestionada y el delito por el que resultó condenado el acusado en autos.

Siendo que esa debida vinculación, como se resaltó en el párrafo anterior, resulta una condición legal para la imposición de la regla de conducta que se trate, la que debe ser indiscutiblemente útil y adecuada de acuerdo con las circunstancias que –en concreto– impulsaron al autor a incurrir en el comportamiento delictivo juzgado.

Estos aspectos revelan arbitrariedad en la adopción de esta decisión, lo que justifica que la mentada regla sea dejada sin efecto.

Por otro lado, también considero que asiste razón a la recurrente cuando cuestiona la imposición de la obligación de asistir, en el lugar de su residencia, a programas dictados por instituciones públicas o privadas, relacionados con la problemática de violencia familiar y/o contra la mujer.

No obstante que –a diferencia de lo que se pudo comprobar respecto de la regla examinada en forma precedente– el contenido de esta obligación encuentra cierto sentido en autos, en tanto se vincula con el hecho por el cual se condenó condicionalmente al acusado, lo cierto es que esta regla de conducta también debe ser dejada sin efecto porque, mediante su imposición, se ha vulnerado el principio constitucional de legalidad (**art. 19 de la Constitución Nacional**).

Lo apuntado en el párrafo anterior se justifica si partimos de la base de considerar que, si bien las reglas de conducta previstas en el **art. 27 bis del código de fondo** no pueden considerarse como sanciones o penas, efectivamente importan o conllevan efectivamente una limitación cierta y efectiva al ejercicio de derechos para el sujeto condenado de manera condicional quien, por esta vía decisión judicial, queda obligado a su cumplimiento durante el período de tiempo establecido judicialmente –entre dos y cuatro años–.

Dado ese carácter limitativo de derechos, y teniendo en consideración que el texto constitucional expresamente dispone que «Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe» (art. 19 segunda parte, de la Constitución Nacional), no es otra sino la propia ley la fuente desde donde deben emanar todo tipo de restricciones al libre ejercicio de libertades individuales, en sentido amplio.

En este orden, la plena vigencia del principio constitucional de legalidad determina el carácter taxativo que debe reconocérsele a la enumeración de las distintas reglas de conducta previstas en la norma penal en cuestión. Carácter que se desprende del propio texto legal, cuando prevé que «Al suspender condicionalmente la ejecución de la pena, el Tribunal deberá disponer que, durante un plazo que fijará entre dos y cuatro años según la gravedad del delito, el condenado cumpla todas o alguna de las siguientes reglas de conducta [...]» (art. 27 bis del Código Penal).

Ello implica, por carácter transitorio, la imposibilidad de los jueces de crear –so pena de exceder su competencia legal– reglas de conducta no previstas legalmente, como entiendo ha ocurrido en autos. En su caso, y cuando estrictas razones de prevención especial así lo justifiquen, podrán modificar aquellas reglas de conducta que le fueron originariamente impuestas al sujeto condenado condicionalmente a pena de prisión, en el sentido de sustituir alguna o algunas de ellas por otras, siempre dentro del catálogo legalmente limitado previsto en la norma de fondo.

En otras palabras, esa enumeración taxativa no debe entenderse como la autorización del juez o tribunal de crear reglas de conducta no legisladas, sino la de facultarlo, dentro de las previstas, a sustituir una por otra o modificar su modalidad de ejecución, en miras de que se adecúen mejor al fin preventivo individual que justifica su incorporación al Código Penal.

De esta manera, la imposición de la obligación de «Asistir a programas reflexivos, educativos, terapéuticos relacionados con la problemática de violencia familiar y/o contra la mujer, en el ámbito de asistencia al

agresor, en las instituciones públicas o privadas que sean de su elección, o las que indique la Dirección de Promoción del Liberado de la Provincia de Neuquén» vulnera el principio de legalidad y, por tanto, debe ser dejada sin efecto.

En su caso, y aún cuando no surge de los fundamentos orales del fallo, si esa medida se fundaba en el objetivo de remover o controlar condiciones o factores relacionados con la personalidad del condenado, a fin de evitar la repetición de actos como los aquí investigados (**«Chirivín Jeremías»**), no huelga recordar que el tribunal de la instancia anterior tuvo a su alcance la posibilidad de aplicar una regla de conducta que se encuentra expresamente contenida en el texto legal que resulta aplicable al caso.

Esto es, aquella que le impone al condenado el deber de «Someterse a un tratamiento médico o psicológico, previo informe que acredite su necesidad y eficacia» (art. 27 bis, inc. 6 del Código Penal).

Medida que, incluso, se observa más eficiente y apropiada de acuerdo con los lineamientos generales que emergen de la ley 26.485, en cuanto a la posición que debe adoptar el gobierno y la sociedad en su conjunto para advertir, regular y erradicar todas las relaciones de desigualdad entre hombres y mujeres. Debo asimismo aclarar que la solución que propicio en respecto de la **anulación de esta particular regla de conducta**, en modo alguno implica desconocer el contexto fáctico dentro del cual se insertan los hechos enrostrados al acusado el que, sin lugar a dudas, se encuentra definido y caracterizado en autos por elementos que evidencian un caso de violencia de género, resultante de la conductas psicológicamente violentas desplegadas por un hombre en perjuicio de una mujer –su ex pareja– (art. 5 inc. 2 de la ley n° 26.845).

Ni mucho menos omitir cumplir con los mandatos convenciones que surgen de los distintos instrumentos a los cuales el Estado Nacional ha suscripto en la materia. Sino sólo advertir que el texto legal vigente prevé una particular regla de conducta que, cumpliendo con la garantía constitucional de legalidad, resulta cuanto más eficiente y eficaz a los demás mecanismos que complementaria y voluntariamente puedan aplicarse y cumplirse en casos como el de autos, cuya importancia no es puesta en modo alguno en duda. Por todo lo expuesto, oído el señor Procurador General, entiendo que corresponde dar respuesta parcialmente positiva a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Disidencia parcial.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, EN DISIDENCIA PARCIAL, DIJO: Puesto a resolver el recurso formulado por la defensa de G. A. G. A., concuerdo con mi colega de Sala preopinante en el tratamiento que ha brindado a los **agravios sobre la valoración de prueba y la tipicidad de la conducta**. Sin embargo, **discrepo parcialmente con su abordaje de las reglas de conducta** que impuso la jueza al disponer la condicionalidad de la ejecución de la pena de prisión. Veamos.

Tras dictar sentencia condenatoria, la jueza de instancia previa aplicó la pena de seis meses de prisión de ejecución condicional.

La condición para no ejecutar tal pena incluyó una serie de reglas de conducta, a saber: «[...] 1° Permanecer a disposición de la autoridad judicial y comparecer las veces que sea citado; 2° mantener domicilio y número de teléfono estable, debiendo informar todo cambio o ausencia del mismo –esto es importante y ahora nos tiene que dejar el domicilio y teléfono que tiene ahora, y si llega a cambiarlo nos tiene que avisar inmediatamente–; 3° también le voy a imponer que realice un tratamiento psiquiátrico con profesionales de su elección, para el caso que sea indicada la necesidad de este tratamiento por parte de la autoridad que corresponda; 4° no abusar de bebidas alcohólicas y sustancias tóxicas o drogas o estupefacientes en la vía pública; 5° asistir a programas reflexivos, terapéuticos y

educativos en el marco del “Programa de tratamiento del agresor” establecido por la ley 8.932 y el “Programa de modificación de conductas violentas” que prevé también –con el correspondiente al agresor– la provincia de Neuquén, que es el lugar de domicilio del señor G. A.; 6° someterse al cuidado y vigilancia de la Dirección de Promoción de Liberados del domicilio del señor G. A., es decir, de la Provincia de Neuquén o de la institución que sea equiparada –porque a lo mejor tiene a otro nombre– a la Dirección de Promoción de Liberados de Mendoza, a quien se le encarga o se le encomienda el control de todas las medidas que le han sido impuestas aquí, en especial el tratamiento psicológico y el Programa reflexivo de abordaje al agresor.

También deberá concurrir a esta Dirección de Promoción de Liberados cada tres meses, o las veces que sea citado por este organismo [...]» – ver audiencia del día 17/05/2021, min. 16:42 a 18:54–. La defensa de G. A. ha cuestionado dos de esas seis reglas de conducta: la abstención de abusar de bebidas alcohólicas y/o estupefacientes, y la asistencia a programas reflexivos en el marco de la ley provincial 8.932.

Las críticas se vinculan al fundamento de estas medidas. Por una parte, afirma que no existe ninguna constancia objetiva en el expediente que acredite que el imputado tuviera algún problema con las bebidas alcohólicas o con los estupefacientes, y que tampoco se acreditó que el hecho hubiera ocurrido mediando esas circunstancias.

Por otra parte, sostiene que tampoco hay constancias objetivas que indiquen que G. tenga un carácter violento o agresivo que justifique que realice programas reflexivos para modificar conductas violentas. Ahora bien, concuerdo con la solución que el voto preopinante ha ofrecido a las críticas esgrimidas contra la primera de esas reglas de conducta, es decir, con la vinculada a la prohibición de abusar de bebidas alcohólicas y/o estupefacientes. En efecto, no encuentro que el caso ofrezca circunstancias que justifiquen una injerencia en el ámbito privado de esa naturaleza.

Sin embargo, discrepo en punto a la segunda de esas reglas, que condiciona la ejecución de la pena a la participación en un programa de reflexión para agresores. A mi juicio, esta regla de conducta debe ser mantenida por tres razones.

En primer lugar, porque –contrariamente a lo sostenido por la defensa– los hechos que la jueza ha tenido por acreditados constituyen una justificación suficiente para incluir una medida de esta naturaleza. Es decir, la medida –a diferencia de la anterior– es pertinente. G. A. fue encontrado culpable de haber enviado graves amenazas a su ex pareja, donde anunciaba que la mataría a ella, a su nueva pareja o a su hija.

No puede discutirse que materialmente este delito implica un ejercicio de violencia de tipo psicológica contra la mujer.

Esta clase de violencia está definida legalmente como aquella que causa «[...] daño emocional y disminución de la autoestima o perjudica y perturba el pleno desarrollo personal o que busca degradar o controlar sus acciones, comportamientos, creencias y decisiones, mediante amenaza, acoso, hostigamiento, restricción, humillación, deshonra, descrédito, manipulación aislamiento. Incluye también la culpabilización, vigilancia constante, exigencia de obediencia, sumisión, coerción verbal, persecución, insulto, indiferencia, abandono, celos excesivos, chantaje, ridiculización, explotación y limitación del derecho de circulación o cualquier otro medio que cause perjuicio a su salud psicológica y a la autodeterminación» (ley 26.845, art. 5 inc. 2). La atingencia de la orden de asistir a un programa de abordaje para agresores contra mujeres –que está particularmente dirigido a quienes ejercen violencia de alguno de los tipos previstos en la ley 26.845 (así, art. 2, ley 8.932)– resulta, en definitiva, indiscutible.

En segundo orden, la regla debe a mi juicio mantenerse en tanto resulta coherente con las obligaciones internacionales asumidas por nuestro país, así como por las disposiciones de la ley 26.845. En este sentido, debe tenerse presente que la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer adoptada en el marco de las Naciones Unidas –aprobada según ley 23.179 y con jerarquía constitucional conf. art. 75 inc. 22 CN– dispone que «[l]os Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres [...]» (art. 5, inc. a).

En consonancia con esa directiva, los Estados también se encuentran obligados a adoptar medidas de acción positiva por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer adoptada en el ámbito de la Organización de Estados Americanos –«**Convención Belém do Pará**», aprobada según ley 24.632–.

Entre las diversas obligaciones asumidas, se encuentran: «[...] incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso [...]» (conf. art. 7, inc. c); «[...] adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad [...]» (conf. art. 7, inc. d); y «[...] tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer [...]» (conf. art. 7, inc. e).

Además, los Estados se han obligado a adoptar medidas específicas, que incluyen «[...] fomentar el conocimiento y la observancia del derecho de la mujer a una vida libre de violencia, y el derecho de la mujer a que se respeten y protejan sus derechos humanos [...]» y «[...] modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitiman o exacerbaban la violencia contra la mujer [...]»; y a «[...] fomentar y apoyar programas de educación gubernamentales y del sector privado destinados a concientizar al público sobre los problemas relacionados con la violencia contra la mujer, los recursos legales y la reparación que corresponda [...]» (conf. art. 8, incs. a, b y e).

En el orden interno, la ley 26.845 –a la que la provincia de Mendoza adhirió según ley 8.226–, prevé que el Estado debe promover «[...] campañas de educación y capacitación orientadas a la comunidad para informar, concientizar y prevenir la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales [...]» (art. 10, inc. 1) y, más específicamente «[...] programas de reeducación destinados a los hombres que ejercen violencia [...]» (art. 10, inc. 7).

En ese marco, la ley provincial 8.932 que creó el «Programa de Centros de Abordaje del Agresor en el marco de la lucha contra la Violencia de Género» (art. 1) con el objeto de brindar tratamiento especializado e interdisciplinario a agresores, ya sea que asistan de forma voluntaria o por orden judicial (art. 3) luce como un instrumento legal adecuado para el cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos y la manda nacional antes reseñada.

Lo mismo sucede con los programas reflexivos, educativos o psicosociales tendientes a la modificación de conductas violentas, establecidos por las **leyes 2.785 y 2.786 de la provincia de Neuquén**, a los que se remite en el resolutivo de la sentencia recurrida. Y, finalmente, una tercera razón para ratificar la regla impuesta consiste en que –contrariamente a lo sostenido en el voto preopinante– a mi criterio no se trata de una medida que vulnere el principio de legalidad por no estar enunciada expresamente en alguno de los incisos del art. 27 bis del CP. En este punto, resulta decisiva la lectura íntegra de la norma penal en cuestión. Según entiendo, la interpretación armónica de los distintos preceptos contenidos en el art. 27 bis del CP con el resto del ordenamiento jurídico permite sostener que la participación en programas como el indicado pueden constituir una regla de conducta, en tanto sean entendidos como instancia de información, capacitación, reflexión y educación en los términos de la normativa vigente. Veamos esto en más detalle.

La condicionalidad de la ejecución de la pena es una posibilidad que la ley prevé para evitar los perniciosos efectos de las penas de prisión de corta duración en autores primarios. Por tratarse de una medida condicionada, requiere que la persona condenada cumpla con ciertas exigencias, caso contrario, la pena de prisión puede ejecutarse (conf. art. 27 bis CP, último párrafo).

Las exigencias en cuestión están enumeradas y responden a la finalidad de «prevenir la comisión de nuevos delitos» (art. 27 bis CP, primer párrafo). Sin embargo, la enumeración no es absolutamente taxativa puesto que, conforme al tercer párrafo de la norma, «[l]as reglas podrán ser modificadas por el Tribunal según resulte conveniente al caso [...]». Encuentro claro que el legislador ha previsto la posibilidad de que el juzgador adapte las reglas, tal como están enumeradas, a las necesidades del caso concreto. A su vez, el parámetro para evaluar la razonabilidad de esa adaptación está en la propia norma, que establece con claridad cuál es la finalidad de las reglas de conducta en cuestión. Como he tenido oportunidad de referir en el **plenario «Carpintero Sbarbat»**, la finalidad de la norma resulta un criterio interpretativo relevante al momento de determinar su sentido y alcance. A aquéllas consideraciones me remito, en lo que resultan pertinentes al caso.

Además, debe tenerse presente que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha ratificado en numerosas oportunidades a la finalidad de la ley como criterio interpretativo. Así, ha señalado que al momento de interpretar una norma, cualquiera sea su índole, debe tenerse primordialmente en cuenta su finalidad (Fallos: 305:1262; 322:1090; 330:2192; 344:1810), ello, toda vez que no es siempre método recomendable el atenerse estrictamente a las palabras de la ley, ya que el espíritu que la nutre ha de determinarse en procura de una aplicación racional, que elimine el riesgo de un formalismo paralizante (Fallos: 326:2095; 329:3666; 330:2093; 344:223), dado que lo importante no es ceñirse a rígidas pautas gramaticales sino computar el significado profundo de las normas (Fallos: 344:2591).

En ese sentido, también sostuvo que los magistrados al momento de juzgar no pueden dejar de evaluar la intención del legislador y el espíritu de la norma (Fallos: 323:3139), y que la interpretación de la ley debe practicarse teniendo en cuenta la finalidad perseguida por las normas (Fallos: 284:9); indagando, por encima de lo que ellas parecen decir literalmente, lo que dicen jurídicamente (Fallos: 294:29).

En otras oportunidades, ha explicado que debe preferirse siempre la interpretación que favorezca a los fines que inspiran la ley y no la que los dificulte (Fallos: 326:3679; 330:2093; 344:223; 344:2513), y que al interpretar una norma, es necesario indagar la ratio legis y el espíritu de la misma, extremos que no deben ser obviados por posibles imperfecciones técnicas de la instrumentación legal, precisamente, para evitar la frustración de los objetivos del precepto legal (Fallos: 344:1539).

Ello, ya que no es el espíritu de la ley el que debe subordinarse a las palabras sino éstas a aquél, máxime cuando aquella «ratio» se vincula con principios constitucionales que siempre han de prevalecer en la interpretación de las leyes (Fallos: 323:212).

Por eso entiendo que la posibilidad de adaptar las reglas de conducta a las necesidades del caso no torna meramente enunciativa la enumeración de reglas de conducta previa –lo que, a mi juicio, desnaturalizaría los fines de esa norma y vulneraría el principio de legalidad–, pero sí permite adecuarlas a las circunstancias concretas.

En este caso, permite tomar en cuenta el contexto de género que atraviesa el conflicto analizado. En este caso, el «Programa de Abordaje del Agresor Sexual en el marco de la lucha contra la Violencia de Género» creado por la ley 8.932 de Mendoza y el Dispositivo de Atención a Varones (DAV), del Ministerio de Ciudadanía de la provincia de Neuquén, que funciona desde 2.018 en el marco de las leyes antes mencionadas, lucen como mecanismos adecuados a los fines preventivos, en particular los preventivo-especiales positivos por cuanto están orientados a «desaprender el modelo de conductas violentas» (**art. 7, inc. c, de la ley 2.785 de Neuquén**), mediante la revisión de prácticas vinculares atravesadas por el ejercicio de violencias a través de espacios de reflexión grupal que posibilitan «repensar representaciones, emociones y acciones cotidianas con el fin de prevenir la reincidencia de conductas agresivas» (v. expte. D-864/18, Legislatura de Neuquén), o bien para «orientar al agresor [...]» y «trabajar estereotipos patriarcales, roles sexuales, control de los impulsos [...] haciendo hincapié en las nuevas masculinidades» (art. 4 Ley 8.932).

El deber de incorporar la perspectiva de géneros en la administración de justicia implica, entre otras expresiones, reconocer su rol también en la interpretación de las normas aparentemente neutras (ver, al respecto, «Zurita», «Tizza», «Di Césare Melli», entre otros). Si ese deber se conjuga con la facultad judicial de modificar las reglas según resulte conveniente al caso (art. 27 bis inc. 3 CP), la pertinencia de ordenar la intervención de dispositivos estatales que tienen por finalidad dar cumplimiento a las obligaciones estatales en materia de protección y garantía de derechos humanos de las mujeres luce, cuanto menos, como razonable.

Y si, a su vez, tal decisión se pasa por el tamiz de la finalidad con la que en el artículo se eligen las reglas que resultan procedentes –esto es, prevenir la comisión de nuevos delitos–, no sólo no se observa una inconsistencia entre la finalidad perseguida y la herramienta propuesta sino que, contrariamente, puede sostenerse que la regla de conducta en cuestión permite aportar herramientas sustanciales y pertinentes para realizar el fin de la norma.

No obstante, debo dejar claro que, según entiendo, los tratamientos médicos compulsivos implican una injerencia en la esfera personal que los torna vulneratorios de la dignidad humana.

[La Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657](#)

En particular, **la Ley Nacional de Salud Mental –n° 26.657–** dispone que los tratamientos en materia de salud mental requieren el consentimiento informado de la persona tratada (art. 10). Por ello, la utilización de los mencionados dispositivos, creados por leyes provinciales, en el marco de leyes nacionales y compromisos internacionales, debe ajustarse armónicamente al resto de la normativa, cuando por la naturaleza de la intervención que se pretenda corresponda. Esto tiene una consecuencia que debo dejar clara: en la medida en que la participación en el «**Programa de Abordaje del Agresor Sexual en el marco de la lucha contra la Violencia de Género**» –o su par neuquino– implique un tratamiento psicológico, el condenado puede negarse a su cumplimiento. De hacerlo, la judicatura se encuentra habilitada, más no

obligada (art. 27 bis del CP, último párrafo), para revocar la condicionalidad. Las circunstancias de cada caso concreto son las que permitirán definir la razonabilidad de cada decisión.

Podría pensarse que esta conclusión conduce a tornar compulsiva la asistencia al programa de referencia, aún en los casos en que implique un tratamiento. Es decir, que pueda significar un tratamiento compulsivo contrario a la normativa antes citada.

Sin embargo, esta interpretación sería errónea.

En los casos de condenas de ejecución condicional, el dolor penal es sustituido por una tarea u obligación, que opera como equivalente funcional a la pena.

Creo que, cuando el Estado le ofrece al condenado la posibilidad de sustituir el dolor de la pena por la participación en programas de reflexión de conductas de varones agresores, le ofrece la posibilidad de cooperar en la preservación de los derechos de las mujeres.

Es también deber de la ciudadanía cooperar en un estado de libertades que garantice los derechos de las demás personas –en este caso, mujeres–, y por tanto es legítimo que el Estado revoque la condicionalidad si el condenado decide voluntariamente no cooperar en esa protección (**v. PAWLIK, M., 2016, Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades, Barcelona, Atelier**).

En conclusión, la regla de conducta en cuestión debe ser ratificada en esta instancia, en primer lugar, porque aparece pertinente en el caso concreto; en segundo orden, porque supone el cumplimiento de obligaciones legales e internacionales del Estado; y en tercer lugar porque no afecta ninguna garantía o derecho del acusado. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere al voto del Dr. Palermo. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, EN VOTO AMPLIATORIO, DIJO: Comparto la solución y la postura desarrollada por el Ministro que me precede en cuanto a la interpretación y alcance de las **reglas de conducta previstas en el art. 27 bis del CP**.

En particular, destaco la pertinencia y necesidad de recurrir a los distintos programas dispuestos como ámbitos de reflexión y aprendizaje para los hombres agresores en casos de violencia contra la mujer por razones de género.

Ello, a fin de dar cumplimiento a los compromisos convencionales asumidos en la materia, que tienen como principal objetivo brindar una protección integral a este sector vulnerable de la población.

En este sentido, debe considerarse que los prejuicios y roles estereotipados atribuidos a la masculinidad tradicional, contribuyen en gran medida a sostener las desigualdades de género, que son la causa principal de las distintas violencias ejercidas contra las mujeres.

Al respecto, sostuve en el **precedente «Martínez Fernández»** que «[...] las masculinidades en tanto hacen referencia a los modos en que los varones son socializados y a los discursos y prácticas asociados con las diversas formas de ser hombre en nuestra cultura occidental, promueven un modelo de género denominado **«masculinidad hegemónica»** que le otorga mayor valor a lo masculino por sobre lo femenino e impulsa en los hombres ciertos comportamientos competitivos, la demostración de virilidad, la búsqueda del riesgo y hasta el uso de la violencia en determinadas circunstancias».

Destiqué también en el citado precedente que «[...] estos mandatos son internalizados por el varón a través de una serie de mecanismos de socialización, consistentes en prácticas y discursos, donde –a modo de ejemplo– se motiva el uso de la fuerza y el menosprecio **por mujeres y personas LGBTI**, a demostrar constante virilidad hacia el interior de grupos de pertenencia, entre otros mandatos». Sostuve también en el **precedente Di Cesare Melli**, respecto a la instauración de las estructuras patriarcales, que «[...] para

Segato el término «masculinidad» representa una identidad de un estatus que engloba, sintetiza y confunde poder sexual, poder social y poder de muerte.

Refiere que los «hombres», según dice **Ken Plummer**, «[...] se autodefinen a partir de su cultura como personas con necesidad de estar en control, un proceso que comienzan a aprender en la primera infancia. Si este núcleo de control desaparece o se pone en duda, puede producirse una reacción a esa vulnerabilidad» (**Segato, Rita Laura, «Las estructuras elementales de la violencia», Ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos, Ed. Universidad Nacional de Quilmes, 2003, p., p.37).**

Conforme a los conceptos brevemente reseñados, es que entiendo necesario recurrir a los programas de abordajes para agresores contra mujeres, a fin de cumplir con la manda convencional que ordena remover patrones estereotipados de conductas que contribuyen a mantener y reproducir las desigualdades de género, aspecto al que ya me he referido en anteriores pronunciamientos (ver, «Gaudencio Costa», «González Pringles y, más recientemente, «González Sosa»). ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de la cuestión anterior, corresponde dejar sin efecto la regla de conducta estipulada en el apartado “g” del resolutivo n° II de la sentencia recurrida, confirmando la misma en todos sus demás aspectos. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de G. A. G. A. y, en consecuencia, dejar sin efecto la regla de conducta estipulada en el apartado “g” del resolutivo n° II de la sentencia recurrida, confirmando la misma en todos sus demás aspectos.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. Cúmplase. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

8- SANCHEZ CORDOBA. 15-12-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	-	-	AF	PCE	-	-	A	-	CR	PU	-	-	-	474

Web: <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=962>

Lex: Art. 149 bis, 1° párrafo, 2° parte, 1° supuesto, 55 y 149 ter, inc. 1, en función con el art. 149 bis, 2° párrafo del CP

Vox: Amenazas agravadas por el uso de arma de fuego. Concurso real. Coacciones agravadas por el uso de arma de fuego. Unificación. Delito formal.

Summa:

El **TPC** condenó al nombrado a la pena de **tres años y dos meses de prisión** como autor penalmente responsable por los delitos de amenazas agravadas por el uso de arma de fuego en concurso real con coacciones agravadas por el uso de arma de fuego (art. 149 bis, primer párrafo, segunda parte, primer supuesto, 55 y 149 ter, inc. 1, en función con el art. 149 bis, segundo párrafo del CP) Asimismo, dicha pena resultó unificada en la **pena única de tres años y seis meses de prisión en efectivo** con la condena anterior dispuesta en sentencia firme.

La **defensa** técnica interpone recurso de casación. Art. 474 del CPP

El **Procurador General** mantiene el recurso interpuesto por la Fiscalía.

La **SCJM** resolvió hacer lugar parcialmente a lo solicitado.

Resolución cuestionada: Sentencia n°1847(18-10-21), pronunciada por el TPC N° 2-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- En este sentido valga recordar que es jurisprudencia reiterada de esta Sala, según la cual para que los defectos de fundamentación conlleven a tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalgan a su **ausencia** (LS. 186-427, 153-011; 354-218; 392-94 y 397-177, entre otros); lo que en la especie no se verifica.
- Barbosa, Orlando Norberto.
- Garay Videla. 15-05-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=52>

Parágrafos destacados.

En efecto, la idoneidad del **anuncio amedrentador no debe confundirse con la efectiva capacidad del autor para hacer el daño que anuncia**, toda vez que se trata de un **delito formal**, es decir que se perfecciona con la mera utilización de la amenaza, independientemente del resultado obtenido.

SCJM. Dres.: **Valerio**. Palermo. Adaro (Licencia).

Fallo.

CUJ: 13-06790988-1/1((018602-10308)) F C/ SANCHEZ CORDOBA LUIS, SANCHEZ CORDOBA ROMINA, CORDOBA GAITAN MIRTHA Y SANCHEZ PINO LUIS P/ COACIONES Y ACUM. P-12642/17 F C/ SANCHEZ CORDOBA LUIS ALBERTO P/ TENENCIA ILEG Y 31518/19 F C/ DIAZ BUSTOS PAMELA MABEL P/ TENENCIA ILEGAL (10308/17) (31518/19) (12642/17) (10308) (12642) (31518) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106045411*

En Mendoza, a quince días del mes de diciembre del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-06790988-1/1 caratuladas “F. C/SANCHEZ CORDOBA, LUIS; SANCHEZ CORDOBA, ROMINA; CORDOBA GAITÁN, MIRTHA; SANCHEZ PINO, LUIS P/COACCIONES” S/CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero el DR. MARIO D. ADARO.

A fs. 2 obra constancia del recurso extraordinario de casación interpuesto por la defensa del condenado contra la sentencia N° 1.847 de fecha 18 de octubre de 2021 del Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial por la que se condena a Luis Alberto Sánchez Córdoba a la pena de tres años y dos meses de prisión como autor penalmente responsable por los delitos de amenazas agravadas por el uso de arma de fuego en concurso real con coacciones agravadas por el uso de arma de fuego (art. 149 bis, primer párrafo, segunda parte, primer supuesto, 55 y 149 ter, inc. 1, en función con el art. 149 bis, segundo párrafo del CP) en los autos n° P10.308/17.

Asimismo, dicha pena resultó unificada en la pena única de tres años y seis meses de prisión en efectivo con la condena anterior dispuesta en sentencia n° 468 de fecha 25 de marzo de 2019 recaída en autos n° P-110.206/16.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El tribunal impugnado, en sala unipersonal, resolvió del modo precedentemente señalado al tener por acreditados los hechos contenidos en la acusación fiscal respecto de los autos N° P-10.308/17. La plataforma fáctica acreditada por el sentenciante radica en que «[e]l día 5 de febrero de 2017 [a] las 21:30 hs, mientras la denunciante Belén Noelia Cuello Aiscorbe caminaba [...] [por] Puesto Plumas Verdes, [e]n La Favorita de ciudad, fue abordada por Luis Alberto Sánchez Córdoba y por Mauricio Enrique Peralta, [...] a bordo de una motocicleta quienes al verla detuvieron la marcha [...]. Luis Sánchez descendió [...] se dirigió hacia la denunciante [...] [y] comenzó a discutir, al tiempo que la insultaba y le arrojaba golpes de puño sin lesionarla. Seguidamente [la víctima] continuó su marcha y poco después fue abordada nuevamente por [aquéllos y] continuó discutiendo acaloradamente, [cuando] Luis Alberto Sánchez Córdoba extrajo un arma de fuego [...] de un bolsito que llevaba de color verde y le manifestó [...] que le iba a dar un tiro, para luego darse a la fuga. Minutos después Luis Alberto Sánchez Córdoba se presentó en el domicilio de la víctima [...] en Puesto Plumas Verdes [y] munido del arma referida le refirió: “Si me ponés la denuncia te voy a dar un tiro”,[y] al tiempo que le mostraba el arma le manifestó: “ya vas a ver

cuando sea más de noche, te voy a agarrar a tiros”. Segundos después se presentaron en el domicilio [...] detallado, Romina Vanesa Sánchez Córdoba, hermana del agresor, Mirta Beatriz Córdoba, y Luis Alberto Sánchez Pino, éstos últimos progenitores del mismo, [y] le manifestaron [...] que ellos también la iban a hacer cagar y le iban a pegar si hacía la denuncia». A estos efectos, el tribunal de sentencia valoró las declaraciones prestadas en audiencia de debate por la denunciante Belén Cuello, su hermana Soledad, los funcionarios policiales Luis Marcelo Lucero Flores, Mario Pedro Arancibia, Rodríguez, Franco Juárez Juárez, Max Guillermo Leonardo Lusso, y Jéssica Morales Navarro así como el resto de los elementos de prueba válidamente incorporados.

2.- El recurso de casación

La defensa de Sánchez Córdoba formula recurso de casación contra la sentencia arriba individualizada y sostiene que ésta es arbitraria porque no logra acceder al estado convictivo requerido para la certeza positiva de culpabilidad.

Añade que de las declaraciones de los testigos surge que no existió amedrentamiento, coacción, ni se vulneró la libertad de acción de las víctimas, resultando una situación atípica. Al efecto, considera que tanto la víctima como su hermana han referido la existencia de una discusión acalorada por una cuestión familiar; que ambos –testigos e imputados– son conocidos y que existía una relación casi familiar porque el acusado ha sido novio de la hermana de la denunciante. Añade que existe errónea aplicación de la ley sustantiva pues de la valoración de la prueba surge la inexistencia del delito. No hubo amedrentamiento ni se ha logrado vulnerar su libertad, debiendo el hecho ser analizado en el contexto cultural en que los intervinientes se manejan.

Entiende que es muestra de ello que la víctima y su hermana trabajaban en una panadería con el padre de Sánchez Córdoba e incluso siguieron haciéndolo luego del hecho. Solicita, en tanto no se dan los elementos subjetivos del delito, se absuelva lisa y llanamente a su pupilo procesal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General se pronuncia a fs. 5 por el rechazo formal en tanto la defensa acompaña únicamente el formulario establecido por la **Acordada 29.051**, sin que consten los motivos de agravios concretos que permitan la revisión de la sentencia que impugna. Cita al efecto doctrina y jurisprudencia nacional y de esta Sala.

Fijada la audiencia correspondiente para informar el recurso en forma oral, el representante del Ministerio Público reitera este parecer al entender que no debe habilitarse la instancia por ser sustancialmente improcedente en orden a los arts. 480, 481 y 461 del CPP. Al ingresar en el análisis del fondo del recurso, el Procurador se pronuncia por su rechazo, al afirmar que la inmediatez, el contradictorio y la continuidad que sobre los hechos y la prueba que tiene en el debate el juez de sentencia, permite valorar si ha habido afectación de las víctimas por las amenazas proferidas. En función de ello, concluye en que no se advierte que la crítica de la defensa logre romper con esa valoración de la prueba, efectuada a la luz de las reglas de la sana crítica racional.

Por lo expuesto, solicita el rechazo del recurso articulado.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Puesto a resolver el recurso promovido por la defensa del acusado, corresponde adelantar que, por las razones que a continuación se exponen, debe rechazarse la impugnación.

De manera preliminar, debo señalar que los agravios impulsados pretenden fundamentar la arbitraria motivación de la sentencia al determinar los requisitos típicos de los delitos atribuidos en orden a los hechos probados.

Para ello, la defensa quita mérito probatorio a la prueba rendida.

Sin embargo, y como se explicará, los elementos de convicción que obran en la causa han sido valorados por el juez de la instancia previa siguiendo los principios de la sana crítica racional, la lógica y la experiencia. Ello, ha dotado a dicho acto sentencial de la motivación necesaria para ser considerado un acto jurisdiccional válido que no adolece de falencias que ameriten su anulación.

En este sentido valga recordar que es jurisprudencia reiterada de esta Sala, según la cual para que los defectos de fundamentación conlleven a tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalgan a su **ausencia** (LS. 186-427, 153-011; 354-218; 392-94 y 397-177, entre otros); lo que en la especie no se verifica.

Como ya señalé, el planteo de la defensa se centra en un único tema a dilucidar, si los dichos proferidos por el acusado han tenido entidad suficiente para generar el amedrentamiento y por consiguiente la lesión a la libertad psíquica requerida por las figuras de amenazas y coacciones, éstas últimas además agravadas por el uso de arma.

A partir de ello, la defensa deriva que los hechos atribuidos serían atípicos. Ello, pues la propia defensa reconoce expresamente los hechos e, incluso, no discute el uso del arma de fuego por Sánchez Córdoba en aquéllos.

Estimo fundamental, para la resolución del recurso interpuesto, analizar la valoración que el juez de la instancia anterior realizó de la declaración de Belén Cuello.

Al respecto, cabe señalar, tal como efectivamente consigna el juez de la instancia anterior en sus fundamentos orales, que la víctima radicó denuncia en forma casi inmediata con la consecución de los hechos.

A ello debe adunarse la particular forma en que el testimonio comenzó a rendirse durante el debate oral. En efecto, aquélla comenzó su relato con la minimización de los hechos, pretendiendo encauzar los mismos, de forma evidentemente desincriminante, al fragor de una discusión y afirmando que el acusado nunca la había amenazado (véase soporte audiovisual, 18.10.2021, minutos 00:06:10 a 00:26:23).

Ante las innumerables contradicciones y la solicitud, luego de otorgar derecho a la defensa de interrogar a la misma, de compulsas y detención por el delito de falso testimonio del fiscal, la testigo reconsideró su situación, y expresamente dijo, «[...] si me va a detener entonces digo la verdad porque estoy mintiendo para no tener problemas [...]», para luego agregar, «[a]hora estoy mintiendo, lo que dije antes era la verdad [...]». Seguidamente, explicó que en ocasión de llegar a la audiencia, se encontró con la hermana y madre del acusado, quienes le dijeron si podía cambiar la declaración (véase soporte audiovisual, 15.09.2021, minutos 00:30:53 a 00:41:00).

Tal como señalara el juez de sentencia, Belén Cuello luego ratificó los hechos contenidos en la acusación fiscal. Así sostuvo, «[...] todo lo que leí recién pasó, lo que me leyó, lo del bolsito, lo del arma, que me pegó, que me amenazaba, es verdad pero no lo quiero decir porque tengo miedo [...]». Luego, especificó que «[...] ese día venía saliendo y me lo encontré solo en la moto, bajó, empezó a insultar a decirme cosas [...] gorda culiada [...] ya vas a ver [decía]. Me pegó, me dio una piña [...] en el hombro derecho, vino mi hermana corriendo que tenía una cadena y de ahí nos empezamos a pelear, lo agarré a cadenas y ahí él me amenazó con el arma [...]. Empecé a gritar [...] me decía “si ahora te pego” [...]» (véase soporte audiovisual, 15.09.2021, minutos 00:43:00 y ss). Agregó luego que expresamente le dijo «[...] si me ponés

la denuncia te voy a dar un tiro, ya vas a ver gorda culiada [...]» (véase soporte audiovisual, 15.09.2021, minutos 00:48:40 y ss). Hizo mención a los dos momentos en que se desarrolló el hecho, a las amenazas proferidas por el hermano y la madre del acusado y, en cuanto al arma utilizada, refirió que era de color negro, grande y que la sacó de debajo del asiento de la moto y de dentro de un bolsito pequeño (ver soporte audiovisual del día 15.09.2021, minutos 00:50:00 y ss).

En orden a los motivos desincriminantes que aporta la defensa para minimizar el impacto anímico de los hechos ocurridos, Belén Cuello reconoció que trabajó en la panadería con la familia de Sánchez Córdoba, pero explicó que las cosas se apaciguaron, que éste se encontraba detenido, que la madre tiene un merendero y le ofreció trabajo y que ello sucedió después de dos años (ver soporte audiovisual del día 15.09.2021, minutos 00:58:00 y ss).

Explicó también el origen de los hechos, referido a discusiones acerca del robo de un cerdo pequeño por parte de los sobrinos y unos parlantes a una vecina de la zona.

Por su parte, la hermana de la víctima, Yanina Cuello, al momento de declarar se mostró bastante reticente y con algunas discrepancias pero, sin embargo, ellas fueron consideradas insuficientes por el sentenciante para desvirtuar el relato de la víctima.

En lo aquí relevante, debe señalarse que la testigo confirmó la existencia de los hechos, aun cuando adujo haber sabido de ellos por parte de su hermana e, incluso, refirió haber sentido miedo por las niñas (véase soporte audiovisual del 15.09.2021, a partir del minuto 01:06:13 y ss).

A estos testimonios, y en un análisis completo del plexo probatorio rendido, el juez de la instancia previa sumó, a fin de tener por acreditada la intervención del acusado en el hecho, la ponderación de las actuaciones policiales, ratificadas por los actuantes en el momento del debate, los llamados al CEO y el resultado del allanamiento realizado en el domicilio de Puesto Las Tunas. Este último arrojó el hallazgo en el dormitorio que utiliza Sánchez Córdoba de un arma de fuego que se encontraba dentro de un bolso pequeño –como el descrito por Cuello–.

A partir de allí, el sentenciante válidamente infirió que la versión de la denunciante es la que coincidía con lo sucedido (ver fundamentos, registro audiovisual, 18.10. 2021, minutos 00:45:35 y ss.).

En este orden, debe destacarse que desde el inicio de las actuaciones las circunstancias referidas por la víctima fueron volcadas en el acta de procedimiento de fs. 1 –identificación del agresor y descripción del arma utilizada–, en la denuncia que fuera recibida a dos horas de la comisión de los hechos –fs. 4/5–, acta de allanamiento de fs. 24/26 con el secuestro referido del arma y en un bolsito similar al descrito por Cuello así como en las constancias del CEO de fs. 125.

De la prueba rendida efectivamente puede colegirse, tal como lo hace el juez de sentencia, que tanto la materialidad del hecho como la autoría del acusado se encuentra debidamente acreditadas. Asimismo, la valoración de la prueba en la instancia previa, no ha sido sino en absoluto respecto a las reglas de la sana crítica racional, surgiendo evidente los dichos amenazantes proferidos a Cuello a los que, en un segundo momento, el acusado sumó el uso del arma de fuego la que, además resultó secuestrada en la vivienda en la que moraba aquél.

En este sentido, el juez de sentencia estimó, acertadamente, que se estaba en presencia de un solo hecho que presentaba dos momentos en un mismo contexto, uno inicial en que los hechos configuran el delito de amenazas simples agravadas por el uso de arma de fuego y un segundo tramo, cuando el acusado se presentó con posterioridad en el domicilio de Cuello y cometió el delito de coacciones con armas.

Ello, por cuanto profirió las amenazas con la finalidad de evitar que aquella radique denuncia de los hechos. En ambos casos, el sentenciante puntualizó las características que las amenazas debían reunir en orden a los tipos penales endilgados (ver fundamentos orales, minutos 00:53:00 y ss.).

En mérito a ello, no resulta procedente el agravio de la defensa, según el cual las amenazas no revisten la entidad requerida por el tipo, por la falta de amedrentamiento alegada al efecto. En este sentido, y más allá que no brinda sustento a su afirmación, únicamente alega una supuesta relación que habría mejorado en el tiempo entre Cuello y la familia Sánchez.

Al respecto, y sobre ello, debe señalarse que la denunciante también brindó explicación al efecto. Sostuvo que habían transcurrido más de dos años desde que ocurrió el hecho hasta que comenzó su trabajo con la familia Sánchez, y que en dicho tiempo no había tenido contacto con el acusado, pues había estado detenido. Por su parte, y en relación con la idoneidad de las amenazas, corresponde tener en cuenta lo que este Tribunal ha señalado en diversos precedentes.

En efecto, la idoneidad del **anuncio amedrentador no debe confundirse con la efectiva capacidad del autor para hacer el daño que anuncia**, toda vez que se trata de un delito formal, es decir que se perfecciona con la mera utilización de la amenaza, independientemente del resultado obtenido (ver, al respecto, «Barbosa, Orlando Norberto», «Garay Videla»).

En síntesis, el completo análisis del mérito que de la prueba hizo el juzgador, generó en éste la certeza de condena requerida procesalmente y concluyó en una sentencia en la que no se advierte arbitrariedad ni carencia de motivación en cuanto a la responsabilidad del acusado en orden al delito cometido.

De allí, el agravio del recurrente en este sentido aparece como una mera discrepancia que no logra desvirtuar el razonamiento del sentenciante, lo que motiva su rechazo. Por lo expuesto, corresponde contestar de manera negativa a la primera cuestión planteada y, en consecuencia, corresponde rechazar el recurso de casación promovido y confirmar la sentencia criticada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede. SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas al acusado vencido y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado Luis Alberto Sánchez Córdoba.
- 2.- Imponer las costas al acusado vencido y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 15 de diciembre de 2022.-

Capítulo VII

Delitos contra la propiedad.

Robos y Hurtos.

CAPÍTULO VII. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD. Robos y Hurtos.

1- ROMERO ARCE, Jonathan Ariel. 18-03-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 54	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	B	M	ANA	PCE	-	-	CO	-	CI	-	-	-	-	474 262

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=765>

Lex: Art. 166, inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto; art. 167, inc. 4° en función con el art. 163, inc. 4°, art. 167, inc. 2°, art. 54 y art. 45 del CP. Art. 72 inc. 2 y 197 CPP. Art. 262 CPP.

Vox: Robo. Arma impropia. Escalamiento. Poblado y banda. Lesiones graves. Concurso ideal. Nulidad. Recusación por parentesco. Rueda de personas. Unidad de la prueba.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado, Gómez Salinas, a la pena unificada de **once años de prisión** e inhabilitación absoluta por el mismo término, como coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma, robo agravado por escalamiento y robo agravado por ser cometido en poblado y en banda, todo en concurso ideal (art. 166, inc. 2°, primer párrafo, primer supuesto; art. 167, inc. 4° en función con el art. 163, inc. 4°, art. 167, inc. 2°, art. 54 y art. 45 del CP). Asimismo, y por la duda, Romero Arce, resultó absuelto.

Los autores ingresan a una morada, despojan de numerosos bienes y causan lesiones graves a una de las víctimas, a quien le quiebran las costillas.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP). Estima que el razonamiento del sentenciante es arbitrario, equívoco e incurre en el vicio de errónea aplicación de la ley penal sustantiva. Se cuestiona: a- la intervención de la jueza de garantías, presunta hermana de la víctima. Estima que debió inhibirse. b- la calificación legal.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1467, pronunciada por el TPC N° 2-1° CJ.

Parágrafos destacados

«[...] los elementos de prueba no constituyen compartimientos estancos, porque cada uno de ellos se apoya en mayor o menor grado sobre los restantes. Unos y otros aparecen, finalmente, como los elementos de un todo, y será ese conjunto el que dará la prueba sintética y definitiva, aquella sobre la cual se podrá levantar la reconstrucción de los hechos. Las diversas pruebas presentadas en un momento dado deben ser examinadas al mismo tiempo, pues el **resultado global** es el que cuenta» (L.S. 388- 219). Y que «[...] el sistema de la sana crítica racional, se encuentra íntimamente relacionado con el **principio de la unidad de la prueba**, e impone como regla la consideración de la prueba en su conjunto, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas, que individualmente estudiadas pueden aparecer como

débiles o imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados **(L.S. 381-233; 382-107; 388-219; 398-42)» (L.S. 401-188).**

SCJM. Dres.: **Valerio.** Palermo. Adaro (Licencia).

Fallo.

CUIJ: 13-05746449-0/1((018602-731384)) FC/ ROMERO ARCE JONATHAN ARIEL, GOMEZ SALINAS HECTOR ANDRES P/ ROBO AGRAVADO (731384) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105930743*

En Mendoza, a los dieciocho días del mes de marzo del año dos mil veintidós, reunida la sala segunda de la suprema corte de justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-05746449-0/1 caratulada "FC/ ROMERO ARCE JONATHAN ARIEL Y GOMEZ SALINAS HECTOR ANDRES P/ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA, ROBO AGRAVADO POR ESCALAMIENTO Y ROBO POR SER EN POBLADO Y EN BANDA EN CONCURSO IDEAL S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. MARIO D. ADARO.

La defensa de Héctor Andrés Gómez Salinas interpone recurso de casación contra la sentencia n° 1467, pronunciada por el Tribunal Penal Colegiado N° 2, que condenó a aquél a la pena unificada de 11 años de prisión e inhabilitación absoluta por el mismo término. Ello por encontrarlo coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma, robo agravado por escalamiento y robo agravado por ser cometido en poblado y en banda, todo en concurso ideal (art. 166, inc. 2°, primer párrafo, primer supuesto; art. 167, inc. 4° en función con el art. 163, inc. 4°, art. 167, inc. 2°, art. 54 y art. 45 del CP).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La resolución cuestionada por la defensa, en su parte pertinente, ha tenido por acreditado que «[...] el 17 de julio de 2019 a las 08:05 horas aproximadamente, al menos tres sujetos, [uno de ellos luego identificado] como Héctor Andrés Gómez Salinas, previo escalar el cierre perimetral de más de dos metros de altura, ingresaron al domicilio sito en calle Río Blanco 4358 de Chacras de Coria, Luján de Cuyo, en donde sorprendieron a la víctima, Nélica Motta, en la puerta de ingreso principal de la vivienda, la metieron al interior de la misma, la amordazaron y le pidieron oro y dinero en efectivo, revisando posteriormente la vivienda. Al lugar llegaron familiares de la víctima, siendo ellos, Verónica López, María Victoria López y Mario López, quienes fueron agredidos y maniatados por los encartados, mientras uno de ellos, munido con un cuchillo, amenazaba a María Vitoria López, dejándola luego encerrada en el baño. Seguidamente los inculos se dieron a la fuga del domicilio en una camioneta marca VW Saveiro gris, sustrayendo una camioneta marca Baic, dominio AC 946 XY, de color blanco, dinero en efectivo, y una gran cantidad de electrodomésticos, teléfonos celulares, televisores y artículos personales de las víctimas. Posteriormente, en su huida los encartados abandonaron la camioneta sustraída en los alrededores del Barrio Las Pircas de Godoy Cruz y fueron aprehendidos en calle Rioja n° 1419 de ciudad, juntamente con parte de los elementos sustraídos a las víctimas».

Para así decidir, el tribunal valoró, entre los principales elementos probatorios, las declaraciones testimoniales de Hernán Rodrigo Garay, Juan Matías Molina Jofré, Pablo Jesús Miranda, Jorge José Antonio Carranza, María Victoria López Motta, Nélica Alicia Motta Uristi y Mauro Guillermo López entre

otros, el acta de procedimiento y croquis ilustrativo de fs. 1/2, el informe técnico de personal de Policía Científica de fs. 36 y 40, así como los informes físicos efectuados por el CMF a las víctimas María Victoria López, Nélide Alicia Motta y Mario Alberto López Cano.

2.- Recurso de casación

El recurso de casación se articula en función del inc. 2 del art. 474 del CPP, por considerar que la sentencia puesta en crisis adolece de **vicios formales** que la invalidan como acto jurisdiccional válido.

En primer lugar, la defensa refiere la existencia de arbitrariedad manifiesta por omisión de valoración de prueba fundamental que habría permitido establecer la relación existente entre Nélide Alicia Motta, su esposo e hijas, con la **Dra. Lucía Motta**, quién se habría hecho presente en el lugar del suceso **como jueza de garantías**.

Ello habría provocado desde ese momento irregularidades en la causa, por su intervención viciada de parcialidad y, consecuentemente, la nulidad absoluta en relación con todos los actos posteriores del proceso. A su criterio, **la nulidad** debió ser declarada por el tribunal de oficio de conformidad al art. 200 y 203 del CPP.

En este entendimiento considera el recurrente que el juzgador no valoró debidamente la declaración de **Nélide Alicia Motta quién dijo que Lucía Motta era su hermana (recurso, fs. 930) pero, sin embargo, no consideró acreditada la relación parental entre víctimas y la jueza interviniente** (recurso, fs. 930 vta.).

En segundo lugar, expresa que existe arbitrariedad en el juzgador al entender que en el **reconocimiento en rueda de personas de fs. 298 resultó decisivo el señalamiento que Verónica Alicia López Motta hizo de Gómez Salinas, quien ocupaba el lugar n° 2 de la rueda e identificándolo** como el sujeto que estaba en el auto estacionado cuando llegaron al domicilio y que le dijo que estaba esperando a Nélide Alicia Motta.

Sin embargo, expresa la defensa que la otra víctima, María Victoria López Motta, según consta en acta de fs. 299, **reconoció a Romero Arce como el sujeto que hacía de «campana»**.

Por tales razones, expresa que ante tales diferencias, el juez efectuó un **razonamiento in malam partem**, antojadizo y arbitrario al concluir que **no era Arce el «campana», sino Gómez Salinas**, por el solo hecho de que Verónica Alicia López Motta se encontró cara a cara con el acusado, a plena luz del día, en una situación distendida lo que lo lleva a conferir plena eficacia a aquel reconocimiento efectuado a escasos días de la ocurrencia del hecho investigado.

En el mismo sentido, **cuestiona el valor de indicio dirimente asignado por el juzgador al informe sobre la huella** genética digitalizada de fs. 538/541.

En este sentido, alega arbitrariedad en el razonamiento del juzgador al no valorar el descargo formulado por el acusado. Por ello entiende que la **huella genética digitalizada constituye, a su criterio, un indicio anfibológico** (recurso, fs. 933).

En tercer lugar, se agravia por **falta de motivación suficiente de la calificación legal de robo agravado con arma**.

Considera sobre ello que el arma no fue blandida de modo intimidatorio con lo cual no debería aplicarse la agravante requerida. Agrega que, según se desprende de las testimoniales de María Victoria López, Mario Alberto López Cano y de Nélide Alicia Motta, el arma blanca fue utilizada cuando ya habían sido despojados de sus bienes. Finalmente, formula reserva de caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 966/969 el Procurador General contesta la vista de ley y aconseja el rechazo del recurso de casación articulado. Ello en tanto el defensor intenta una revisión ex novo de todo lo sucedido en el debate, que

fue objeto de contradicción y análisis por el juez de la instancia previa, y fallado acorde las exigencias procesales vigentes.

En relación con la intervención de la jueza de garantías, entiende que no existió en ningún momento del proceso y hasta el debate ningún planteo defensivo, ni fue introducida por los litigantes la relación que ahora se cuestiona.

Así, en tanto el juez debe ceñirse al contradictorio, **no puede expedirse oficiosamente sobre un punto no controvertido ni indagado en la investigación penal preparatoria.**

En cuanto a la utilización **del cuchillo** considera que, del testimonio de las víctimas, surge acreditado que el acusado **blandía ese elemento en forma amenazante e intimidatoria**, con lo cual el agravio no tiene basamento para ser recibido en esta instancia recursiva.

En el mismo sentido, el señor Procurador desestima lo relativo a los cuestionamientos vinculados con el **reconocimiento en rueda de personas**, en tanto considera que carece de la relevancia que pretende la defensa y es un indicio más de la participación **de Gómez Salinas** el hecho de que una de las testigos lo señale como **«campana»**.

Finalmente **descarta el agravio relativo al informe sobre la huella genética que determina que el ADN perteneciente al imputado Gómez Salinas.**

Ello debido a que es un indicio concreto de su participación en el hecho porque **fue encontrada en uno de los vehículos que fue utilizado para el asalto**. Por ello entiende que no puede ser de recibo la explicación del acusado sobre cómo habría llegado al auto esa prenda, en virtud de que la realizara luego de conocer todos los datos que lo incriminan de modo que cierren adecuadamente los detalles pero que no está respaldada en ninguna prueba objetiva.

En función de las razones brindadas, estima que corresponde rechazar el recurso de casación articulado en tanto no ha existido arbitrariedad alguna debido a que en la sentencia recurrida la valoración de las pruebas e indicios se ha efectuado bajo las reglas de la sana crítica racional y la aplicación del derecho sustantivo ha sido correcta.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Puesto a resolver el recurso interpuesto **adelanto que debe ser rechazado desde que no advierto la existencia de los vicios alegados por la defensa del acusado**. Paso a explicarlo.

De manera preliminar advierto que el cuestionamiento expuesto en el recurso de casación articulado, ha sido ya planteado durante el debate oral, habiendo obtenido respuesta por parte del juzgador.

De tal manera, los motivos que alega en esta instancia la defensa no resultan suficientes para desvirtuar el razonamiento del juez de la instancia anterior.

A partir de los agravios expuestos por la defensa en su recurso en primer lugar el análisis se centrará en el abordaje de las siguientes cuestiones:

- a) intervención de la jueza de garantías durante la investigación penal preparatoria;
 - b) actos procesales producidos a raíz de su intervención; y,
 - c) legitimidad de la prueba colectada en el legajo en la que se asentó la condena impuesta a Gómez Salinas.
- La defensa denuncia, a partir de la declaración testimonial de una de las víctimas del hecho investigado, que existe un **vínculo parental entre ésta y la jueza de garantías que intervino en algunos actos de la investigación penal preparatoria.**

A partir de allí, invoca la **nulidad absoluta de todos los actos posteriores a esa intervención.**

Al respecto, y en primer orden, corresponde señalar, tal como lo afirmara el juez de la instancia anterior, que el **vínculo parental alegado no se encuentra efectivamente acreditado**.

Aún así, resulta un indicio fuerte de su existencia lo declarado por Nélica Alicia Motta.

De tal manera, de resultar una de las víctimas del hecho hermana la jueza de garantías que debía intervenir en el hecho, ésta debió inhibirse de conformidad al **art. 72, inc. 2 del CPP**.

El no seguir tal deber importa un incumplimiento de los deberes propios de la magistratura, en tanto de haber existido el vínculo parental que refiere la defensa de Gómez Salinas la jueza no debería haber tomado intervención en el caso.

Esta situación que me lleva a compartir las consideraciones del juez de anterior instancia cuando sostuvo que «[...] de comprobarse la situación [...] a no dudarlo escandalizaría al Poder Judicial, ya que quedaría ampliamente demostrada la intervención parcial de un magistrado en el curso de una investigación, que ameritaría como **mínimo una actividad disciplinaria o incluso una denuncia en el Jury de Enjuiciamiento**».

Ahora bien, no obstante la gravedad de la conducta que podría reprochársele a la magistrada, quien en la actualidad se encuentra **jubilada**, puedo sostener que los actos procesales en los que tomó intervención –tales como órdenes de allanamiento de fs. 145, 158, 162 y 171; las órdenes relativas a **la apertura y extracción de datos almacenados en los celulares secuestrados** de fs. 280, 281, 283– no tienen relevancia alguna en la acreditación del hecho ni en la determinación de la autoría del acusado Gómez Salinas.

Al respecto debe tenerse en cuenta que las actuaciones se iniciaron a instancia de la intervención de personal policial bajo las directivas del Ministerio Público Fiscal que impartió las diversas medidas practicadas y que **a la postre dieron con la identidad de los acusados**.

En efecto, producido el hecho, sus autores se dieron a la fuga en la camioneta de la víctima y en una camioneta Volkswagen Saveiro. Los vecinos advertidos por los gritos de las víctimas dieron aviso a la policía, quien dio alerta respecto de los rodados y número de personas involucradas en el hecho.

Así, personal policial encontró a la camioneta blanca propiedad de la víctima que había sido dejada cerrada en una zona de Godoy Cruz, mientras que los sujetos que conducían la marcha de la camioneta Saveiro Gris continuaron su trayecto.

Luego dejaron este último vehículo cerrado en una playa de estacionamiento en la calle Rioja de Ciudad, con los bienes sustraídos.

Entre ellos, un teléfono celular, marca Apple modelo Iphone, que tenía activado el GPS y que permitió que la localización del aparato y de la camioneta.

Al ubicar el rodado, personal policial procedió a su apertura y, a documentación allí encontrada, se solicitan ordenes de allanamiento.

Al tiempo de realizar la apertura de la camioneta Saveiro, personal policial advirtió la presencia de un vehículo Volkswagen Gol con dos integrantes en su interior, y a raíz del comportamiento extraño de ambos sujetos, se dispuso su individualización.

La identificación de ello se correspondió con **Gómez Salinas y Romero Arce**, quienes fueron requisados y se les secuestró sus teléfonos celulares. La orden fue expedida por la Dra. Motta.

Por su parte, en los allanamientos ordenados por la doctora Motta no se secuestró nada específico relacionado con el robo con armas. Sólo una gran cantidad de teléfonos celulares (ver fs. 153; 154; 155; y, 156).

Además, en la orden solicitada para la extracción de datos de los celulares no se obtuvo ningún dato en razón de que el celular de **Gómez Salinas no pudo ser desbloqueado y del celular de Romero Arce se obtuvo información parcial.**

Ahora bien, estos elementos, obtenidos a partir de actos donde tuvo intervención la Dra. Motta, no fueron valorados por el juzgador en tanto consideró que «[los] inconvenientes mencionados en la prueba instrumental acompañada y ahora valorada, me llevan a concluir que la misma está lejos de ser concluyente en torno a la participación de ambos inculos».

De tal manera, consideró que «[...] el resto de los elementos mencionados y valorados en estos fundamentos son suficientes y acreditan más allá de toda duda razonable la participación de Héctor Gómez en el hecho motivo de este debate» (fundamentos, fs. 903 vta).

De acuerdo con lo expuesto se evidencia que existe suficiente material probatorio surgido de modo independiente a la intervención de la magistrada que da cuenta de la existencia de los hechos investigados (CSJN, Fallos (310:1847; 317:1985) así como específicamente de la intervención en ellos del acusado Gómez Salinas y el juez se basó exclusivamente en ella para tener por acreditados los hechos investigados. Por otra parte, no puede pasarse por alto que la circunstancia en la que se basa no surgió por primera vez, o de modo sorpresivo, a la hora de recaer la sentencia del tribunal a quo, de modo tal que le hubiera impedido a la defensa efectuar un planteo oportuno.

La cuestión ahora esgrimida no fue sobreviniente, sino que estaba a la vista desde los inicios de la causa, merced a la intervención de la magistrada, razón por la cual la defensa tuvo reiteradas posibilidades de presentar la **recusación** de la jueza conforme a las previsiones del Código Procesal Penal.

Todas estas razones me conducen al rechazo del agravio formulado.

En segundo lugar, considero que tampoco pueden prosperar los cuestionamientos respecto a la valoración de la prueba rendida en el debate. En efecto, la labor de ponderación llevada a cabo por el juez de anterior instancia **exhibe los argumentos fácticos y jurídicos que convalidan la resolución**, mientras que el reclamo casatorio tiene un diferente criterio para la valoración de los elementos probatorios reunidos en el legajo, desde la posición defensiva, propia del ministerio que ejerce.

En este sentido resultó decisiva la declaración testimonial de María Victoria López quien narró cómo al llegar a la casa de su madre, los sujetos utilizaron un cuchillo a fin de lograr que ella y su hija menor ingresaran al baño.

Asimismo, fue clara y específica cuando explicó la manera en que el arma era empuñada con el filo hacia donde ella se encontraba, azuzándola hacia adelante y atrás.

Este testimonio resultó concordante con el de Nélide Alicia Motta que indicó que los autores usaron el cuchillo para cortarle los cordones con los que la mantuvieron atada.

A su vez, Mario López explicó que cuando se encontraba en el interior de la vivienda de su ex esposa, luego de una golpiza, cesó en su defensa cuando vio que uno de los sujetos tenía un cuchillo.

De esta manera y con los elementos probatorios prementados, surgió acreditada la materialidad del hecho, en particular la utilización del cuchillo durante el desarrollo de aquél, como también la violencia ejercida por los partícipes, las lesiones producidas por los autores y la efectiva ocurrencia del desamparamiento de cosas muebles de la víctima (fs. 232/233).

Por su parte, y en relación con la intervención del acusado en los hechos acreditados, debe destacarse el resultado positivo del reconocimiento en rueda de personas practicado por Verónica Alicia López Motta. El juzgador asignó **un valor convictivo relevante dado que la reconociente** «lo vio a escasa distancia, a plena luz del día, con quién sostuvo un breve diálogo».

Aquí la defensa cuestiona el valor de los reconocimientos practicados a través de una serie de afirmaciones que no encuentran apoyo en las constancias de la causa, tales como referir que el acto procesal fue indicativo, sin precisar concretamente el modo en que se habría producido tal falencia.

En efecto, sólo materializa su cuestionamiento a través de una referencia al número de sujetos en la formación de la rueda de reconocimiento de personas.

Sin embargo, entiendo que, conforme surge de la compulsa del legajo, no existieron observaciones o reparos por parte de la defensa técnica de Gómez Salinas, en relación con la regularidad de tales actos (fs. 298 y 299).

A lo señalado corresponde sumar, como elemento fundamental en la individualización de Gómez Salinas como interviniente el registro de **la huella genética hallado en un cuello polar, color negro, hallado en la camioneta saveiro.**

Al respecto, comparto el dictamen del Procurador cuando destaca que se trata de **un indicio concreto de su participación en el hecho** porque fue encontrado en uno de los vehículos que fueron utilizados para el asalto. No logra conmover este indicio la explicación del acusado según la cual ese día estuvo arreglando un vehículo de un cliente cerca del Corredor del Oeste y luego decidió pasar a saludar a su amigo Romero Arce, el que le pidió que lo acompañara a ver a su padre por ello de la presencia en esa playa de estacionamiento.

Ello, toda vez que dicha manifestación fue realizada una vez que se hubo conocido toda la prueba. Particularmente, en relación con el cuestionamiento de la defensa debo decir que los reparos que formula el censurante se circunscriben a pretender **asignarle carácter anfibológico, sin dar sustento a su pretensión sino sólo referir que el descargo formulado por Gómez Salinas debió prevalecer sobre aquel elemento probatorio.**

Unidad de la prueba.

Al respecto debe tenerse en cuenta lo reiteradamente afirmado por este Tribunal en el sentido de que «[...] los elementos de prueba no constituyen compartimientos estancos, porque cada uno de ellos se apoya en mayor o menor grado sobre los restantes. Unos y otros aparecen, finalmente, como los elementos de un todo, y será ese conjunto el que dará la prueba sintética y definitiva, aquélla sobre la cual se podrá levantar la reconstrucción de los hechos. Las diversas pruebas presentadas en un momento dado deben ser examinadas al mismo tiempo, pues el **resultado global** es el que cuenta» (L.S. 388- 219). Y que «[...] el sistema de la sana crítica racional, se encuentra íntimamente relacionado con el principio de la unidad de la prueba, e impone como regla la consideración de la prueba en su conjunto, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas, que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles o imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados **(L.S. 381-233; 382-107; 388-219; 398-42)» (L.S. 401-188).**

De tal manera, el análisis **conjunto de los reconocimientos en rueda** de personas realizado por Verónica Alicia López Motta y el hallazgo de la huella genética de Gómez Salinas en el cuello polar encontrado en el interior de la camioneta Saveiro, permiten tener por acreditada su intervención en el hecho.

En suma, considero que el recurso promovido, con la atribución de vicios en la motivación de la sentencia, aparece basado en afirmaciones propias y en razonamientos **que fragmentan, por su selección, la valoración de los elementos probatorios de la causa**, de tal manera que la impugnación resulta una discrepancia con la labor intelectual realizada por el tribunal de mérito en la fundamentación del fallo.

Calificación legal

En tercer lugar, entiendo que tampoco puede prosperar el cuestionamiento de la defensa respecto de la motivación de la **calificación legal asignada por el juez de sentencia**.

En tanto afirma que el arma no fue esgrimida durante la ejecución del hecho sino que fue empleada cuando ya se había producido el despojo.

Este orden el recurrente **intenta controvertir la plataforma fáctica acreditada en cuanto a la modalidad del hecho y, de esa manera, el significado jurídico de la misma**.

No obstante, según se ha explicado en párrafos que anteceden, no existen vicios formales que deslegitimen la sentencia puesta en crisis, toda vez que el tribunal de la instancia previa se ha valido de todos los elementos de prueba incorporados para confirmar la efectiva ocurrencia del desapoderamiento de las cosas muebles, la violencia desplegada por los partícipes, las lesiones producidas por los autores en las víctimas, los partícipes y los vehículos utilizados para lograr su huida.

Por lo tanto, descartado el agravio dirigido contra la valoración de la prueba y, desde allí, confirmados los extremos fácticos que conformaron los hechos tenidos por ciertos en la sentencia en sus circunstancias de tiempo, lugar y modo, aparece vacío de contenido este segmento sustantivo de la impugnación casatoria.

Este déficit provoca la ineficacia de la crítica sustantiva para concretar la pretensión del letrado defensor en cuanto solicita la absolución del acusado por la atipicidad penal de su conducta.

Por las razones expuestas, y la opinión concordante del señor Procurador General, doy respuesta negativa a la primera cuestión propuesta en el acuerdo. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede. SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO, adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO, adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 925/937 por Héctor Andrés Gómez Salinas.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 18 de marzo de 2022.-

2- CABALLERO DELGADO y ot. 18-03-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	-	M	AI	PCE	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=766>

Lex: Art. 164, 79 y 55 CP. Arts. 400 y 416 inc. 4 CPP. Art. 38 (b) Ley 9106

Vox: Robo simple. Concurso real. Homicidio con dolo eventual. Nulidad, por falta de fundamentación de la pena. Audiencia de cesura.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **trece años de prisión** de cumplimiento efectivo, como coautor penalmente responsable del delito de robo simple y autor del delito de homicidio simple, ambos en concurso real (arts. 164, 79 y 55 del Código Penal).

Caballero y Navarro cortan los cables y se apoderan ilegítimamente de una batería de Abel Airis Segundo. Este último va a reclamar y Caballero le corta el cuello, resultando la muerte de la víctima.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP). La defensa estima que ha sido valorada incorrectamente la prueba. Cuestiona el recurrente la autoría, el encuadre legal (Homicidio en riña- Art. 95 CP- en su caso) y, en forma subsidiaria, el monto de la pena impuesta.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** hizo lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado Jorge Emmanuel Caballero Delgado. Anuló la sentencia y sus fundamentos, sólo respecto de la determinación judicial de la pena, remitiendo las actuaciones al TPC. Art. 486 CPP. En tal sentido, y resultando la situación análoga a la prevista en el art. 38 de la ley n° 9106 corresponde -en tanto resulte compatible- aplicar el procedimiento previsto en el inc. "b" de la citada norma.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1555, pronunciada por el TPC N° 2, Dr. Spektot. Ftos. Orales.

Precedentes citados

a-SCJM

- Quiroga Morales. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=192>
- Sanhueza. 09-11-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=820>

SCJM. Dres.: **Valerio**. Palermo. Adaro (Licencia).

Ver fallo en CAPÍTULO I. DELITOS CONTRA LAS PERSONAS. Delitos contra la vida. Homicidios.

3- OLGUIN HERRERA y ot. 25-03-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 54	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
														474
														489
-	B	M	AI	PCE	-	-	A	-	CI	UP	-	-	N	359

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=767>

Lex: Art. 166, inc. 2, 1° párrafo, 1° supuesto, 167, inc. 2, 54, 184 inc. 1 del CP. Reglas de Brasilia. Art. 198 CPP.

Vox: Robo. Arma impropia. Poblado y banda. Concurso ideal o aparente de leyes penales. Daño agravado. Unificación de pena. Lenguaje claro. Obligación de informar. JAI cuestionado.

Summa:

El JPC N° 2, condenó al nombrado a la pena de **cinco años de prisión** por los delitos de robo agravado por el uso de arma en concurso ideal con robo agravado por ser en poblado y en banda (arts. 166 inc. 2 primer supuesto, art. 54, 167 inc. 2 CP) y daño agravado por venganza de la determinación de la autoridad (art. 184 inc. 1 CP). En la resolución se unificó la sanción impuesta en **seis años y ocho meses de prisión** con la dispuesta en la sentencia N° 219 del 22/10/18, homologando un JAI.

La defensa interpone recurso de casación y de inconstitucionalidad contra la sentencia mencionada.

El Procurador General entiende que los recursos interpuestos deben ser rechazados, **porque son extemporáneos, toda vez que en la audiencia del 4 de setiembre de 2021, las partes renunciaron a los términos para recurrir.** Sobre el recurso de inconstitucionalidad en particular, opina que no cumple con el art. 489 CPP, dado que no cuestiona la constitucionalidad de una norma.

La SCJM hizo lugar al recurso de casación, anuló **la sentencia N° 3.905**, dictada por el el JPC N° 2- 1° CJ y ordenó la remisión, a fin de que OGAP siga el trámite de ley. El juez deber de controlar que la persona acusada haya sido puesta en conocimiento acabadamente de la información relevante. El deber de informar es una responsabilidad que atañe tanto al defensor, como al fiscal interviniente y al juez

Resolución cuestionada: *Sentencia n° 3905, pronunciada por el JPC N° 2- 1° CJ.*

Precedentes citados

a-SCJM:

- «López Pros». 28-12-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=471>

Parágrafos destacados:

«[...] la **obligación de informar** adecuadamente los alcances del procedimiento de juicio abreviado no es una mera formalidad, toda vez que la aceptación de responsabilidad por un hecho con sentido jurídico penal y de una sanción, puede traer consecuencias determinadas por la situación procesal de la persona acusada que deben ser conocidas antes de tomar una decisión». Para ello, y como se dijo, el juez **debe controlar** que se le haya explicado adecuadamente a la persona acusada, en **lenguaje claro**, las implicaciones del acuerdo, asegurándose que éste las haya entendido, para lo cual puede interrogarlo y eventualmente reformular las expresiones empleadas. Este ejercicio de interacción permite descartar que la persona acusada no haya comprendido acabadamente el acuerdo y las implicancias del procedimiento abreviado, posibilitando el correcto empleo de este último. Finalmente, encuentro adecuado recordar que el compromiso del Poder Judicial de Mendoza en la

profundización de políticas de acceso a justicia mediante el uso de lenguaje claro se ha traducido en la implementación de herramientas de acceso público, disponibles en el sitio web institucional del Poder Judicial de Mendoza [www.jus.mendoza.gov.ar/web/lenguaje-claro]. Allí, las partes pueden acceder a herramientas técnicas para materializar comunicaciones y decisiones que sean comprensibles por toda la ciudadanía.

- «Legrand»; en el mismo sentido, «Maturano», «Luffi», «Fontez».
- «Egea, Mariano Raúl»
- «Prieto Valenzuela»20-10-21. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=671>

Precedentes relacionados.

- Montero Arancibia. 27-07-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=874>
Lex: Art. 164, 42, 239 y 55 del CP. Art. 4 Ley 26485. Art. 25 de la ley 4.976 de Ejercicio de la Abogacía y la Procuración.
Vox: Robo simple en grado de tentativa. Desobediencia a una orden judicial en contexto de violencia de género. Juicio abreviado cuestionado.
- Giovarrusci Bonacorci. 12-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=887>
Lex: Art. 277 inc. 1 letra c del CP
Vox: Encubrimiento. JAI cuestionado. Buena fe procesal.
- Lobato Barroso. 19-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=869>
Lex: Art. 166, inc. 2°, 2° párrafo, 167, inc. 2°, 54, 55, 90 del CP. Art. 359 CPP.
Vox: Robo. Arma impropia. Poblado y banda. Concurso ideal. Lesiones graves. Concurso real. JAI cuestionado.
- Maldonado José. 19-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=885>
Lex: Art. 167, inc. 2° CP
Vox: Robo. Poblado y banda. JAI cuestionado.
- **SCJM.** Dres.: **Palermo.** Adaro. Valerio (Licencia).

Fallo.

CUJ: 13-05768109-2/1((018502-714115)) FC/ RECABARREN Y OLGUÍN....P/..." (LAISECA) (MIRTA) (714115) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105944053*

En Mendoza, a los veinticinco días del mes de marzo del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-05768109-2/1 caratulada "F. C/ OLGUÍN HERRERA, SERGIO OMAR; RECABARREN VIDELA, RODRIGO EMANUEL S/ CASACIÓN E INCONSTITUCIONALIDAD".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO, segundo DR. MARIO D. ADARO y, tercero, DR. JOSÉ V. VALERIO.

El defensor de Sergio Omar Olguín Herrera interpone recurso de casación y de inconstitucionalidad contra la sentencia N° 3905 en tanto hace lugar al procedimiento de juicio abreviado, condenando al nombrado a la pena de cinco años de prisión por los delitos de robo agravado por el uso de arma en concurso ideal con robo agravado por ser en poblado y en banda (arts. 166 inc. 2 primer supuesto, art. 54, 167 inc. 2 CP) y daño agravado por venganza de la determinación de la autoridad (art. 184 inc. 1 CP).

En la resolución se unificó la sanción impuesta en seis años y ocho meses de prisión con la dispuesta en la sentencia N° 219 del 22/10/18.

El pronunciamiento fue dictado por el Juzgado Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver: P

PRIMERA: ¿Son procedentes los recursos interpuestos por la defensa?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La sentenciante condenó al acusado en la causa P-714.115/19, por el siguiente hecho: el 21 de mayo de 2019 a las 18.50 horas aproximadamente, en la parada de colectivos de calles Garibaldi y Montecaseros de Ciudad, el acusado y Rodrigo Emanuel Recabarren Videla, juntamente con un menor no punible, abordaron a Daniel Agustín Avaca. El acusado le apoyó un cuchillo en el abdomen del denunciante y le dijo «dame el celular o te meto una puñalada», mientras que los otros dos sujetos quedaban detrás de Olguín Herrera para asegurar su impunidad. Tras ello le sustrajo a la víctima un teléfono celular marca Motorola de la empresa Personal y los tres se dieron a la fuga del lugar. Esta fuga fue captada por personal del CEO cámaras, quienes dieron aviso a personal policial, que procedió a la aprehensión de los justiciables con lo sustraído en su poder. La condena comprende la causa P-16.913/18, en la que la acusación establece que el 24 de febrero de 2018 a las 21.40 horas aproximadamente, encontrándose Olguín Herrera en la vía pública del Barrio Fuerza y Progreso de Bermejo, Guaymallén, en las inmediaciones de calle Colombia junto a otros cuatro sujetos, al divisar la presencia policial que estaba en patrullaje preventivo por la zona, comenzó a arrojar piedras hacia la movilidad dominio AA495YU de la Unidad Especial de Patrullaje, sin mediar palabra alguna, resultando la misma dañada en la puerta anterior derecha y desprendimiento de pintura, dándose a la fuga, siendo perseguido por la fuerza pública sin perderlo de vista, aprehendiéndolo a unos trescientos metros del lugar del hecho.

Por estos delitos, calificados como robo agravado por el uso de arma en concurso ideal con robo agravado por ser en poblado y en banda (arts. 166 inc. 2 primer supuesto, art. 54, 167 inc. 2 CP) y daño agravado

por venganza de la determinación de la autoridad (art. 184 inc. 1 CP), respectivamente, la jueza de la instancia anterior le impuso, en virtud de un juicio abreviado, cinco años de prisión unificando en seis años y ocho meses esta pena con la determinada en la sentencia N° 219 del 22/10/2018.

2.- Recurso de casación

La defensa del acusado señala que la motivación de la sentencia está ausente, es contradictoria y violenta los principios de la Constitución Nacional.

Refiere que en la resolución impugnada, el tribunal luego de mencionar la acusación, se dice que con consentimiento de las partes se incorpora toda la prueba en ambos expedientes, esto es, la totalidad de las actuaciones, que comprenden de fs. 1 a 217 en el expediente P-714115/19 y de fs. 1 a 80 en el expediente P-16613/18, sin discriminar.

Aún así, considera que la jueza no analizó las actuaciones, porque en caso contrario, no hubiera homologado el acuerdo, ya que la ayudante fiscal en la causa por robo, ordenó al personal policial realizar un rastillaje para dar con el arma, con resultado negativo, de donde se deriva que no existió arma, porque se los capturó con la res furtiva.

Con relación a la otra causa, dice que el acusado vivía en ese barrio y la detención se llevó a cabo en la puerta de su casa y la situación era tumultuosa, o sea que con un mínimo examen de la prueba, la imputación era por lo menos dudosa, lo que debió jugar a favor del encartado.

Que el consentimiento exigido por ley está ausente en la primera audiencia del 1 de julio de 2019, ya que al el minuto 13:45 de ella, aclaró que no hubo arma y la jueza lo llamó a silencio y se pasó a un cuarto intermedio, en el que su defensora trató de convencerlo de la conveniencia del mismo sin lograrlo, de lo que fue testigo directo, ya que era defensor del co-imputado Recabarren.

Expone que en la audiencia del 4 de septiembre de 2019, en la que el actual defensor y presentante no se encontraba, a partir del minuto 12:40, ante el monto de la pena, Olguín le reclamó a su defensora anterior por los seis años y ocho meses de prisión que le impondrían como pena, si habían hablado de cinco.

Reseña el defensor que cuando visitó a Olguín Herrera en el penal, el acusado le manifestó que la defensora le había dicho que ya en **el debate el mínimo no eran ocho años como le dijo antes, sino diez años, por lo que le convenía arribar a un juicio abreviado.**

De tal manera, concluye en que no existió el consentimiento del condenado, a quien se lo puede ver aterrado y que en ese estado tomó las decisiones. Aún así, durante esas audiencias se quejó y reclamó, oportunidades en las que la jueza lo retó.

Reitera que esa sentencia carece de motivación, es nula y arbitraria, violatoria del juicio previo, derecho de defensa y la valoración de la prueba, ya que no se individualizaron las fojas en las que se encuentra la prueba y su producción, sino que incorporó indiscriminadamente la totalidad de ambos expedientes.

Formula reserva del caso federal.

Con posterioridad, presentó escrito con transcripción del resolutivo de la sentencia que **absolvió a Recabarren.**

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General dictamina que los recursos interpuestos deben ser rechazados, **porque son extemporáneos, toda vez que, en la audiencia del 4 de setiembre de 2021, las partes renunciaron a los términos para recurrir.**

Sobre el recurso de inconstitucionalidad en particular, opina que no cumple con el art. 489 CPP, dado que no cuestiona la constitucionalidad de una norma.

Para la hipótesis que se considere admisible el recurso de casación, dictamina que en el juicio abreviado la jueza consideró el acuerdo entre las partes y fundamentó la acreditación del hecho atribuido a Olguín Herrera en la prueba incorporada al proceso. Por su parte, el acusado admitió el hecho tal como se le leyó y aceptó la pena pactada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante

Puesto a resolver el recurso casatorio promovido entiendo que, por los motivos que a continuación se exponen, la impugnación resulta procedente. Ello, toda vez que considero que las falencias apuntadas por el recurrente se ven constatadas en la sentencia atacada.

En relación con el recurso de inconstitucionalidad, debe señalarse que en la instancia previa el mismo no fue concedido y la defensa no opuso al respecto impugnación alguna. De tal modo, el análisis se centrará en el recurso de casación concedido.

Ahora bien, establecido ello y en consideración de las constancias de la causa -concretamente los registros audiovisuales- y del testimonio de la sentencia absolutoria dictada respecto del coimputado Rodrigo Emanuel Recabarren Videla, entiendo que los cuestionamientos casatorios proceden en el fondo respecto de los dos hechos por los que Olguín Herrera fue condenado en la sentencia que aquí se analiza.

De manera preliminar, debo decir que de las constancias de la causa y sus particulares circunstancias surge que la renuncia efectuada a los términos para recurrir no resulta válida.

Por un lado, no surge de los registros audiovisuales que se haya tratado de una circunstancia pactada por las partes. Por otro lado, debe decirse que al acusado no se le dieron a conocer las consecuencias derivadas de la renuncia al ejercicio del derecho a recurrir.

En efecto, de la reproducción de la audiencia del día 4 de septiembre de 2019 (minuto 14.49) se desprende que la jueza consultó a las partes si renunciarían a los plazos que estuvieren corriendo para hacer el cómputo y requirió del asentimiento de los representantes del Ministerio Público Fiscal y de la defensa oficial presentes en esa audiencia.

En tal oportunidad, ni la jueza ni la codefensora interviniente hicieron saber a Olguín Herrera sobre el derecho al que renunciaba y las implicancias de tal decisión.

En este sentido advierto que se dan las causales de nulificación señaladas en el **precedente «López Pros»**, toda vez que la magistrada obvió explicar a Olguín Herrera cuáles eran sus derechos y las consecuencias que de tal renuncia se seguirían.

De tal manera, al verificarse que con ello se ha incurrido en la previsión del art. 198, inc. 3 del CPP, aquella renuncia a los términos no puede tenerse por válida en las presentes actuaciones.

En primer lugar, y en relación con los hechos investigados en los autos N° P-714.115/19, debe tenerse en cuenta que desde el principio de las actuaciones Olguín Herrera negó la utilización de un arma en el hecho, lo que finalmente quedó plasmado no en su sentencia de condena, en la que se hizo lugar al pedido de juicio abreviado solicitado, sino en los fundamentos de la sentencia n° 7.254 pronunciada respecto de Recabarren Videla. En efecto, en la audiencia del 1 de julio de 2019, luego de que la entonces defensa del acusado expresara que se había llegado a un acuerdo con el Ministerio Público Fiscal y que solicitaba un juicio abreviado, Olguín Herrera expresó con relación al hecho que se le atribuyera que «[...] quería decir una cosa: arma no hay [...]».

A ello debe sumarse que Daniel Avaca, al formular denuncia, refirió que uno de los sujetos que lo abordó «me apoya un elemento en la panza, que creo que era un cuchillo y me dice: dame el celular o te meto una puñalada [...] no logré observar lo que me apoyó en el abdomen [...]» (el destacado me pertenece).

Estas solas circunstancias, que en sí mismas y ex ante ponían en duda la existencia de un arma en el hecho, fueron corroboradas ex post en la sentencia absolutoria dispuesta en relación con Recabarren.

En cuanto a esto último, debe señalarse que al realizarse el juicio directísimo contra este coimputado, Daniel Avaca señaló no saber si era un cuchillo el elemento que utilizó quien le arrebató el celular. En este sentido, expresó que aquel sujeto le había apoyado «algo», «podría haber sido una mano» (registro audiovisual de la audiencia del día 25 de febrero de 2021).

A partir de allí, el juez interviniente señaló que «[...] nos encontramos acá frente a un robo simple consumado [pues] el testigo Avaca no pudo decir si [lo que utilizó Olgún Herrera para exigirle la entrega de su teléfono] era un elemento punzante o la mano dentro del bolsillo de la campera [...] máxime teniendo en cuenta que en el rastillaje realizado no se pudo dar con [un] arma blanca». Esta decisión, que se encuentra firme y a la que se llegó a través de un procedimiento directísimo, da cuenta de, al menos, dos cuestiones.

La primera, no se pudo corroborar la utilización de un arma en el hecho. La segunda, la improcedencia de la agravante prevista por el art. 167, inc. 2 del CP.

De tal manera, aún cuando no se considerara que el coimputado de Olgún Herrera fue absuelto en la misma causa por su intervención en el hecho, lo cierto es que existía un elemento circunstancial del hecho, la utilización de un arma, cuya existencia fue negada por Olgún Herrera al momento que se le requirió su consentimiento para llevar adelante el procedimiento abreviado.

Ello debió ser suficiente para que la jueza interviniente no considerara válido el consentimiento prestado por el acusado al procedimiento alternativo al juicio común propuesto.

Dicho en otras palabras, la negativa de Olgún a aceptar la utilización de un arma en el hecho delictivo, evidenciada en la audiencia del día 1 de julio de 2019, es una circunstancia relevante, no sólo en relación con la materialidad del hecho, sino en cuanto a la invalidez de consentimiento prestado para la realización del procedimiento abreviado que derivó en su condena.

En ese orden, cabe recordar que en el acusado en el procedimiento abreviado tiene «[...] derecho a «comprender» los alcances del acuerdo [...] en tanto [...] es la destinataria que consiente el procedimiento y luego debe cumplir las consecuencias del acuerdo solicitado y homologado por el órgano jurisdiccional. Resulta imperioso que a la persona acusada se le explique con **lenguaje comprensible y claro** las circunstancias y las derivaciones de lo acordado, en tanto la esencia del juicio abreviado reside en la solución del conflicto penal como una construcción horizontal entre los diversos sujetos involucrados».

De tal manera, «[g]arantizar que la persona acusada conozca en detalle las implicaciones del procedimiento abreviado constituye –como ha señalado esta Sala en «Egea, Mariano Raúl»– una responsabilidad que atañe tanto al defensor, como al fiscal interviniente y al juez, que deben consultar a la persona acusada si comprendió el alcance del acuerdo y del procedimiento para asegurar que su consentimiento sea resultado de una adecuada comprensión de los factores relevantes. A mi juicio, esta responsabilidad de todas las partes admite diferentes intensidades.

En efecto, la defensa técnica es la responsable de informar a la persona acusada acerca de sus derechos, sus opciones procesales, las implicaciones jurídicas y prácticas de sus actos y elecciones procesales, las posibilidades recursivas y de todas aquellas cuestiones que en cada caso concreto resulten relevantes para la garantía de sus derechos.

Por su parte, que la persona acusada conozca los alcances del acuerdo del juicio abreviado también requiere de la colaboración de la Fiscalía, que tiene el deber de no obstaculizar y asegurar la información necesaria a aquéllos fines.

Por último, a la jurisdicción le compete el deber de controlar que la persona acusada haya sido puesta en conocimiento acabadamente de la información relevante» (ver al respecto, y en lo pertinente, «**Prieto Valenzuela**»).

Todos estos recaudos, como se explicó, no se constatan en el caso de autos. En segundo lugar, respecto a los hechos investigados en los autos N° P 16.913/18 considero que también le asiste razón al recurrente en sus cuestionamientos.

Esto por cuanto, no se advierte en la sentencia cuestionada valoración alguna respecto de la existencia material del hecho y la intervención del acusado en él, limitándose tan solo la jueza a mencionar el hecho atribuido y a incorporar la prueba obrante en la causa, sin ponderación alguna de esos elementos.

En relación con ello, debo señalar que la existencia de un acuerdo entre las partes que viabiliza que la situación procesal del acusado se defina a través de un procedimiento abreviado, no exime al órgano jurisdiccional de fundamentar, de acuerdo con las pruebas obrantes en la causa, la condena impuesta.

De lo expuesto, y en atención a las falencias detectadas en la sentencia recurrida, considero que corresponde responder de manera afirmativa a la primera cuestión planteada. **ASÍ VOTO.**

Voto Dr. Adaro. Adhiere. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, POR SU VOTO, DIJO: Adhiero a la solución que se propicia en el voto que me antecede en cuanto a la **procedencia del recurso de casación incoado, consecuentemente, la anulación de la sentencia cuestionada** y la remisión de la causa a los fines de resolver con celeridad la situación procesal del acusado.

En particular, y función de un detallado análisis de las constancias de la causa, considero oportuno formular, a través de la Defensoría General, una recomendación a quienes llevan adelante la defensa pública en los procesos penales.

Ello, en el sentido de no propiciar ni aceptar acuerdos que puedan ser perjudiciales a los intereses de sus defendidos en función de las circunstancias de la causa, particularmente la existencia de elementos de prueba que acrediten la existencia material del hecho investigado y la participación de la persona acusada en ellos. Si bien encuentro también seriamente cuestionable la actuación de la jueza que condenó a Olguín Herrera, debido a que actualmente esa magistrada se encuentra jubilada, no corresponde propiciar medida alguna en relación con ella.

En orden a la recomendación que propongo debo decir que, para arribar a ella, además de las constancias de la causa, tengo en cuenta, por un lado lo que ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación acerca de los deberes que tienen los diversos tribunales de aseguramiento del derecho de defensa y, por el otro, lo que en diversos precedentes laborales de esta Sala, he tenido oportunidad de referir en relación con el rol de los abogados en los procesos.

En relación con lo primero, la Corte Federal en diversos precedentes ha señalado que «[...] en materia criminal, en la que se encuentran en juego los derechos esenciales de la libertad y el honor, deben extremarse los recaudos que garanticen plenamente el ejercicio del derecho de defensa.

La tutela de dicha garantía ha sido preocupación del Tribunal desde sus orígenes, en los que señaló que el ejercicio de la defensa debe ser cierto, de modo tal que quien sufre un proceso penal ha de ser provisto de un adecuado asesoramiento legal, al extremo de suplir su negligencia en la provisión de defensor asegurando, de este modo, la realidad sustancial de la defensa en juicio» (Fallos 327:5095; también en 5:459; 192:152; 237:158; 255:91 y 311:2502).

Asimismo, que «[...] si bien no es obligación de la asistencia técnica del imputado fundar pretensiones de su defendido que no aparezcan, a su entender, mínimamente viables, ello no la releva de realizar un

estudio serio de las cuestiones eventualmente aptas para ser canalizadas por las vías procesales pertinentes, máxime porque se trata de una obligación que la sociedad puso a su cargo (Fallos: 310:2078), ya que no puede imputarse al procesado la inoperancia a la que ha sido ajeno de la institución prevista para asegurar el ejercicio de su derecho constitucional, cuya titularidad ostenta exclusivamente y cuya inobservancia puede acarrear responsabilidad internacional al Estado Argentino (art. 75, inc. 22 de la Ley Fundamental; arts. 1 y 8, párrafo 2, incs. d y e, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 2.1; 14.3.b y d; Fallos: 318:514)» (Fallos 327:5095).

De tal manera, para la jurisprudencia de la Corte Federal es fundamental el deber de garantizar a toda persona sometida a proceso penal un auténtico patrocinio como el exigido por el art. 18 de la CN y ello es función no sólo de este Tribunal sino de los tribunales de las instancias anteriores a los cuales corresponde salvar insuficiencias de asistencia técnica que pongan en tela de juicio el efectivo ejercicio del derecho de defensa (Fallos 327:5095).

En cuanto a lo segundo, en distintas ocasiones he sostenido que «[...] el abogado es un auxiliar de la justicia y por lo tanto un colaborador del juez, su presencia en el juicio es garantía de seriedad y buena fe dentro del proceso (Calamandrei citado por Fayt, Carlos S. en “Los abogados del Siglo XXI Horizontes y perspectivas” (<http://www.forodeabogados.org.ar/edicion14/tema01.html>)).

También es el primer juez del caso y es a quien su cliente le ha confiado sus intereses.

Por ello, el abogado debe ser celoso custodio de los deberes que se le han encomendado (art. 22 del CPC y 108 del CPL).

Tales deberes se encuentran particularmente acentuados cuando los derechos confiados a los profesionales son titularizados por personas en situación de **vulnerabilidad** conforme lo establecido en las “100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”(a la que esta Corte adhirió mediante Acordada nro. 24.023) [...]» (**ver, al respecto, «Legrand»; en el mismo sentido, «Maturano», «Luffi», «Fontez»**).

Entiendo que estas consideraciones formuladas en aquél momento resultan, en lo pertinente, aplicables al supuesto que aquí se ventila. Ello, puesto que la condena en virtud del juicio abreviado realizado en las presentes actuaciones tuvo la intervención de la defensa pública que tiene a su cargo la representación de las personas que así lo requieren.

En efecto, de la reproducción de los diferentes registros audiovisuales surge que el acusado es una persona hipoculturizada y que el trato dispensado por la jueza interviniente dista mucho de ser respetuoso de sus derechos, situación que debió ser advertida por quienes debían velar por la defensa de sus intereses.

En este sentido, resulta significativo de lo referido la circunstancia acontecida en la audiencia de fecha 1 de julio de 2019 cuando Olguín Herrera señaló que no había arma en el hecho (minuto 13.45) y la jueza lo hizo callar y prestar atención.

Asimismo, en la audiencia del 4 de septiembre del mismo año, la jueza hizo caso omiso al reclamo del acusado en cuanto al monto de la pena global que había acordado, y al principiar esta última audiencia le señaló que como había pasado por varios efectores judiciales debía saber cuál era el número de documento y fecha de nacimiento.

Tales circunstancias, sumadas a las demás consideraciones que se han reseñado en el voto que me antecede, debieron ser advertidas por quienes ejercían la defensa técnica en aquel momento a fin de

resguardar debidamente los derechos del acusado. De tal manera, considero que, con el alcance señalado, debe contestarse de manera afirmativa la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: De acuerdo al resultado alcanzado en el tratamiento de la cuestión anterior, corresponde anular la sentencia cuestionada y remitir la causa al tribunal de origen para que la OGAP sortee el nuevo juez, a sus efectos.

Asimismo, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido, y las consideraciones formuladas en el tratamiento de la primera cuestión planteada, inmediatamente de recibidas las presentes actuaciones en el tribunal de origen, deberá resolverse la situación procesal del acusado. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas por su orden y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación deducido por la defensa de Sergio Omar Olguín Herrera y, en consecuencia, **anular la sentencia N° 3.905**, dictada por el Juzgado Penal Colegiado N° 2 de esta Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Remitir la causa al Juzgado Penal Colegiado N° 2 a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme el resultado aquí arribado; e inmediatamente de recibidas las presentes actuaciones se resuelva la situación procesal del acusado.
- 3.- Imponer las costas por su orden y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro Se deja constancia de que el Dr. José V. Valerio no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 25 de marzo de 2022.-

4- ROMERO TORRES. 31-03-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 54	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
	B	M	AI ANA	PCE	-	-	A	-	CI	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=768>

Lex: Art. 166, inc. 2, 1° párrafo, 1° supuesto, 166, inc. 2, 3° párrafo, 1° supuesto, 167, inc. 2, y 54 del CP

Vox: Robo. Arma impropia. Arma aptitud no acreditada. Poblado y banda. **Reconocimiento fotográfico**- contexto de covid-. Concurso ideal o aparente de leyes penales. Testimonio de la víctima. Determinación de la pena.

Summa:

El **TPC** condenó al nombrado a la pena de **seis años y nueve meses** de prisión e inhabilitación por el mismo término de la condena, como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma blanca, robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada, robo agravado por ser en poblado y en banda, todo en concurso ideal (arts. 166, inc. 2, primer párrafo, primer supuesto, 166, inc. 2, tercer párrafo, primer supuesto, 167, inc. 2, y 54, todos del CP)

La víctima de autos, **chofer de un taxi**, iba con una pasajera, la cual le dice que se detenga, y por la ventanilla del conductor, dos mujeres-una con arma de fuego- un varón NN y ROMERO TORRES –quien exhibió un cuchillo- se apoderan de bienes varios, entre ellos una billetera, \$ 1500, tarjetas.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP). Cuestiona el reconocimiento fotográfico, la declaración de la víctima y su ponderación, el aporte de su pupilo en el hecho, como así también la pena impuesta por el tribunal, que estima excesiva.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1578, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a- SCJM:

I-Determinación de la pena:

- «Córdoba»
- «Maldonado Quiroga». 29-03-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=782>

II-Concurso aparente de leyes:

- Peteán Pocoví. 07-02-20. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=276>
- Campos Castro. 17-08-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>

La figura de robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo, abarca al tipo de robo agravado por el uso de arma impropia en concurso ideal con los delitos de robo agravado por el uso de arma de fuego, robo agravado por escalamiento, robo agravado por haber causado lesiones graves y robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada, toda vez que entre las diferentes figuras se presenta el caso de un **concurso aparente de leyes**

penales. Por lo tanto, si un hecho encuentra adecuación típica en dos figuras agravadas dependientes del mismo tipo simple, solo corresponde aplicar la más grave.

Tribunal: SUPREMA CORTE - SALA N° 2. Magistrado/s: VALERIO - ADARO – LLORENTE. Ubicación: LS565-006. Fuente.: Oficina de Jurisprudencia.

Doctrina citada.

Ziffer, Patricia, Lineamientos de la determinación de la pena 2ª ed., Buenos Aires, 2005, p. 137. Sobre escala de «gravedad continua» propuesta por Dreher y desarrollada por Ziffer.

SCJM. Dres.: **Palermo.** Valerio (Voto ampliatorio). Adaro.

Fallo.

CUIJ: 13-05772530-8/1((018602-72322)) F. C/ ROMERO TORRES, FRANCO EMANUEL P/ ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA BLANCA, ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO CUYA APTITUD PARA EL DISPARO NO PUEDE TENERSE POR ACREDITADA, ROBO AGRAVADO POR SER EN POBLADO Y EN BANCA, TODO EN CONCURSO IDEAL (72322) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105947053*

En Mendoza, a los treinta y un días del mes de marzo del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05772530-8/1, caratulada "F. C/ ROMERO TORRES FRANCO EMANUEL P/ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA. TODO EN CONCURSO IDEAL (72322) P/ RECURSO DE CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO; segundo, DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero, DR. MARIO D. ADARO.

La defensa técnica de Franco Emanuel Romero Torres interpone recurso de casación (véase expte. digital) contra la sentencia n° 1.578 y sus fundamentos, mediante la cual el Segundo Tribunal penal Colegiado de la Primera Circunscripción condenó al nombrado a la pena de seis años y nueve meses de prisión e inhabilitación por el mismo término de la condena, como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma blanca, robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada, robo agravado por ser en poblado y en banda, todo en concurso ideal (arts. 166, inc. 2, primer párrafo, primer supuesto, 166, inc. 2, tercer párrafo, primer supuesto, 167, inc. 2, y 54, todos del CP) que se le atribuyen en los autos n° P72.322/20.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

I.- Sentencia recurrida

El juez de la instancia anterior tuvo por acreditado, con la certeza requerida para el dictado de una sentencia condenatoria, el hecho contenido en la requisitoria de elevación a juicio, conforme la cual «para fecha 29 de setiembre de 2020, siendo aproximadamente las 20.00 hs., en calle Capilla de las Nieves, intersección Tomás Guido de Guaymallén, Mendoza, una persona femenina no habida ni individualizada, la cual iba como pasajera a bordeo del taxi Chevrolet Corsa, dominio MBS-213, aditamento 755, conducido por Miguel Alarcón Correas, hizo detener la marcha del mismo, para que luego se acercara a la ventanilla del lado del conductor otra mujer no habida ni identificada, la cual portaba un arma de fuego tipo revolver de color negro tipo calibre 22 chico.

Asimismo, se aproximó Franco Emanuel Romero Torres, quien llevaba un cuchillo tipo navaja, junto a otro masculino no habido ni identificado, y entre las dos femeninas y Romero Torres comenzaron a forcejear con Alarcón Correas, logrando sustraerle una billetera de color negro, de símil cuero, que en su interior tenía aproximadamente mil quinientos pesos y una licencia de conducir, una tarjeta de débito del Banco Macro y otro del Banco Supervielle, todas a nombre del denunciante, para luego darse a la fuga con los elementos sustraídos.

Transcurridos unos minutos, y a escasos metros del lugar de los hechos, más precisamente en Barrio Capilla de Las Nieves, frente a manzana B, casa 15 de Guaymallén, se observó a Franco Emanuel Romero Torres, por lo que personal policial procedió a la aprehensión del mismo no logrando recuperar los elementos sustraídos» (véase expte. digital).

Para decidir en tal sentido, el juez valoró la declaración de la víctima, el descargo del acusado, los testimonios del personal policial interviniente, la declaración de Alejandra Vargas y el resultado positivo del reconocimiento fotográfico. Todo ello junto con el resto de la prueba válidamente incorporada al proceso.

II.- Recurso de casación

La defensa técnica de Franco Romero se agravia por la arbitraria valoración de la prueba rendida y considera que esta **resultó insuficiente para adquirir el grado de certeza** que requiere una sentencia condenatoria.

Subsidiariamente, sostiene que la **pena impuesta al acusado es excesiva**.

En el primer tramo del recurso critica la declaración de la víctima, la cual **califica como vaga, y anudado a ello, le resta valor probatorio al resultado del reconocimiento fotográfico**.

Respecto de esta última medida, sostiene que correspondía realizar **un reconocimiento en rueda de personas con la participación del imputado, puesto que éste fue habido**.

El segundo tramo del recurso, de manera subsidiaria, **ataca la individualización de la pena** por encontrarse, a su entender, infundada. En esta línea, argumenta que no se explica por qué razón se considera agravante el daño consistente en un desapoderamiento de \$1500, una licencia de conducir y dos tarjetas de crédito, siendo que la figura penal atribuida ya prevé el desapoderamiento como un elemento del tipo.

Agrega que **no se ha valorado correctamente la magnitud de su aportación al robo y niega que su defendido «haya tenido las riendas de la acción»**.

Por último, sostiene que el tribunal de juicio no explica cuál es la escala de gravedad continua que aplica al caso y por qué razón coincide con la pena solicitada por el Ministerio Público Fiscal. Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del Procurador General

El Procurador General entiende que corresponde el rechazo del recurso de casación interpuesto y la convalidación, en su totalidad, de la sentencia impugnada (fs. 5/6). Después de realizar una exposición detallada de los agravios defensivos, explica que el juez valoró adecuadamente la prueba de cargo y de descargo, sin advertirse contradicciones en su razonamiento que puedan acarrear la nulidad de la sentencia.

Así, valida el razonamiento de la jueza de la instancia anterior en lo que hace **al lugar central dado al testimonio de la víctima, el cual se encuentra respaldado por las declaraciones del personal policial**.

Por su parte, en relación con el **reconocimiento fotográfico**, sostiene que esta medida no solo fue notificada a la defensa, sino que encuentra justificación en la situación de emergencia sanitaria generada por la pandemia de Covid-19.

Por su parte, respecto al cuestionamiento que el recurrente efectúa de la **pena**, destaca que, a la luz del hecho perpetrado y la argumentación propuesta por el juez sentenciante, el monto de la pena no aparece desproporcionado.

Rechaza, asimismo, que se haya violado el principio ne bis in idem respecto de la alegada doble valoración en la que habría incurrido el tribunal de juicio.

De tal manera valida la pena aplicada en función de lo prescripto por los arts. 40 y 41 CP.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante

Puesto a resolver el recurso de casación interpuesto, y en adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que corresponde rechazar la impugnación. Paso a explicarlo.

a-Ponderación de las pruebas centrales

a.- La defensa sostiene que las pruebas centrales sobre las que basa su certeza el juez de la instancia anterior no son suficientes para el dictado de una sentencia condenatoria.

Su toma de posición se basa en la errónea valoración del testimonio de la víctima y la improcedencia del reconocimiento fotográfico.

Respecto del testimonio de la víctima, Alarcón Correa declaró al momento de ser entrevistado por la policía, que un sujeto con un cuchillo en la mano se paró delante del taxi en el que se trasladaba mientras otras dos mujeres lo desapoderaban de sus pertenencias. **Brindó una descripción de su vestimenta**, la cual fue utilizada por personal actuante para identificar a una persona que caminaba en las inmediaciones de la zona.

Esa persona, que en palabras de la Aux. Robles, se encontraba «bastante nerviosa», cumplía con la descripción brindada por la víctima. A su vez, surge del acta de procedimiento que Franco Romero fue detenido en las **proximidades del hecho**. Circunstancia que el tribunal de juicio subrayó como **indicio de autoría**. Por ello, debe descartarse la crítica defensiva relativa a que no se explica por qué razón se detuvo a Franco Romero, en tanto, surge claro del desarrollo de los momentos posteriores al hecho que fue la **descripción de la vestimenta** por parte de la víctima la que condujo a la individualización del acusado.

Asimismo, su actitud de nerviosismo llamó la atención del personal policial. De este modo, no asiste razón a la defensa en que no existieron motivos para proceder a la detención del acusado.

Por otro lado, no solo se verificó una coincidencia respecto de la vestimenta que llevaba el acusado y la descripta por la víctima, sino que del **acta de visu**, realizada en la comisaría después de producida la aprehensión, se destacó una **característica física** de aquél, relacionada con unas **cejas pronunciadas**, lo cual quedó volcado en el **reconocimiento fotográfico** positivo efectuado.

Según la defensa, lo anterior pone en crisis la acusación fiscal, pues la víctima no habría señalado al autor, sino a una **persona «similar»**. Según entiendo, con base en las consideraciones previamente explicadas, este matiz gramatical no hace mella en el razonamiento del juez de la instancia previa y, por ello, debe ser descartado de plano.

Por otra parte, no resulta suficiente para validar el descargo del acusado los dichos vertidos por la Aux. Robles.

La defensa refiere al respecto: **«la declaración de Robles [...] sostiene la versión de los hechos declarada por el imputado en cuanto a que el mismo se dirigía hacia la casa de su tío y si bien el imputado no está obligado a demostrar su inocencia, al menos hay que reconocer que desde el primer momento en que se lo señala como autor del robo, el mismo se desvincula, da una explicación a las circunstancias de tiempo y lugar en las que se encontraba»**.

En efecto, la oficial actuante únicamente se limitó a reproducir las manifestaciones espontáneas de Franco Romero, pero esto no basta para sostener la verosimilitud de la explicación brindada, si se tiene en

cuentan el resto del plexo probatorio, el cual da cuenta de la intervención del acusado en el hecho atribuido. Veamos.

Franco Romero explicó que se encontraba en el kiosco comprando junto con Alejandra Vargas y que en las inmediaciones había unos chicos jugando a la pelota.

Que después de ocurrido el hecho, él se fue a la casa de su tío Juan Torres y le pidió que lo acompañara a casa de su hermana, trayecto en el que fue divisado por la policía y luego aprehendido.

Aquella versión de los hechos **no encuentra respaldo en ningún elemento de prueba.**

En esta línea, el juez hace hincapié en que el acusado mencionó que al momento de la aprehensión iba acompañado de su tío, pero esta situación no consta en ningún acta policial, ni fue referida por ninguno de los efectivos actuantes en sede de debate.

Respecto de la versión brindada por el acusado, no escaparon al análisis del juez de la instancia previa las declaraciones de la testigo aportada por la defensa, Alejandra Vargas, tendentes a demostrar su versión de los hechos.

Aquella aseguró que Franco Romero se encontraba en la cola del quiosco donde ella estaba.

Sin embargo, el juez encontró **tres contradicciones** que lo condujeron a descartar el descargo del acusado.

Contradicciones que conducen a descartar el descargo del acusado.

En primer lugar, respecto de la vestimenta del acusado al momento del hecho: «[Alejandra Vargas] mencionó que el imputado se encontraba en la cola del kiosco de “Juan”, por comprar y que ella se encontraba en la cola después de él, en aquellos instantes en que ocurrió el asalto al taxista Alarcón.

La principal inconsistencia fue **la vestimenta que llevaba puesta** Romero Torres, el cual presentaba en ese momento –según sus dichos- una campera color azul o negra, manga larga y ancha.

Ni el propio imputado, ni el testigo alguno mencionaron que esta prenda la llevara Romero Torres».

En segundo lugar, la testigo referida también exhibió contradicciones al **describir a la pasajera del taxi en tanto «expresó que vestía con calzas y campera blanca.**

La víctima Alarcón mencionó al momento de radicar denuncia que la pasajera **vestía con pantalón corto y remera oscura**, una diferencia más que apreciable en las prendas mencionadas y que no puede ser salvada ni por la escasa luminosidad de la zona, ni por la velocidad con la que transcurrió el evento».

Por último, el tribunal de juicio puso de relieve que la testigo mencionó que al momento del hecho se acercaron «unos pendejitos» de entre 15 y 17 años, que serían los supuestos autores, mientras que Alarcón desde la primera oportunidad –y durante las sucesivas declaraciones– mencionó a **dos mujeres y un varón como intervinientes, y un cuarto sujeto** –sin mencionar actividad relevante alguna– a unos metros de donde estaba el resto.

En suma, la descripción de la vestimenta del autor brindada por la víctima al personal policial condujo a la individualización de Franco Romero en las inmediaciones del lugar de los hechos y a su aprehensión a escasos minutos de consumado el robo.

La Aux. Robles **lo describió como nervioso y reprodujo sus manifestaciones espontáneas relativas a que se dirigía a casa de su tío.** Pero esto **no alcanza para introducir una duda razonable** respecto de la autoría de Franco Romero, del mismo modo que tampoco es suficiente la declaración de la testigo aportada por la defensa.

Finalmente, corresponde analizar el valor dado a una prueba central: el **reconocimiento fotográfico.**

Respecto de esta medida, la defensa sostiene que **es subsidiaria al reconocimiento en rueda de personas.** Así, procedería, en tanto medio de prueba, siempre y cuando el imputado no pueda ser habido. Como en el caso de autos, Franco Romero ya había sido aprehendido, no se justificaría el recurso al reconocimiento

fotográfico al ser posible practicar un reconocimiento en rueda de personas. Que no se realizare esta última medida, según el recurrente, hizo mella en el derecho de defensa del acusado.

Bien, dicha cuestión no ha escapado a la argumentación del juez sentenciante, la cual estimo acertada.

El 14 de octubre de 2020 se realizó un reconocimiento fotográfico por parte de Alarcón, el cual arrojó resultado positivo respecto de Franco Romero, como aquella persona que lo asaltó el día de los hechos.

Esta identificación **fue precisa, sin dudas o titubeos**. La medida, por un lado, fue razonable en razón de la situación de pandemia por todos conocida y, por otro lado, fue debidamente **notificada a la defensa (véase fs. 68 y 74, legajo digital), quien no la objetó. Por lo tanto, la nulidad solicitada no puede tener acogida favorable en esta instancia.**

De igual manera, aun cuando no se considerara el reconocimiento fotográfico cuestionado, la contundencia de los demás elementos de prueba permiten sostener la intervención del acusado en el hecho.

En suma, considero que el peso de las pruebas referidas es sólido en relación con la existencia del robo y la intervención de Franco Romero.

Por ello, la valoración de la prueba por parte del juez de la instancia previa ha sido correcta. A la inversa, la versión del acusado no se encuentra lo suficientemente respaldada para erigirse como una versión alternativa de los hechos que lo mantenga amparado por el principio de inocencia.

b-Quantum de la pena

b.- Despejado este primer tramo del planteo defensivo, corresponde analizar el cuestionamiento en relación con el quantum de la pena impuesta al condenado, por cuanto es considerado arbitrario por la defensa.

Esta crítica, subsidiaria a la desarrollada en el punto anterior, sigue una **doble vía argumentativa: por un lado, la pena sería excesiva en relación con la entidad del hecho atribuido, la intervención del acusado y sus circunstancias personales; por otro lado, la pena se encontraría infundada** al no explicitarse la escala de gravedad continúa utilizada para su determinación.

El juez de la instancia anterior dedicó buena parte de su sentencia a **fundamentar la pena impuesta al acusado.**

Inicialmente, sobre la base de los tipos penales en juego, **definió el tope máximo** (quince años de prisión) **y el tope mínimo** (cinco años de prisión) de la escala penal, para luego estimar como justa y equitativa una pena de seis años y nueve meses de prisión.

Ponderó para llegar a tal conclusión las **circunstancias agravantes y atenuantes del hecho y el autor a la luz** de lo prescripto por los **arts. 40 y 41 CP.**

Por un lado, consideró agravantes al **conjunto de personas que participaron** del evento, lo que implicó a su entender **un incremento del poder de acción**; su intervención en el hecho –siendo quien tuvo las riendas de la acción en consideración de su aportación al robo– **el número y cantidad de armas propias** e impropias utilizadas y la soledad del lugar y nocturnidad en la que se ejecutó el robo, lo cual sería un indicio de peligrosidad de autor.

Valoró también la **extensión del daño** causado en relación con los efectos personales y el dinero sustraídos a la víctima en razón de que se trataba de **un trabajador** que vive de un porcentaje de la recaudación como taxista.

Como agravante consideró, además, la conducta precedente del autor en tanto, según el juez, quedó probado con certeza que el hecho ocurrió **premeditadamente.**

Por otra parte, estimó como **atenuantes** que Franco Romero no ha sido declarado reincidente; su edad – pronto a cumplir los veintidós años al momento del hecho– y su nivel de educación, secundaria incompleta.

Respecto al valor dado a cada una de estas circunstancias, el juez recurrió a la escala de **«gravedad continua»** propuesta por Dreher y desarrollada por Ziffer.

A partir de allí, ubicó el hecho como **merecedor de pena en el primer tramo de la escala progresiva**, el cual iría de los cinco años de prisión a los ocho años y cuatro meses de prisión.

Bien, dicho esto, corresponde descartar, en primer término, el agravio defensivo relativo a que la escala de gravedad continua no haya sido explicada.

Ello en tanto, aparecen en la sentencia cuestionada consideraciones elementales que fundamentan el recurso a tal marco teórico.

Por otro lado, advierto que su resultado fue la ubicación del caso **en el primer segmento de la escala**, no apartándose del mínimo y respetando el máximo de pena requerido por el Ministerio Público Fiscal.

A su vez, no debe perderse de vista **la específica modalidad de ejecución del hecho**. En este aspecto, considero oportuno destacar que **la pluralidad** de intervinientes en un hecho **no es un elemento que siempre deba ser considerado agravante**, ya que la mera división de tareas en la ejecución del delito no aumenta automáticamente **el poder ofensivo del colectivo** frente a la víctima.

En el caso analizado esto efectivamente fue así, dada la forma en la que los intervinientes se abalanzaron sobre el taxista **umentando la violencia del robo y anulando cualquier posibilidad de desplegar una acción defensiva**.

Habida cuenta de esto, advierto que Franco Romero no tuvo un rol secundario en el despliegue de la acción. Más bien, fue protagónico al aproximarse al taxi con un cuchillo tipo navaja, forcejear con la víctima y sustraerle la billetera. Todo esto, mientras era acompañado de tres personas más. Este aporte, que el juez denomina como el tener **las «riendas de la acción»**, no la invalida como tal pues da cuenta del rol asumido por Franco Romero en el hecho.

Por otra parte, tampoco le asiste razón a la defensa cuando objeta **la entidad del daño causado** a la víctima en tanto agravante del hecho. Respecto a que este daño sería mínimo por el monto de dinero sustraído (mil quinientos pesos y un par de tarjetas de crédito) no debe perderse de vista que, tal como lo reseña el tribunal de juicio, se trata de un trabajador que obtiene su sustento de la recaudación diaria. De tal manera, **más allá del valor absoluto del monto sustraído, en el caso concreto su valor relativo tenía relevancia en función de aquellas circunstancias personales de la víctima**.

El daño valorado por el juez como fundamento del apartamiento del tope mínimo de la escala penal no puede ser considerado como una violación del principio ne bis in ídem. Ello en tanto, si bien el tipo básico contempla la lesión derivada del apoderamiento con violencia o fuerza en las cosas como contenido del injusto imputado, lo hace formalmente, encontrándose el juez habilitado a valorar – y graduar– la **antijuridicidad material** que puede repercutir en el merecimiento de pena.

Así lo ha señalado este Tribunal cuando ha sostenido que la consideración, para la determinación de la pena, de la **«intensidad»** con que aquellas circunstancias se presentan en el hecho concreto no vulnera la prohibición de doble valoración (ver, al respecto, «Córdoba»; más recientemente, «**Maldonado Quiroga**», entre otros).

En suma, el juez de la instancia anterior numeró y desarrolló las circunstancias que consideró agravantes y atenuantes, conforme el caso concreto y las particularidades de la persona de Franco Romero, las cuales

lo posicionaron en el primer tramo de la escala seleccionada y lo llevaron a individualizar una pena de seis años y nueve meses de prisión (alejándose únicamente un año y nueve meses de prisión del mínimo).

La pena impuesta, en consecuencia, se encuentra fundada.

c.- Por todo ello, y en opinión coincidente con la vertida por el señor Procurador General, debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO, adhiere por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto Dr. Valerio. Disidencia respecto de la calificación legal. Concurso aparente de leyes penales.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Si bien comparto la solución del voto mayoritario en cuanto a la valoración de la prueba que fundamenta la autoría del condenado y la determinación de la pena impuesta, estimo necesario dejar a salvo mi criterio respecto de la **calificación** que estimo adecuada.

Según entiendo, la figura del robo agravado por el uso de arma (en este caso, arma blanca y arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada –arts. 166, inc. 2, primer párrafo, primer supuesto y art. 166, inc. 2, tercer párrafo, primer supuesto, todos del CP–, **abarca al tipo de robo agravado por ser en poblado y en banda** –art. 167 inc. 2 del CP–, toda vez que entre las diferentes figuras se presenta el caso de un **“concurso aparente de leyes penales”**. Las razones que fundamentan mi tesitura se encuentran articuladas con detalle en **«Peteán Pocoví» y «Campos Castro»**, precedentes a los que me remito en lo pertinente. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO: Conforme lo anterior, corresponde omitir pronunciamiento en este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse como afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de esta Suprema Corte de Justicia de Mendoza, fallando en forma definitiva se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa Franco Emanuel Romero Torres y convalidar la sentencia condenatoria n° 1.578 y sus fundamentos.
- 2.- Imponer costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

5- MOYANO LOPEZ. 04-04-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 54	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	B	M	AI ANA	PCE	-	-	A	R	CI	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=770>

Lex: Art. 166, inc. 2°, 1° p., 1° s.; 166, inc. 3°; 167, inc. 2°; y 54 CP

Vox: Robo. Arma impropia. Arma aptitud no acreditada. Poblado y banda. Testigo único. Concurso ideal o concurso aparente.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **siete años y seis meses de prisión** como autor del delito de robo agravado por el uso de arma, por el uso de arma cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada, y por ser cometido en lugares poblados y en banda, todo en concurso ideal (arts. 166, inc. 2°, primer párrafo, primer supuesto; 166, inc. 3°; 167, inc. 2°; y 54 del CP) y se declaró su reincidencia.

Mayano y 3 sujetos NN, armados y vestidos de policías ingresan a una vivienda-un cuarto sujeto aguarda en el vehículo que los transportaba-, primero simulando un allanamiento, y luego sustraen 250 mil pesos, un cheque y un vehículo Renault Kangoo.

La **defensa** interpone recurso de casación por entender que existen vicios in procedendo (Art. 474 inc. 2 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1.656, pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

I-Concurso aparente de leyes:

- Campos Castro. 17-08-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- «Chávez». 14-10-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=670>

Parágrafos destacados

Asimismo también se ha afirmado que se aplica este principio para el caso del **concurso aparente de dos tipos calificados que tengan origen en un mismo delito básico**, a través del cual se elige uno de aquéllos» (Conf. Andrés José D’Alessio, ob. cit. págs. 875 y 876).

En tal sentido, también se ha dicho que «[a]nte la ocurrencia en un mismo hecho **de dos o más tipos calificados dependientes de idéntico tipo simple** (p. ej., un robo doblemente agravado, por haberse cometido con arma y en poblado y en banda – art. 167, inc. 2°-), debe aplicarse solamente la figura que contiene el tipo calificado más grave (por especialidad); la mayor gravedad se determina por la comparación de las respectivas escalas de pena»

Doctrina citada.

D’Alessio Andrés José, “Código Penal de la Nación, Comentado y Anotado, 2da Edición Actualizada y Ampliada, Tomo I, Parte General”, Editorial La Ley, 2009, págs. 872.

Precedentes relacionados

I-Concurso aparente de leyes:

- Campos Castro. 17-08-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Peteán Pocoví. 07-02-20. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=276>
- Pereira Soria. 04-05-20. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=338>
- Chávez. 14-10-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=670>
- Moyano López-04-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=770>
- Escobedo Cruz. 22-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=806>
- Zapata Scatareggia. 16-05-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=825>
- Pérez Gutierrez. 17-05-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=826>

SCJM. Dres.: **Palermo.** Adaro. Valerio.

Fallo.

CUIJ: 13-05776696-9/1((018601-12880)) FC/ MOYANO LOPEZ ARIEL P/ ROBO AGRAVADO P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105949722*

En Mendoza, a los cuatro días del mes de abril del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05776696-9/1 caratulada “F. C/ MOYANO LÓPEZ, ARIEL NICOLÁS P/ ROBO AGRAVADO ... S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO; segundo, DR. MARIO D. ADARO y tercero, DR. JOSÉ V. VALERIO.

La defensa técnica de Ariel Nicolás Moyano López interpone recurso de casación contra la sentencia N° 1.656, mediante la que se lo condenó a la pena de siete años y seis meses de prisión como autor del delito de robo agravado por el uso de arma, por el uso de arma cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada, y por ser cometido en lugares poblados y en banda, todo en concurso ideal (arts. 166, inc. 2°, primer párrafo, primer supuesto; 166, inc. 3°; 167, inc. 2°; y 54 del CP) y se declaró su reincidencia; pronunciamiento dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial en autos N° P-12.880/19.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERO: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO:

1.- La sentencia recurrida

El tribunal impugnado resolvió del modo precedentemente señalado, por considerar acreditado que «el día 13 de febrero de 2019, siendo aproximadamente las 09:30 horas, el sindicado Ariel Nicolás **Moyano López (a) Pelado**, junto a otros cuatro individuos no habidos ni identificados hasta el momento, arribaron al domicilio sito en calle Caucete 1265, manzana H, casa 22, del Barrio Foeciyt, Godoy Cruz, a bordo de un vehículo VW Gol Power, color gris, descrito por la víctima como de los viejos y sucios, del cual descendieron Ariel Moyano y tres de los sujetos, portando armas de fuego tipo pistola 9 mm como las de la Policía y vestidos como personal de la Policía de Mendoza, donde le manifestaron a Carlos Fabián Torres –empleado del lugar que se encontraba fumando un cigarrillo en la vereda– que eran policías y que venían a realizar un allanamiento, mientras lo empujaban hacia el interior de la vivienda ubicada en dicho domicilio. Una vez en el interior de la vivienda, redujeron a los moradores Juan Carlos Blasco y su madre Amalia Olmo, mediante amenazas con armas de fuego, exigiéndoles la entrega de dinero. Seguidamente, a Juan Carlos Blasco y a Carlos Torres los llevaron a uno de los dormitorios y los hicieron acostar boca abajo mientras les exigían la entrega de plata de la caja fuerte, al mismo tiempo que aplicaban golpes de puño en la espalda y la cabeza a Juan Carlos Blasco, razón por la cual éste les indicó que en el cajón del escritorio de ese cuarto había 250.000 pesos argentinos en efectivo y un cheque, elementos de los que se apoderaron los encartados. Luego, los [sujetos] continuaron exigiendo más dinero a Blasco, oportunidad en que Ariel Nicolás Moyano tomó un cutter color verde y amenazó a Juan Carlos Blasco diciéndole que si no le decía dónde estaba la plata le iba a cortar los dedos a su mamá. A posterior, los autores revisaron la vivienda, cargando diversos elementos en el vehículo marcha Renault Kangoo, propiedad de Juan Carlos

Blasco que se encontraba dentro de la vivienda, mientras mantenían encerradas a las víctimas en los dormitorios durante varias horas, a quienes después ataron con cables y medias para finalmente Ariel Nicolás Moyano (a) pelado y el resto de los sujetos darse a la fuga en el vehículo en que llegaron, aproximadamente a las 12:00 hs., sustrayendo aproximadamente \$250.000 (pesos doscientos cincuenta mil) juntamente con el rodado marca Renault Kangoo color azul oscuro, dominio IHY-404 de propiedad de Juan Carlos Blasco [...]» (fundamentos, fs. 1/3).

Para así decidir, el tribunal sentenciante valoró las declaraciones de Carlos Fabián Arcaya, Cecilia Interlandi, Karen Pegolotti, Juan Carlos Blasco Olmos y Mayra Ponce. Asimismo, se tuvieron en cuenta el acta de procedimiento policial, el croquis ilustrativo, las ratificaciones policiales, el acta de denuncia, el acta visu del acusado, el reconocimiento en rueda de personas, el informe remitido por Policía de Mendoza, el informe remitido por UDAPIF, el informe técnico remitido por Policía Científica, el desgrabado del CEO, y demás constancias de autos.

2.- El recurso de casación de la defensa de Ariel Nicolás Moyano López

La recurrente promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 474, inciso 2 del CPP por considerar que existen vicios in procedendo en la resolución que cuestiona.

Así, la defensa del imputado cuestiona la valoración probatoria que condujo al tribunal de la instancia previa a tener por acreditada la participación de su defendido en el hecho investigado.

En ese orden, considera que el único elemento de cargo contra el acusado es un **reconocimiento en rueda de personas**, el que ha sido considerado como una prueba vital y no como un indicio, tal como es, conforme el criterio de al recurrente.

Expresa que su defendido ingresó al expediente como consecuencia de un dato obtenido por la Unidad Investigativa dando cuenta de una «posible» organización delictiva que habría llevado a cabo hechos similares al investigado en autos y de la cual Moyano López sería parte.

Señala que, en virtud de esa información, el acusado fue incorporado a una rueda de reconocimiento en la que una sola de las tres víctimas participó –Juan Carlos Blasco–, manifestando que «ya no tenía barba». Esta circunstancia, a su entender, no es menor si consideramos «las diversas e históricas aprehensiones con sus correspondientes actas de visu y su toma de fotografías, en las cuales nunca se pudo acreditar la existencia de esa particularidad estética» en la persona de su defendido (recurso, fs. 12).

Considera que si las víctimas manifestaron que los autores del hecho ingresaron **con lentes ahumados, gorras y uno de ellos con barba**, luego debió haber sido confuso estar ante alguien sin gorra, sin lentes y sin barba y sindicarlo.

Agrega que las **descripciones morfológica, estéticas y de vestimenta realizadas por las víctimas no se condicen con las particularidades de Moyano** López. La defensa sostiene que durante la investigación penal preparatoria se omitió investigar sobre los datos aportados por la Unidad Investigativa, tales como las celdas de ubicación del teléfono, la posición georeferencial, las conexiones entre los supuestos integrantes de la banda, entre otros. Y que tampoco se sometió a rueda de reconocimiento a las otras personas mencionadas en el informe.

Pone de resalto que el motivo por el que se sostuvo que Moyano integraba la banda aludida es que resultó aprehendido en un hecho de similares características al investigado en autos, pero respecto del cual fue sobreseído, motivo por el cual la vinculación queda desvirtuada, a criterio de la impugnante.

Refiere que, durante su descargo en la audiencia de debate, el acusado hizo referencia a los tatuajes y cicatrices que posee, los que son de clara visibilidad.

En tal sentido, expresa la recurrente que esas particularidades constan en el acta de visu y en las imágenes del prontuario anteriores al hecho objeto del presente proceso y que la época en que el suceso se produjo era verano, por lo que, si se considera el tiempo en que las víctimas estuvieron en contacto con los autores del hecho, resulta suficiente para que ellas **podieran advertir los tatuajes y cicatrices; lo que no hicieron**. Además, sostiene que las víctimas durante el debate dieron una apreciación etaria de sus agresores que dista mucho de la edad de su defendido. En función de ello, entiende que validar el reconocimiento llevado a cabo del modo descripto implica validar un acto ilegal y valorarlo resulta contrario a lo dispuesto por el art. 206 del CPP.

En función de ello, entiende que la sentencia que impugna se basa en una sola prueba de cargo, el reconocimiento en rueda de personas, de lo que se deriva un estado de duda en relación con la responsabilidad de su defendido en el hecho investigado, el que nunca pudo conducir a una resolución condenatoria.

Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General expresa que corresponde rechazar sustancialmente el recurso de casación bajo estudio, en tanto la sentencia impugnada se encuentra debidamente fundada y en ella se han valorado debidamente, y en conjunto, las pruebas que acreditan la autoría del acusado en el hecho atribuido.

Agrega que el sentenciante evaluó todo el material probatorio reunido, resultando de fundamental relevancia el reconocimiento en rueda de personas por ser categórico e irrefutable –no encontrándose ninguna motivación por parte del reconociente que permitiera dudar de sus dichos– y el testimonio de las víctimas que relataron los hechos específicos por los cuales fue condenado el imputado.

Finalmente, señala que el tribunal de juicio se expidió respecto a los argumentos defensivos relacionados con los tatuajes y en relación con el descargo efectuado por el acusado, entendiendo que su **versión se encontraba huérfana de pruebas**.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante

Por diversas razones estimo que corresponde rechazar el recurso de casación deducido por la defensa de Ariel Nicolás Moyano López, en tanto no se advierte en la resolución cuestionada falencias que habiliten su revocación. Paso a explicarlo.

Tal como surge del escrito recursivo, la defensa centra su planteo en el cuestionamiento sobre la valoración probatoria llevada a cabo por el sentenciante.

En ese orden se agravan, principalmente, del **valor otorgado al reconocimiento en rueda** de personas y de lo que, a su criterio, sería una deficiente investigación fiscal.

No obstante, considero que las críticas defensivas no pasan de ser un criterio diverso al utilizado por el sentenciante en su tarea valorativa que no resulta suficiente, por sí solo, de conmover el acto sentencial.

En efecto, los recurrentes se agravan por entender que la investigación no ha sido exhaustiva y que existen varias líneas de prueba que han sido soslayadas por el órgano acusador, las que habrían corroborado la falta de responsabilidad de su defendido en el hecho que se le atribuye.

Así, teniendo en cuenta que la individualización del acusado fue consecuencia de un informe, entiende que no se habría efectuado ninguna averiguación respecto de los otros integrantes de la banda delictiva –que supuestamente integraría Moyano López–, tampoco se habría solicitado informe de la posición

georeferencial de su teléfono móvil, de las conexiones con los integrantes de la banda, ni reconocimientos en rueda de personas respecto de las otras personas mencionadas en el informe.

De igual modo, cuestiona que no se hayan efectuado reconocimientos en rueda de personas con los otros testigos presenciales del caso bajo estudio.

Estas circunstancias no pasaron inadvertidas para el tribunal de juicio. Por el contrario, el sentenciante entendió que le asistía razón a la defensa en este aspecto, puesto que «podría haberse sometido al imputado a más de un reconocimiento con los testigos Torres y Amalia Luque, los cuales también estaban en condiciones de reconocer» y que «podrían haberse ordenado otras medidas probatoria en orden a determinar si la supuesta banda era tal [...]».

Sin embargo, consideró que esas «deficiencias no soslayan lo manifestado por [Juan Carlos] Blasco en el juicio [...] y un reconocimiento categórico por parte de la víctima», conforme surge de los fundamentos bajo análisis (fs. 4).

Testigo único

En ese orden, el tribunal de instancia previa expresó que, en relación con la autoría, la existencia de un único testigo «no es óbice para que se pruebe ese extremo», teniendo en cuenta que la credibilidad de su relato encuentra respaldo en que «[n]o existe ningún móvil espurio en su deposición, no tiene ninguna relación con el imputado, carece de motivación para querer perjudicarlo» y en que respecto a «otros aspectos de su deposición, es decir los que no se refieren específicamente a la autoría, existen diversas pruebas que la avalan presentándose éstas como elementos de corroboración periférica objetiva, y de hecho nada de lo dicho por él fue objeto de controversia o cuestionamiento».

Es decir que para el sentenciante la declaración y el señalamiento del acusado por parte de la víctima son plenamente válidos y suficientes para acreditar la responsabilidad de Moyano López en el hecho investigado, razonamiento en el que no se advierte ninguna arbitrariedad.

Asimismo, el tribunal analizó los cuestionamientos defensivos relacionados con la validez del reconocimiento en rueda de personas.

En ese aspecto, durante el debate oral, y también en esta instancia a modo de agravio casatorio, la defensa técnica de Moyano consideró que no debía tenerse por válido ese medio de prueba en razón que el acusado posee tatuajes y cicatrices que no pudieron pasar inadvertidos para la víctima reconociente.

En relación con ello, el sentenciante expresó que la crítica no es suficiente para desvirtuar la prueba de mención, puesto que las características aludidas podrían no haber estado presentes en el momento del hecho y –de mayor pertinencia aún– que podrían «no haber sido advertida[s] por el testigo, dado que fijó su atención en otros detalles de [la] fisonomía [del atacante]» (fundamentos, fs. 5).

Cabe agregar que tampoco se dejó de valorar el descargo que, en ejercicio de su derecho de defensa material, efectuó Moyano López durante el debate oral, ni el sobreseimiento dictado en la otra causa seguida contra el acusado, en virtud de la cual se produjo su señalamiento en el presente proceso.

Así, en relación a la versión defensiva, el tribunal de juicio entendió que el acusado «se limitó a negar el hecho expresando que en esa época se encontraba trabajando, sin embargo, **no existe ninguna fuente de prueba que avale los dichos** de éste» (fundamentos, fs. 6).

Y, respecto del sobreseimiento de Moyano López en la causa donde se investigan los delitos de la presunta banda delictiva, el sentenciante adecuadamente –según entiendo– consideró que «no resulta adecuado inferir de esa circunstancia que al no haber pruebas que lo vinculen con la pretensa banda, tampoco las haya en relación a la intervención en el hecho aquí investigado [...] el dato del sobreseimiento no resulta [...] decisivo, ya que podría haber existido, o no, la organización delictiva, o en su caso podría no haber

Moyano pertenecida a la misma, pero lo cierto [...] es que existió una primera sindicación por parte de los investigadores que permitió la imputación en esta causa» y el posterior señalamiento por parte de la víctima de un modo categórico (fundamentos, fs. 4).

En definitiva, advierto que la prueba legítimamente incorporada a la causa y controlada por las partes resulta contundente para tener por acreditada la responsabilidad de Moyano López en el hecho objeto del proceso, y así lo ha demostrado el sentenciante en una resolución suficientemente fundada.

No puede soslayarse además que los **agravios defensivos constituyen una reiteración de los argumentos esbozados a modo de alegatos** en el debate respectivo, los que han sido debidamente contestados por el tribunal de juicio, sin que la defensa invoque otras circunstancias o defecto aptos para desvirtuar el razonamiento del sentenciante.

En definitiva, al no corroborarse en esta instancia los vicios atribuidos por la defensa a la sentencia dictada por el tribunal de la instancia anterior, corresponde su mantenimiento como acto jurisdiccional válido.

Ello, a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido que tales defectos, para conllevar tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros), lo que en la especie no ocurre.

En virtud de esas consideraciones, entiendo que corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión propuesta. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto Dr. Valerio. Ampliatorio. Calificación legal. Concurso aparente.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, POR SU VOTO, DIJO: Si bien coincido con mi colega de sala respecto a la solución adoptada para la solución del caso, entiendo oportuno aclarar la **posición que asumo respecto de la calificación legal** en que fueron subsumidos los hechos objeto del proceso.

En ese orden, y no obstante no haber sido cuestionada en esta instancia, considero que la calificación jurídica que le corresponde a Ariel Nicolás Moyano López por los hechos juzgados, es la prevista en el art. 166 inc. 2, primer párrafo, primer supuesto del C.P., es decir, **robo agravado por el uso de arma (impropia)**, y no la de robo agravado por el uso de arma, por el uso de arma cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada y por ser cometido en lugares poblados y en banda, todo en concurso ideal, como estableció el sentenciante.

Ello por entender que la figura del robo agravado por el uso de arma (impropia), **abarca al tipo de robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada y robo agravado por ser el lugar poblado y en banda todo en concurso ideal** (arts. 166 inc. 2°, tercer párrafo, 54 y 167 inc. 2 del C.P.), toda vez que entre las diferentes figuras se presenta el caso de un **“concurso aparente de leyes penales”**.

Mi posición se funda en que «habrá concurso aparente cuando un hecho sea alcanzado por varios preceptos penales, de los cuales solo uno -que por sí solo basta para aprehender todo el desvalor del hecho- puede aplicarse puesto que su estimación conjunta supondría un bis in idem. Estamos en presencia -entonces- de **un solo delito, abarcado por un solo tipo penal**» (Conf. Andrés José D’Alessio, “Código Penal de la Nación, Comentado y Anotado, 2da Edición Actualizada y Ampliada, Tomo I, Parte General”, Editorial La Ley, 2009, págs. 872).

«Conforme a esta regla, existe concurso aparente cuando de los varios preceptos o tipos que aparentemente concurren, uno de ellos contempla más específicamente el hecho que los demás, debiendo resolverse el caso aplicando sólo la ley más especial.

Asimismo también se ha afirmado que se aplica este principio para el caso del **concurso aparente de dos tipos calificados que tengan origen en un mismo delito básico**, a través del cual se elige uno de aquéllos» (Conf. Andrés José D’Alessio, ob. cit. págs. 875 y 876).

En tal sentido, también se ha dicho que «[a]nte la ocurrencia en un mismo hecho **de dos o más tipos calificados dependientes de idéntico tipo simple** (p. ej., un robo doblemente agravado, por haberse cometido con arma y en poblado y en banda – art. 167, inc. 2º-), debe aplicarse solamente la figura que contiene el tipo calificado más grave (por especialidad); la mayor gravedad se determina por la comparación de las respectivas escalas de pena» (CN Casación Penal, sala II, “Miszczuk, Máximo A. y otro”, reg. N° 1.029, 1996/08/07, Fallos, 1996-II, 489”, mencionado en Andrés José D’Alessio, ob. cit., pág. 619). Por lo tanto, si un hecho encuentra adecuación típica en dos figuras agravadas dependientes del mismo tipo simple, sólo corresponde aplicar **la más grave**, tal como he sostenido en los precedentes «Campos Castro» y «Chávez», entre otros. Lo expresado es al sólo efecto de aclarar mi criterio en torno a la calificación atribuida, como anticipé. Por lo demás, coincido en que debe darse respuesta negativa a la primera cuestión propuesta. **ASÍ VOTO.**

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. **ASÍ VOTO.**

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. **ASÍ VOTO.**

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y JOSÉ V. VALERIO, adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se **RESUELVE:**

- 1.- Rechazar el recurso de casación deducido por la defensa de Ariel Nicolás Moyano López y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 1656, dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de esta Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

6- CARMONA RODRIGUEZ yot.. 06-04-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 54	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	B	M	AI ANA	PCE	-	-	CO	R	CI	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=769>

Lex: Art. 166, inc. 2°, 1° p., 1°s.; 166, inc. 2°, 3° p., 1°s., 167, inc. 2°, 54 del CP. Art. 155 del CP.

Vox: Robo. Arma impropia. Arma sin aptitud acreditada. Poblado y banda. Consumación.

Summa:

El TPC condenó a los tres señalados, Carmona, Chacón y Gatica, a la pena de **siete años y seis meses de prisión** e inhabilitación absoluta por todo el tiempo de la condena como coautores de los delitos de robo agravado con arma impropia, robo calificado por ser con arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada y robo agravado por ser cometido en lugar poblado y en banda, todo en concurso ideal (arts. 54, 166 inc. 2° párrafo 1°, 166 inc. 2° párrafo 3°, 167 inc. 2° C.P), declarándolos reincidentes

Los tres **defensores técnicos** interponen recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP). Cuestionan la consumación y la intervención de un cuarto sujeto, como así también la valoración de la prueba.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

Agrega que Carmona fue perdido de vista y parte de la res furtiva no fue hallada.

La **SCJM** rechazó los recursos de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1648, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- «González Araya».
- Ver Dimatteo Luna. 10-11-22.
- “... la motivación de la sentencia es suficiente a los fines de su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, **no adoleciendo de falencias que impliquen su nulidad**, a tenor de la reiterada jurisprudencia de esta Sala en el sentido de que tales defectos, para conllevar esa extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186- 427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177 entre otros), lo que en este caso no ocurre. “

b-CSJN

“González Nieva, Jorge Enrique”.:<https://sj.csjn.gov.ar/homeSJ/>

SCJM. Dres.: **Valerio**. Palermo. Adaro.

Fallo.

CUIJ: 13-05776043-9/1((018601-756578)) F. C/ CARMONA RODRIGUEZ, JESÚS ORLANDO; CHACON PEREZ, EXEQUIEL EDUARDO Y GATICA TOLEDO, MAURICIO ALEXANDER P/ROBO AGRAVADO CON ARMA IMPROPIA; ROBO CALIFICADO POR SER CON ARMA DE FUEGO CUYA APTITUD PARA EL DISPARO NO PUEDE TENERSE POR ACREDITADA Y ROBO AGRAVADO POR SER COMETIDO EN LUGAR POBLADO Y EN BANDA, TODO EN CONCURSO IDEAL (ARTS. 166 INC. 2º, PÁRRAFO 1º, 166 INC. 2º, PÁRRAFO 3º, 167 INC. 2º Y 54 DEL C.P.) (756578/19) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105949423*

En Mendoza, a los seis días del mes de abril del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-05776043-9/1 caratulada "F. c/ CARMONA RODRÍGUEZ JESÚS ORLANDO O RODRÍGUEZ CARMONA JESÚS ORLANDO Y OTS. P/ ROBO AGRAVADO S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

Los defensores de Jesús Orlando **Rodríguez Carmona** o Jesús Orlando Carmona Rodríguez, Mauricio Alexander **Gatica Toledo** y de Exequiel Eduardo **Chacón Pérez** interponen recursos de casación contra la sentencia N° 1648 en tanto condena a los nombrados a la pena de siete años y seis meses de prisión e inhabilitación absoluta por todo el tiempo de la condena como coautores de los delitos de robo agravado con arma impropia, robo calificado por ser con arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada y robo agravado por ser cometido en lugar poblado y en banda, todo en concurso ideal (arts. 54, 166 inc. 2º párrafo 1º, 166 inc. 2º párrafo 3º, 167 inc. 2º C.P), declarándolos reincidentes. Este pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial en los autos P-756578/19.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La sentenciante tuvo por probados los hechos contenidos en la acusación, esto es que el 1 de octubre de 2019 a las 21 horas aproximadamente, en el domicilio de Oscar Setter Cenís sito en Malvinas Argentinas 2320 de Guaymallén, los acusados y un sujeto aún no individualizado ni habido, portando armas de fuego amedrentaron a Setter Cenís, ingresaron al domicilio en el que se encontraban de visita Víctor Agüero y Carolina Herrera. En esa oportunidad, golpearon con las armas de fuego a Setter Cenís y le sustrajeron un jarrón de barro y arcilla con monedas de circulación hasta la mitad del jarrón, un casco blanco, un reloj marca Festina, un anillo de plata, \$ 2.000 en efectivo, un portadocumentos, un celular marca Samsung, una llave de camioneta, la licencia de conducir y documento de identidad del nombrado.

A Herrera le sustrajeron un celular marca Samsung, una cadena de acero con dije en plata y oro, una cruz, siete anillos de oro y plata y otras joyas; una cartera color marrón oscuro con una billetera con dinero en su interior, su documento nacional de identidad, mientras que a Agüero le sustrajeron \$ 3.000 en efectivo y otros objetos.

2.- Recursos de casación

a.- El defensor de Rodríguez Carmona se queja porque la motivación de la sentencia es insuficiente o aparente.

Señala que el hecho **quedó en grado de tentativa ya que los acusados no tuvieron la posibilidad de disponer de lo sustraído**. Alega que no se tuvieron en cuenta las pruebas del debate, ya que durante el mismo la víctima se contradijo respecto de la recuperación de los bienes de su propiedad y del hecho en sí, no pudiendo precisar la cantidad de personas que intervinieron. Señala que el personal policial dijo que nunca perdió de vista a los acusados y que no pudieron disponer de las cosas. Pide que se le aplique una pena de dos años y seis meses de prisión.

b.- El defensor de Chacón Pérez se agravia porque fueron erróneamente aplicadas las normas que consagran la sana crítica racional, el debido proceso legal, la defensa en juicio, el beneficio de la duda y el art. 42 CP.

Cita asimismo como vulnerados, los arts. 18, 19 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. Pide que se reduzca la pena de conformidad con las normas que rigen la tentativa, ya que los acusados carecieron de disponibilidad sobre los objetos robados.

Agrega que no puede tenerse por cierta la intervención de un Peugeot de color blanco para sostener que el delito fue consumado, ya que la vecina que fue testigo del hecho, no dijo que ese cuarto sujeto huyó con lo robado, a lo que le suma que no declaró en la causa. Indica que la víctima tampoco aludió a ese vehículo, no obstante que fue abordada en la calle.

Destaca que respecto de ese cuarto sujeto se entra en un terreno dudoso, ya que no hay testigo que lo haya visto irse con parte de lo sustraído, no se sabe qué rol tuvo porque bien pudo haberse ido del lugar y desistir del delito.

c.- La defensa de Gatica Toledo se queja porque la sentencia es nula, arbitraria y absurda, respecto de la motivación sobre si el delito fue consumado.

Señala que, si la juzgadora hubiera aplicado la ley sobre la base de las pruebas del expediente, la pena sería notoriamente menor.

Agrega que la motivación no tuvo en cuenta pruebas decisivas y su absurdidad deviene de la circunstancia de que la sentenciante contradijo las reglas lógicas.

Agrega que de los testimonios rendidos surge que su pupilo **no tuvo la posibilidad de disponer efectivamente de las cosas que sustrajo** y que el cuarto sujeto surge de la testimonial de una de las víctimas, Setter, y no del resto de las pruebas.

Destaca que ese cuarto sujeto no se puede haber esfumado y no hay pruebas de su participación. Los recurrentes formulan reserva del caso federal

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General dictamina que los recursos deben ser rechazados en el fondo, porque la sentencia se encuentra debidamente fundada.

Refiere que dichos recursos discrepan con la valoración del plexo probatorio, del que surge la intervención de cuatro sujetos y no de tres.

Además, considera que Rodríguez Carmona fue perdido de vista y que el derecho fue correctamente aplicado a la plataforma fáctica.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que los recursos de casación deben ser rechazados.

Ello por cuanto la motivación de la sentencia es suficiente a los fines de su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, **no adoleciendo de falencias que impliquen su nulidad**, a tenor de la reiterada jurisprudencia de esta Sala en el sentido de que tales defectos, para conllevar esa extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186- 427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177 entre otros), lo que en este caso no ocurre.

Así, la jueza de la instancia anterior se basó en las pruebas incorporadas, entre ellas, las actas de procedimiento y ratificaciones, informe del Cuerpo Médico Forense, **desgrabados del CEO, declaraciones testimoniales, las que fueron valoradas de conformidad con las reglas** de la sana crítica racional cuyo apartamiento, según resulta de la revisión efectuada, no se verificó.

Por ello, el agravio del defensor de Rodríguez Carmona centrado en que la juzgadora tuvo en cuenta solamente las probanzas de la investigación penal preparatoria, no es lo que se deriva de la fundamentación.

En efecto, la juzgadora analizó las declaraciones prestadas en el debate. Entre ellas, las de los acusados que optaron por declarar y la de los testigos por ellos ofrecidos, cuya **versión desestimó**.

Asimismo, la de los funcionarios policiales que intervinieron en el caso y las víctimas, que convergen juntamente con el resto de los elementos probatorios reunidos, en que el robo que sufrió Setter y sus dos amigos que se encontraban en su domicilio, fue consumado.

En primer lugar, porque **no fueron recuperados todos los bienes sustraídos**.

En consecuencia, corresponde rechazar el agravio que al respecto los defensores formulan, aludiendo a dichos bienes de forma genérica, sin individualización alguna.

Esto contrasta con los dichos de Setter, el dueño de casa, quien fue «[...] claro explicando que no recuperó todo lo que le sustrajeron, que le faltaron varias cosas [...]», según resaltó la sentenciante.

Efectivamente, esta víctima se refirió concretamente a su documento de identidad, carnet de conducir, dinero, un celular y dos relojes que no le fueron restituidos.

Por su parte Agüero, quien se encontraba en casa de Setter con su amiga Herrera, dijo en el debate que le sustrajeron el teléfono, la billetera y un bolso Adidas, habiendo recuperado solamente el bolso (audiencia del 29 abril de 2021, minutos 21 50 y 28:02 aproximadamente).

En segundo lugar, y sumado a lo anterior, debe señalarse que **uno de los participantes en el hecho no fue habido ni individualizado**.

La existencia de este cuarto sujeto, cuestionada por la defensa, quedó acreditada. Efectivamente, en la denuncia suscripta por Setter consta que «[...] en la puerta estaban esa persona que yo había conocido el día anterior –Chacón– y otro más que venía con él[...]Estábamos hablando[...]en la puerta de mi casa y aparecieron dos personas más por la esquina de Malvinas Argentinas y Los Paraísos[...]», portando armas. Esta versión fue la misma que brindó en el debate, según afirma enfáticamente la jueza de la instancia anterior, en particular con relación al **número de atacantes**, por lo que la contradicción a la que genéricamente se refiere el defensor de Carmona, de acuerdo a las constancias de la causa, no existió.

Dicho en otras palabras, Setter salió de su casa ante el llamado de Chacón, a quien conocía, que estaba acompañado con otro sujeto, oportunidad en la que aparecieron dos personas más con armas y luego entraron a su casa exigiendo dinero y golpeándolo en la cabeza.

A esto se suma que Agüero relató que quienes entraron al domicilio de Setter eran «[...]3, 4[...]» (registro audiovisual, minuto 18:31) y que no los pudo ver bien porque lo obligaron a tirarse al piso.

Más específicamente, ante el requerimiento de uno de los defensores dijo «[...]me parece que eran cuatro[...]» (minuto 31:55). Con relación a este tema, se resalta que la jueza de la instancia previa refirió **que el dueño de casa no haya reparado en que había un coche blanco cuando salió a la calle a atender a Exequiel Chacón**, o no lo haya mencionado en su declaración, dado que sólo aludió al automóvil modelo Corsa de color rojo en el que llegó el acusado precedentemente individualizado y en el que escapó él junto a los otros dos aprehendidos, no contradice la denuncia que hizo la vecina de Setter.

Esta última fue quien llamó al 911 manifestando que unas personas habían ingresado a la casa de su vecino bajo amenazas de muerte y que afuera había un Peugeot blanco y un Corsa rojo, lo que **quedó grabado en las constancias del CEO**, no habiendo sido esta probanza cuestionada por los recurrentes.

Cabe consignar que la sentenciante percibió a Setter como sincero y fiable, puesto que todos los extremos que denunció fueron avalados por pruebas objetivas, señalando que no encontró motivo para dudar de su credibilidad justamente en lo relativo a la presencia de ese cuarto sujeto armado.

De tal manera, desechó la posibilidad esbozada por las defensas, de que ello no sea cierto.

Asimismo, es irrelevante por carecer de entidad para modificar la condena pronunciada, frente al caudal probatorio examinado, que no se haya identificado ni determinado el rol que dicha persona cumplió en el delito en trato, de quien se sabe que no ingresó al domicilio.

Por la misma razón también es irrelevante, la circunstancia que ponen de relieve los impugnantes, relativa a que la ya mencionada vecina que avisó al 911, no haya visto si este cuarto sujeto se retiró en el automotor blanco que ella denunció que observó en la calle.

En tercer lugar, es pertinente afirmar que **Rodríguez Carmona no fue perseguido sin solución de continuidad por la policía, sino perdido de vista**, en contra de lo que aseveran los abogados recurrentes sin sujeción a las pruebas rendidas.

De esta forma, surge de las actuaciones policiales incorporadas y ratificadas, así como de las testimoniales de los funcionarios que participaron en ellas, que este acusado decidió en determinado momento bajar del Corsa rojo en el que fueron detenidos Chacón y Gatica y continuar su huida a pie, ingresando al interior del Hospital Notti –instantes en los que podría haber dispuesto de parte de los bienes sustraídos no recuperados–, habiendo sido nuevamente visto por los uniformados siguiendo las indicaciones de transeúntes; que estaba mojado al ser aprehendido porque se había metido en una acequia.

Conforme lo hasta aquí señalado, si tenemos en consideración la existencia de ese cuarto sujeto, que algunos de los bienes sustraídos no fueron recuperados con la aprehensión de Jesús Orlando Rodríguez Carmona, Mauricio Alexander Gatica Toledo y Exequiel Eduardo Chacón Pérez y que, asimismo que éstos tuvieron posibilidad de disponer de los bienes recuperados, el hecho no puede considerarse como sostienen las defensas de aquéllos, no consumado.

Así, de acuerdo con la revisión practicada de conformidad con los recursos de casación en trato, resulta que no hay vicios en los hechos que tuvo por acreditados la sentenciante y que estos hechos fueron subsumidos correctamente en derecho, **no resultando aplicable el art. 42 Cód. Penal** y su penalidad reducida, como piden los defensores de cada uno de los tres acusados.

Por tales razones, no puede ser de recibo en esta instancia la alegada aplicación del principio **in dubio pro reo**, según la jurisprudencia reiterada de esta Sala (L.S. 419-17, 397-237, 388-024, 388-062) y de acuerdo con los lineamientos brindados recientemente por la Corte Federal, en el caso “González Nieva, Jorge Enrique”.

Por lo tanto, y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde responder de manera negativa la primera cuestión planteada, y confirmar la sentencia recurrida, por no adolecer de los vicios endilgados ni de arbitrariedad alguna. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiero.

Sobre la misma cuestión, el Dr. Mario D. Adaro adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto Dr. Palermo. Coincide.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. OMAR A. PALERMO, POR SU VOTO, DIJO: Puesto a resolver los recursos de casación interpuestos, coincido con la solución propuesta por mi colega preopinante.

En efecto, considero que no se verifican los vicios que le atribuyen a la sentencia de la instancia previa las distintas defensas de los acusados en tanto no advierto arbitrariedad alguna en la valoración de los elementos de prueba.

De tal manera, y como bien se señala en el voto preopinante, a partir de los testimonios de la víctima y de Agüero es posible afirmar la existencia de un cuarto sujeto interviniente en el hecho y, si se tiene en cuenta que existieron bienes que no fueron recuperados, no resulta procedente la pretensión vinculada a que el hecho no se encuentra consumado.

En cuanto a la efectiva posibilidad efectiva de disposición de los bienes por parte de los acusados Rodríguez Carmona, Gatica Toledo y Chacón Pérez, debo remitirme a las consideraciones realizadas en el precedente «González Araya».

Aún así, las razones que fueron expuestas anteriormente me convencen de la conclusión alcanza en relación con la consumación del hecho atribuido y que se encontró acreditado en la instancia previa.

Por estas razones, entiendo que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar los recursos de casación interpuestos por los defensores de Jesús Orlando Rodríguez Carmona o Jesús Orlando Carmona Rodríguez, Mauricio Alexander Gatica Toledo y Exequiel Eduardo Chacón Pérez.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente las reservas del caso federal efectuadas.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

7- ESCOBEDO CRUZ. 22-04-22

VG	SA	SP	Arma	Art. 26	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	B	M	AI ANA	PCE	-	EGT	A	-	CI CR	-	-	-	-	474 489

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=806>

Lex: Art. 166, inc. 2°, 1° p., 1°s.; 166, inc. 2°, 3° p., 1°s., 167, inc. 2°, 54 del CP

Vox: Robo. Arma impropia. Arma sin aptitud acreditada. Poblado y banda. Momento consumativo. Tentativa. Concurso ideal. Concurso aparente de leyes.

Summa:

El TPC condenó al nombrado a la pena de **cinco años de prisión** e inhabilitación absoluta por el mismo término de la condena como autor de los delitos de robo agravado por el uso de **arma impropia** en concurso ideal con robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada (art. 166 inc. 2° 1° párrafo, 54, 166 inc. 2° 3° párrafo primer supuesto y 45 C.P.) en la causa N° P-53.410/20; autor de robo simple en concurso real con violación de domicilio (arts. 164, 150, 45 y 55 C.P.) en la causa P-779/20; autor de robo simple en grado de tentativa en concurso real con infracción art. 205 C.P., incumplimiento del aislamiento social preventivo y obligatorio (art. 164, 42, 55, 205 y 45 C.P., DNU 297/2020 y DNU 657/2020 de la Provincia de Mendoza) en la causa P-41.091/20 y autor de robo simple y hurto simple (dos hechos) todo en concurso real (art. 164, 162, 55 y 45 CP), en la causa P-731.885/20.

La defensa interpone **recurso de casación (Art. 474CPP) y de inconstitucionalidad**. Estima que el razonamiento del sentenciante es arbitrario, equívoco e incurre en el vicio de errónea aplicación de la ley penal sustantiva.

El Procurador General entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. Respecto del recurso de inconstitucionalidad estima que no es procedente.

La SCJM rechazó el recurso de casación. En relación al recurso de inconstitucionalidad también incoado, que en la instancia previa el mismo no fue concedido y la defensa no opuso al respecto ninguna impugnación, por lo que no será analizado.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1588, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

I- Concurso ideal. Concurso aparente de leyes. Calificación legal.

- «Campos Castro»
- «Bullones Baeza».
- «Pereira Soria». 04-05-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=338>

Parágrafos destacados:

“Siguiendo a D’Alessio, entiendo que «habrá concurso aparente cuando un hecho sea alcanzado por varios preceptos penales, de los cuales solo uno -que por sí solo basta para aprehender todo el desvalor del hecho- puede aplicarse puesto que su estimación conjunta supondría un bis in idem. Estamos en presencia -entonces- de un solo delito, abarcado por un solo tipo penal» (D’Alessio A., Código Penal de la Nación,

Comentado y Anotado, 2da Edición Actualizada y Ampliada, Tomo I, Parte General, Ed. La Ley, 2009, págs. 872). «Conforme a esta regla, existe concurso aparente cuando de los varios preceptos o tipos que aparentemente concurren, uno de ellos contempla más específicamente el hecho que los demás, debiendo resolverse el caso aplicando sólo la ley más especial» (D'Alessio, Ob. Cit., p. 875). En tal sentido, se ha dicho que: «Ante la ocurrencia en un mismo hecho de dos o más tipos calificados dependientes de idéntico tipo simple (p. ej., un robo doblemente agravado, por haberse cometido con arma y en poblado y en banda – art. 167, inc. 2º-) debe aplicarse solamente la figura que contiene el tipo calificado más grave (por especialidad); la mayor gravedad se determina por la comparación de las respectivas escalas penales» (**CNCasación Penal, sala II «Miszczuk»**, reg. N° 1.029, 1996/08/07, Fallos, 1996-II, p. 489». Fallo citado en D'Alessio, Ob. Cit., p. 619). Por lo tanto, si estamos como en nuestro caso ante dos figuras calificadas de robo con arma en el inc. 2 del art. 166 del CP: 1) en el primer párrafo primera parte, básica; 2) en el tercer párrafo, atenuada. El hecho único entonces debe ser encuadrado típicamente en la figura penal que comprenda de forma más perfecta al hecho penal, y que sea la de mayor gravedad. En el caso de autos ello implica condenar a Pereira Soria por el delito previsto de robo agravado por el uso de armas (arts. 166 inc. 2 primer párrafo primer supuesto del CP).

II- Consumación y tentativa.

- González Araya. 15-08-17: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
DERECHO PENAL - DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD - ROBO - DISPOSICION DE LA COSA - **ESFERA DE CUSTODIA**

Texto:

El momento consumativo del robo se determina cuando el autor se encuentra en **condiciones materialmente pacíficas de disponer** sobre los bienes objeto del ilícito, no bastando con que la víctima quede desposeída de ellos. Por lo que el autor debe encontrarse en una situación apta para decidir el destino de la cosa.

Sostener que la consumación del delito de robo se produce con la pérdida de la custodia del bien por parte de la víctima, traería como consecuencia sistemática que ante ello no podría actuarse en legítima defensa, pues ella solo tiene lugar durante la ejecución del ilícito, mas no luego de su consumación. Es decir, **la legítima defensa** sólo puede tener lugar hasta la consumación del delito, luego de ello, la agresión cesa y pierde su actualidad. El criterio según el cual el robo se consuma con el desapoderamiento de la víctima haría materialmente imposible actuar ante él en legítima defensa. Por ello, debe considerarse que la tentativa se mantiene hasta el momento en que se obtiene una posesión pacífica sobre los bienes, y por ende, hasta ese momento cabe la defensa contra esa agresión.

DERECHO PENAL - CONCURSO DE DELITOS - **CONCURSO REAL** - CONCURSO IDEAL - DIFERENCIAS

Texto:

La diferencia entre el concurso real y el concurso ideal reside en que en el primero existe una única acción que puede subsumirse bajo más de un tipo penal, mientras que en el segundo son conductas independientes las que se encuadran en las distintas figuras típicas. Por lo tanto, no alcanza con sólo referir a la pluralidad de tipos penales que intervienen para confirmar la concurrencia del concurso real, para ello deben individualizarse cuáles son los hechos independientes que se le atribuyen al imputado.

Expte.: 13038502259 - F. C/ GONZALEZ ARAYA MARTIN RAMON Y TEJADA AGUILAR P/ ROBO SIMPLE P/ CASACION Tribunal: SUPREMA CORTE - SALA N °2. Magistrado/s: VALERIO - PALERMO - ADARO Ubicación: LS5

b-CSJN

- “González, Jorge Enrique” (Fallos 343:1181). 08-10-20

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7609901&cache=1623022532425>

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?idDocumento=7609903&cache=1679245930620>

Antecedentes: El superior tribunal provincial desestimó el recurso mediante el cual la defensa había impugnado la decisión de la casación, confirmatoria de la sentencia que lo condenó como coautor del delito de robo con homicidio resultante y autor de las amenazas calificadas por el empleo de un arma y portación de arma de guerra. Contra ese pronunciamiento, la defensa dedujo recurso extraordinario, cuya declaración de inadmisibilidad motivó la correspondiente **queja**. La Corte hizo lugar a la queja, declaró procedente el recurso extraordinario, dejó sin efecto la sentencia apelada y, en uso de las facultades establecidas en la segunda parte del **art. 16 de la ley 48, absolvió al procesado**.

La sentencia: La Corte señaló que, del examen de las piezas procesales pertinentes de la causa, se podía comprobar que los tribunales intervinientes en las distintas instancias habían esgrimido una serie de argumentos que resultaban incompatibles con el debido proceso, la defensa en juicio y el in dubio pro reo. Explicó que, a los fines de la intervención del imputado en los hechos, el tribunal oral había tenido en cuenta especialmente un **reconocimiento fotográfico** realizado por un testigo. Luego, cuestionada esta prueba de cargo por la defensa por irregularidades procesales, los tribunales intervinientes habían rechazado los reproches alegados. En relación a ello, recordó la directa relación entre el **cumplimiento de la reglamentación procesal y el derecho de defensa** y destacó que las exigencias formales adquieren sustancial relevancia cuando se trata de la prueba exclusiva para fundar la atribución de culpabilidad, en especial ante la existencia de indicios concordantes que apuntan en dirección opuesta. En efecto, en el caso se cuestionaba el valor asignado a la identificación por fotografías del imputado por parte de un testigo que luego no pudo reconocerlo personalmente, fundado en razonamientos arbitrarios y en una concepción incompatible con la presunción constitucional de inocencia. Asimismo, subrayó que la defensa había aportado dos testigos cuyos testimonios habían sido descartados por razones ligadas a la inmediatez de la prueba producida en el juicio y otros argumentos inadmisibles. En función de lo expuesto, la Corte expresó que se había desatendido uno de los principales deberes que pesan sobre quienes ejercen la magistratura en el fuero penal, que es velar por la **legalidad de los procesos judiciales**, garantizando que las sentencias no sean el producto de procedimientos irregulares o directamente ilegales. Señaló también que se había vulnerado el derecho a la amplia revisión de las sentencias reconocido en el **precedente “Casal”**, que garantiza la realización del máximo de esfuerzo en el contralor. Esto toda vez que el tribunal superior provincial había hecho propias ostensibles deficiencias argumentativas de los decisorios de las instancias anteriores, al amparo de un excesivo rigor formal y con base a expresiones dogmáticas y sin contenido, desatendiendo los antecedentes que hacían a la cuestión fáctica sustancial de la causa y el adecuado estudio de elementos conducentes obrantes en la misma. Por ello, resolvió que la sentencia apelada debía ser descalificada como acto jurisdiccional válido con arreglo a la doctrina de la arbitrariedad.

SCJM. Dres.: **Valerio.** Palermo. Adaro (Licencia).

Fallo.

CUIJ: 13-06692557-3/1((018602-53410)) FC/ ESCOBEDO CRUZ ROBERTO CARLOS/ ROBO AGRAVADO (53410) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105954736*

En Mendoza, a los veintidós días del mes de abril del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06692557-3/1 caratulada “FC/ ESCOBEDO CRUZ ROBERTO CARLOS P/ ROBO AGRAVADO S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. MARIO D. ADARO.

La defensa de Roberto Carlos Escobedo Cruz interpone recursos de casación e inconstitucionalidad contra la sentencia N° 1.588, en tanto condena al nombrado a la pena de cinco años de prisión e inhabilitación absoluta por el mismo término de la condena como autor de los delitos de robo agravado por el uso de arma impropia en concurso ideal con robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada (art. 166 inc. 2° 1° párrafo, 54, 166 inc. 2° 3° párrafo primer supuesto y 45 C.P.) en la causa N° P-53.410/20; autor de robo simple en concurso real con violación de domicilio (arts. 164, 150, 45 y 55 C.P.) en la causa P-779/20; autor de robo simple en grado de tentativa en concurso real con infracción art. 205 C.P., incumplimiento del aislamiento social preventivo y obligatorio (art. 164, 42, 55, 205 y 45 C.P., DNU 297/2020 y DNU 657/2020 de la Provincia de Mendoza) en la causa P-41.091/20 y autor de robo simple y hurto simple (dos hechos) todo en concurso real (art. 164, 162, 55 y 45 CP), en la causa P-731.885/20.

Este pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La sentencia tuvo por probados los hechos contenidos en las acusaciones. En el expediente P-53.410/20 se determinó que a las 11 horas aproximadamente del 18 de julio de 2020 el acusado llegó a bordo de una motocicleta Zanella a calle Perito Moreno y Peltier de Godoy Cruz y estacionó frente a la puerta del local 9 donde funciona la tienda de ropa Piedra Libre. Ingresó al local y le exhibió un arma de fuego tipo revólver plateado a Fernanda Actis y se apoderó, ejerciendo fuerza sobre la víctima, de un celular Samsung con funda color fucsia para luego manifestarle quedate callada porque te mato, mientras le exhibía el arma de fuego y tenía el teléfono en la mano.

Actis se abalanzó sobre el acusado y lo tomó del brazo para intentar recuperar el teléfono, momento en el que le dio un golpe en la cabeza con el arma de fuego, lesionándola allí y en la mano derecha.

El acusado aprovechó ese momento para salir del local y subirse a la moto, pero al no poder arrancarla huyó a pie.

Luego de un patrullaje por la zona, personal de UMAR logró su aprehensión en calles Mansilla y Loria, a unas cuadras del lugar del hecho recuperando el teléfono celular, constatándose el faltante de su funda protectora, el chip de la empresa Claro, una tarjeta de memoria y el arma de fuego que estaba en un bolsillo del pantalón.

En el caso P-779/20 se consideró probado que el 3 de enero de 2020 a las 9.30 horas aproximadamente, en calle Laguna Llanquanelo 2087 de Godoy Cruz, el acusado previo a romper el pasador y el policarbonato del portón de acceso a la vivienda sustrajo una escalera, una bacha de baño blanca con grifos dorados, un espejo de baño, accesorios para colgar toallas del baño, silla de auto para bebés mecedora de bebé y ropas varias en una bolsa de consorcio, productos de limpieza, licuadora y otros objetos. Ingresó en las mismas circunstancias de tiempo al domicilio de calle Lago Palena 1980, donde en el comedor de la vivienda dejó parte de los elementos sustraídos.

En la causa P-41.091/20 el juez de la instancia previa entendió probado que el 28 de mayo de 2020 a las 15.20 horas aproximadamente el acusado, ingresó al kiosco ubicado dentro del Colegio Integral del Huerto sito en la intersección de calles Loos y Perito Moreno de Godoy Cruz, previo a forzar la puerta corrediza de doble hoja, dañándola a la altura de la traba. Una vez adentro, sustrajo elementos del mismo y se dio a la fuga por el descampado colindante a la institución educativa, donde fue aprehendido por personal policial que había sido desplazado por frecuencia policial, no logrando llevar a cabo su cometido, incumpliendo además el aislamiento ordenado por el DNU 297/2020.

Finalmente, en el expediente P-731.885/20 el juez consideró acreditado que el 18 de julio de 2019 sin poder determinar la hora exacta, el acusado ingresó al domicilio de calle Las Cortaderas lote 4 del distrito Vertientes del Pedemonte en Luján de Cuyo, sustrayendo una cubierta rodado 14. El acusado entró seguidamente al domicilio de calle La Virgen manzana A lote 23 del mismo distrito, sustrayendo un calefactor tiro balanceado. Luego, previo a violentar el cierre perimetral del domicilio de calle La Virgen manzana A lote 21 ingresó y sustrajo cinco rollos de fieltro aislantes de un metro de ancho por siete metros de largo, siendo aprehendido luego con la res furtiva por vecinos de la zona.

2.- Recursos de casación e inconstitucionalidad

A través del recurso de casación, el defensor se agravia porque el juzgador no valoró la prueba de conformidad con las reglas de la sana crítica racional.

Expresa que de haberlo hecho, habría surgido una duda que debe favorecer a su defendido.

Agrega que sólo fueron ponderadas en parte las constancias de autos; que la sentencia está parcialmente motivada y es contradictoria. Explica que no se tuvo en cuenta la prueba presentada por la defensa.

En particular sobre la causa P-53.410/20, se queja porque la agravante impuesta requiere que el arma de fuego que llevaba el acusado en el robo, sea utilizada de manera efectiva, lo que no se acreditó.

Resalta que a esos efectos, el juzgador se basó solamente en el testimonio parcializado de la víctima, de un testigo y de los policías que fueron al negocio luego de cometido el delito, declaraciones que a su entender, fueron sobrevaloradas. Apunta que en el debate ninguno de esos testigos recordó con exactitud en qué partes del cuerpo fue golpeada la víctima, salvo la funcionaria policial Gabriela Quiroga, quien dijo haber visto las lesiones pero no recordó qué dedo ni qué lado de la cabeza de la víctima fueron golpeados por el acusado.

Relata que en este caso era necesario que las lesiones fueran constatadas, lo que no ocurrió, dado que la denunciante dijo que utilizó el arma para provocarlas.

Se queja también porque los testigos mencionaron que la moto estaba tirada y varios testigos coincidieron en que la denunciante se abalanzó sobre su defendido en su huída, lo que generó la caída de ambos, circunstancia que debe llevar a la duda sobre cómo se produjeron las lesiones de la denunciante.

Esto es, como consecuencia de esos hechos y no por el uso del arma de fuego de manera impropia.

Destaca que el acusado tuvo la intención de intimidar mediante un arma descargada y no de aumentar su poder vulnerante usándola de otro modo. Sobre los autos **P-779/20 y P-731.885/20** explica que su parte llegó a un acuerdo probatorio, así como en la **causa P-41091/20**, pero que expresamente manifestó su disidencia en los dos primeros en cuanto a la consumación de los delitos. Relata que del análisis de la prueba que hizo el fiscal, surge que se trató de delitos flagrantes en los que el encausado fue apresado en el hecho en sí o instantes después de realizarlos, por lo que son tentados.

Señala que los **denunciantes recuperaron las cosas inmediatamente**, lo que lo lleva a afirmar que si bien hubo desapoderamiento, su defendido no llegó a apoderarse de ellos.

En autos **P731.885/20** dice que el hecho de dejar parte del botín en la casa que alquilaba, no es un acto de disposición material sino de un señorío efímero. Resalta que esos hechos no pudieron consumarse porque intervinieron terceros, habiendo tenido el acusado poder sobre los objetos sustraídos por mínimos instantes. Destaca que todas las causas son del 2020 y su defendido tiene cuarenta años, es inexperto en la delincuencia ya que comenzó tardíamente a ejercerla, puesto que en 2019 se murió su madre, lo que lo llevó a drogarse y alcoholizarse.

Pide que se le aplique la pena de tres años de prisión, teniendo **en cuenta la función resocializadora que debe cumplir dicha sanción** y la circunstancia que su defendido no tenía antecedentes.

Interpone asimismo recurso de **inconstitucionalidad**, porque se ha violado el debido proceso y la defensa en juicio a través de la falta de motivación al sentenciar.

Expone que es dudosa la situación fáctica por la que se lo condenó a su defendido, no habiendo tenido en cuenta el juzgador lo que dicen los testigos, sino sólo lo que dice el Ministerio Público Fiscal.

Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General dictamina que el recurso debe ser rechazado porque evidencia la **discrepancia con la valoración de las pruebas** que efectuó el juez de la instancia previa, dado que de los fundamentos surge que el sentenciante la analizó en su conjunto, adecuadamente.

Considera que el hallazgo de parte los bienes en el domicilio del testigo Rubén Rodríguez, implica que el hecho no quedó en grado de tentativa, por más que fuera aprehendido transportando alguno de los bienes.

Con relación al recurso de inconstitucionalidad, dictamina que no procede formalmente, dado que no cuestiona la constitucionalidad de una norma.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación interpuesto debe ser rechazado.

Ello por cuanto la motivación de la **sentencia es suficiente a los fines** de su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, no adoleciendo de falencias que impliquen su nulidad, a tenor de la reiterada jurisprudencia de esta Sala en el sentido que, tales defectos, para conllevar esa extrema solución, deben

revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186- 427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177 entre otros), lo que en este caso no ocurre.

Además, el juez de la instancia anterior se basó en las pruebas tanto en pruebas ofrecidas por la acusación como por la defensa, entre ellas la declaración de Escobedo, motivo por el que el agravio centrado en que sólo se analizaron las probanzas que favorecían la posición sostenida por el Ministerio Fiscal carece de sustento.

A esto se suma que dichas **pruebas fueron valoradas de conformidad con las reglas de la sana crítica racional**, cuyo apartamiento según resulta de la revisión efectuada, no se ha verificado.

De tal modo, la afirmación del recurrente relativa a que una correcta ponderación de los elementos probatorios, generaría una duda favorable a su asistido, no puede prosperar.

En primer lugar, porque la motivación es ajustada a derecho.

En segundo término, porque **no surge el estado intelectual de duda** que legitima su aplicación, según la jurisprudencia reiterada de esta Sala (L.S. 419-17, 397-237, 388-024, 388-062) y los lineamientos brindados recientemente por la Corte Federal, en el caso **“González, Jorge Enrique”** (Fallos 343:1181).

En la causa N° P-53.410/20 en particular, el agravio centrado en que no se utilizó el arma de fuego como objeto contundente para golpear a la víctima, configura sólo una apreciación personal del defensor, que no se corresponde con las constancias de autos.

Así, el defensor sostiene que la causa de las lesiones de la denunciante no fue el golpe que le propinó el acusado con dicha arma, sino que esas lesiones fueron provocadas cuando cayó la moto de Escobedo, llegando incluso a negar la existencia de esas lesiones, en contra de la prueba rendida.

En efecto, el sentenciante mencionó que los golpes con la cachea del arma de fuego en la cabeza de la denunciante y las lesiones que le ocasionó, surgen del acta de procedimiento.

También constan esos extremos en el acta de denuncia, labrada el mismo día del hecho, a la que se ha tenido acceso.

Así, Fernanda Actis dijo «[...] lo agarré del brazo para quitarle el celular que tenía en la mano derecha y forcejeamos, ahí me pegó con el arma y en el acto reflejo de defenderme con el brazo, el arma me pegó en el dedo grande de la mano derecha», términos que concuerdan con lo que declaró en el debate.

En efecto, en dicha ocasión dijo que el acusado la golpeó con el arma en la cabeza adentro del local comercial que ella atendía y que la lesión que sufrió en el dedo “[...] fue al protegerme la cabeza” (registro audio visual del 18 de mayo de 2021, minuto 14 aproximadamente).

No obstante, fue preguntada por el defensor sobre si esas lesiones podían «[...] ser producto de cuando usted se le abalanzó a él en la moto», a lo que Fernanda Actis respondió con contundencia: «No señor, no pueden ser producto de eso, porque él me lo hizo con el arma y apretándome y teniéndome dentro del local para que yo no pudiera salir [...]».

Aclaró asimismo que «yo no me tiro encima de él», sólo lo empujó pero que no cayeron al piso: «se cae al piso sólo la moto, él no se alcanza a caer del todo» (minuto 16:08 y siguientes).

En este punto, entiendo pertinente resaltar que el juez de la instancia anterior le ha conferido plena credibilidad a los dichos de la víctima, estimando que no existe motivo para mentir sobre este tópico, que ha sostenido invariablemente desde los inicios de la investigación.

Por su parte, el testigo Alfonso recordó haberle visto a Actis una curita o venda en el dedo (audiencia del 4 de mayo de 2021, minuto 1:00 aproximadamente) y el defensor reconoce en su recurso que la auxiliar de la policía Gabriela Almeida Quiroga admitió que la víctima sufrió lesiones, lo que se constató a través de la reproducción del registro audiovisual de la audiencia en este párrafo individualizada.

O sea, a los fines de demostrar el concreto uso del arma de fuego como impropia en el caso de autos, son suficientes las pruebas precedentemente mencionadas, sin que se requiera un certificado médico, como expresa la defensa.

Es más, frente a estas probanzas, es irrelevante que algunos funcionarios policiales no hayan recordado si la víctima estaba herida y otros testigos no lograran precisar si fue el dedo izquierdo o el derecho el que quedó lastimado como consecuencia del robo. O bien, en qué lado de la cabeza fue golpeada por el acusado, extremos de los que se agravia la defensa.

Además, no se advierte que constituya una falta de lógica, como indica el defensor, que en un mismo hecho se use el arma de fuego de distinta forma.

En la especie, golpeando a la víctima en la cabeza para perpetrar el robo y después, apuntando al emprender la fuga, a quienes se encontraban en el local de RapiPago vecino al local comercial donde se perpetró el hecho examinado y que fueron alertados por los gritos de Actis.

En definitiva, el defensor se limita a discrepar con el criterio valorativo del sentenciante, sin demostrar la presencia de los vicios en el razonamiento que refiere.

Finalmente, en relación con esta causa, entiendo pertinente reiterar mi posición expresada en los **precedentes «Campos Castro», «Bullones Baeza»**, entre otros, según la cual la figura del robo agravado por el uso de arma abarca al tipo de robo agravado por el uso de arma cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada, toda vez que entre las diferentes figuras se presenta el caso de un concurso aparente de leyes penales.

Con relación a las otras causas, es menester consignar que la defensa arribó a un acuerdo probatorio con la representante del Ministerio Público Fiscal, para tener por acreditados los hechos investigados en los autos P-731.885/20, P-779/20 y P-41.091/20, así como la participación de acusado en ellos, motivo por lo que sólo iban a realizar los alegatos de cierre. En dichas causas, el agravio consiste en que el robo y el hurto que han sido tenidos por consumados, quedaron en grado de tentativa.

Al respecto, coincido con el criterio del Ministerio Público Fiscal y del sentenciante, respecto de que dichos delitos quedaron consumados, puesto que tanto en la causa P-779/20 como en la P-731.885/20 y aún por breves instantes, las víctimas perdieron todo poder de custodia y disposición sobre lo sustraído. Efectivamente, en el primero de los casos citados, según la plataforma fáctica, el acusado llevó parte de esos bienes a una casa que alquilaba y en el segundo, dejó una parte de ellos en un terreno baldío listos para ser cargados y extraídos de allí.

Más allá de ello, entiendo que el tratamiento de esos agravios resulta carente de interés.

Esto por cuanto ha sido rechazado el recurso de casación en la causa en la que se investigó el delito más grave –robo agravado por el uso de arma impropia en concurso ideal con robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud no puede tenerse por acreditada, remitiéndome a lo que dije en párrafos precedentes sobre la calificación que a mi criterio corresponde–, cuya pena mínima son cinco años de prisión, que es justamente la penalidad única a la que ha sido condenado Escobedo Cruz por todos los hechos que se le atribuyen, en concurso real.

Dicho de otra forma, aún en la hipótesis que se consideren tentados los delitos de robo y hurto de los autos P-779/20 y P-731.885/20, en modo alguno la condena puede ser inferior al mínimo correspondiente al delito juzgado en la causa P-53.410/20.

En consecuencia, el planteo del recurrente dirigido a que se le impongan tres años de prisión, tampoco puede prosperar.

Resta decir con relación al recurso de inconstitucionalidad también incoado, que en la instancia previa el mismo no fue concedido y la defensa no opuso al respecto ninguna impugnación, por lo que no será analizado.

Por lo tanto, y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde responder de manera negativa la primera cuestión planteada, y confirmar la sentencia recurrida, por no adolecer de los vicios endilgados ni de arbitrariedad alguna. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. OMAR A. PALERMO, POR SU VOTO, DIJO: Puesto a resolver los recursos de casación interpuestos, coincido con la solución propuesta por mi colega preopinante, basada en la desestimación en esta instancia de los cuestionamientos de la defensa sobre la valoración probatoria, efectuada por el juez de la instancia previa.

En relación con la causa Nº **P-53.410/20** considero que corresponde, en cuanto a la calificación legal de los hechos, remitirme a la posición que he adoptado respecto del modo en que concurren los tipos penales de robo agravado por el uso de arma impropia (art. 166, inc. 2º, primer párrafo, primer supuesto del CP) y robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada (art. 166, inc. 2º, tercer párrafo, primer supuesto del CP), conforme se desarrolló en el **precedente «Pereira Soria»**.

En cuanto a las demás causas, entiendo que deben aplicarse las consideraciones que realice, respecto de los ámbitos de consumación y tentativa, en el **precedente «González Araya»**.

De tal manera, uno de los hechos investigados en la causa P-731.885/20 –el relacionado con la sustracción de cinco rollos de fieltro aislantes– debe tener tentado y no consumado.

Sin perjuicio de ello, lo cierto es que a mi modo de ver, lo referido no inciden en la pena impuesta, razón por la cual estimo que no corresponde hacer lugar al recurso interpuesto.

En razón de lo expuesto, corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado de la primera cuestión, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Roberto Carlos Escobedo Cruz.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5º del CPP). Secretaría, 22 de abril de 2022.-

8- YANZON RUARTE. 26-04-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 54	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	B	AF	-	PCE	-	-	A	-	CI	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=808>

Lex: Art. 166, inc. 2°, 167, inc. 2°, 54 del CP

Vox: Robo. Arma de fuego. Poblado y banda.

Summa:

El **TPC** condenó al nombrado a la pena **de siete años y seis meses** de prisión por el delito de robo agravado por ser cometido con arma de fuego en concurso ideal con robo agravado por ser cometido en poblado y en banda (arts. 166, inciso 2°, segundo párrafo, 54, 167, inc. 2° del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP). Estima que existen vicios in procedendo en la resolución que cuestiona. Cuestiona la participación del su pupilo.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1609, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Narambuena. 04-03-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=322>

SCJM. Dres.: **Adaro.** Palermo. Valerio.

Fallo.

CUIJ: 13-06696588-5/1((018602-734856)) FC/ YANZON RUARTE BRIAN P/ ROBO AGRAVADO (734856) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105958584*

En Mendoza, a los veintiséis días del mes de abril del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-06696588-5/1, caratulada "F. C/ YANZÓN RUARTE, BRIAN ANIBAL Y OTS. P/ ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO EN CONCURSO IDEAL CON ROBO AGRAVADO POR SER COMETIDO EN POBLADO Y EN BANDA S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo, DR. OMAR A. PALERMO y tercero, DR. JOSE V. VALERIO.

La defensa técnica del acusado Brian Aníbal Yanzón Ruarte interpone recurso de casación contra la sentencia N° 1.609 (fs. 106 y vta.) y sus fundamentos (fs. 108/123 vta.), en cuanto condena al nombrado a la pena **de siete años y seis meses** de prisión por el delito de robo agravado por ser cometido con arma de fuego en concurso ideal con robo agravado por ser cometido en poblado y en banda (arts. 166, inciso 2°, segundo párrafo, 54, 167, inc. 2° del CP), pronunciamiento dictado en la causa N° P- 734.856/19 por el Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO:

I.- Sentencia recurrida

La resolución cuestionada establece, en lo que aquí respecta, que ha quedado acreditado que «[q]ue el día 29 de julio de 2019, siendo aproximadamente las 17:45 hs., Brian Aníbal Yanzón Ruarte, junto a dos sujetos no identificados mayores de edad, previo trepar una puerta de chapa ubicada en el patio delantero del domicilio sito en calle Roldan n° 179 de Las Cañas, Dorrego, Guaymallén, ingresaron al interior de la residencia, y esgrimiendo un arma de fuego efectuaron un disparo y les sustrajeron a las víctimas la suma de siete mil pesos y una planta de marihuana, dándose a la fuga con los elementos sustraídos a bordo de un vehículo marca Volkswagen de color gris, modelo antiguo».

Para así decidir, el juez de la instancia previa valoró, entre los elementos de juicio más relevantes, las declaraciones testimoniales de Jonathan González, Camila Rojas y Nadia Sáez, así como el informe de Policía Científica de fs. 37/48 y las actas de reconocimiento de fs. 125/126.

II.- Recurso de casación

La defensa de Brian Aníbal Yanzón Ruarte promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 474, inc. 2 del CPP, es decir, por considerar que existen vicios in procedendo en la resolución que cuestiona.

Sostiene la defensa que el juez de la instancia previa realizó una valoración arbitraria de las pruebas y una fundamentación aparente en la sentencia respecto de la autoría del acusado en el delito por el que resultó condenado.

De este modo, luego de transcribir parte de los fundamentos de la sentencia, sostiene que no comparte la valoración realizada por el sentenciante para sostener la responsabilidad de su asistido en el hecho objeto del proceso.

Señala que el sentenciante arribó a tal conclusión a través de una serie de suposiciones huérfanas del verdadero, esencial y necesario sustento lógico. Agrega que el juez omitió considerar prueba relevante e, incluso, no interpretó debidamente la teoría del caso de la defensa. Asegura que el magistrado se apartó de la prueba colectada durante la instrucción y debidamente incorporada al debate, tergiversándola al sólo efecto de sostener una sentencia condenatoria. Se agravia de los argumentos en virtud de los cuales el sentenciante consideró que las pruebas instrumentales y científicas confirmaron lo expuesto por los testigos. Entiende que los testigos a los que hace referencia el juez de sentencia son las supuestas víctimas, respecto de las cuales se ha acreditado su ánimo de venganza. Asegura que las referidas pruebas científicas no existen como tales. Explica que el juez de sentencia valoró el alegato defensivo de manera correcta en el punto 5.2, en cuanto a que las víctimas habrían mentido sólo respecto de quién habría sido el autor del hecho. Sin embargo, advierte que el sentenciante en su motivación equivocó su argumento al referir que la defensa sostuvo que las víctimas «pergeñaron» todo el hecho, aspecto que no formó parte de la teoría del caso de la defensa. Asegura que el juez de la instancia previa no logró dar una explicación convincente sobre cómo hicieron los testigos González y Rojas para identificar a Brian Yanzón como uno de los autores. Sostiene que el sentenciante tampoco explicó por qué mintió Rojas en su declaración al afirmar que Nadia Camila Sáez identificó y le «marcó» a Brian Yanzón al verlo en la calle.

Expresa, además, que el juez no mencionó que las reproducciones de las cámaras de seguridad aportadas por Rojas y González, las que mostraban a un sujeto parecido al acusado y se correspondían a imágenes entre una o dos horas anteriores al hecho. Cuestiona que los testigos refirieron que tenían a su disposición imágenes del momento del hecho, sin embargo éstas no fueron incorporadas al debate. Destaca que tampoco la testigo Valentina Robello Bunjeil pudo dar detalles concretos sobre los autores y nunca pudo identificar a Brian Yanzón. En otro orden, argumenta que el juez de sentencia no consideró las contradicciones entre la víctima, que refirió que un testigo le dijo haber reconocido a Brian Yanzón como autor del hecho, y este mismo testigo que negó tal circunstancia. Señala que, incluso, este testigo negó conocer a Yanzón en oportunidad de realizarse un careo lo que, a criterio de la defensa, privó de sustento la acusación atribuida a su defendido. Señala que tres testigos coincidieron al declarar que la víctima Jonathan González y Yanzón se conocían, y que éste tenía una deuda con González por la compra de droga. Explica que por este motivo los testigos aseguraron que González le «juró» venganza. Con relación a la aptitud del arma de fuego que habrían utilizado los autores para perpetrar el ilícito, la defensa se agravia de los fundamentos brindados por el sentenciante, por cuanto sostiene que al ser el arma de fuego utilizada un revolver, es decir un arma sin tambor, es esperable que no se haya encontrado la vaina utilizada. Señala que la oficial Johanna Reyes, al ser interrogada por la defensa, reconoció que ello no es absoluto, y que es factible que puedan existir rastros de pólvora, por lo menos mínimos. Agrega que la testigo de actuación del examen realizado sobre el arma, Valentina Robello, declaró que le solicitaron asistir dos días, porque les extrañaba a quienes lo efectuaban no haber encontrado rastros de pólvora. Concluye que la prueba valorada en los fundamentos de la sentencia recurrida adolece de contradicción y arbitrariedad y, por ello, vulnera las reglas de la sana crítica racional. En virtud de ello, solicita se declare la nulidad de la resolución que cuestiona y su reenvío a un subrogante legal para la realización de un nuevo juicio. De manera subsidiaria, requiere que se acojan los vicios de procedimiento y, en consecuencia, se

absuelva a su defendido por el delito atribuido en las presentes actuaciones. Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General estima que el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado no puede prosperar en tanto no se advierte en la sentencia cuestionada una inobservancia de las normas que pudiera acarrear la nulidad. Sostiene que el recurrente intenta una nueva revisión de todo lo sucedido en el debate, que fue objeto de contradicción y debidamente analizado por el sentenciante. En este sentido, sostiene que de la lectura de los fundamentos de la resolución cuestionada se advierte que para llegar a la certeza acerca de la existencia material del hecho y la autoría del acusado, el plexo probatorio fue analizado y cotejado en su totalidad por el juez de sentencia. Concluye, conforme los argumentos referidos, que la sentencia atacada se encuentra debidamente motivada, por lo que el planteo de la defensa resulta infundado y debe rechazarse en esta instancia.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar. Paso a explicarlo.

Preliminarmente cabe recordar que, como se ha dicho en otras oportunidades, corresponde a este Tribunal verificar que en la instancia previa de sentencia se contó con suficiente prueba sobre la comisión del hecho y la intervención que en el mismo le cupo al encausado para dictar su condena, y que esa prueba fue lograda sin quebrantar derechos o garantías fundamentales y en correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción.

Además, debe comprobarse que la resolución, en relación con la valoración de aquella prueba, se encuentra motivada de una manera lógica y convincente (ver, «Narambuena Sepúlveda», entre otros).

Dicho esto, advierto que la defensa cuestiona la participación de su defendido en el hecho objeto del proceso.

En este sentido, los agravios expuestos giran principalmente en torno a la valoración –a su juicio arbitraria– de los elementos de prueba incorporados al debate, en especial, las declaraciones testimoniales brindadas por la víctima Camila Rojas y la testigo Nadia Camila Sáez.

En efecto, la defensa refiere que no quedó claro de qué manera se llegó a la conclusión de que Brian Yanzón fue uno de los autores del hecho investigado. Destaca que lo manifestado por Camila Rojas, en tanto refirió que al advertir la presencia de uno de los autores del hecho en la calle, aseguró que fue su amiga, Nadia Camila Sáez, quien le dijo que ese sujeto era Brian Yanzón, fue desvirtuado por Sáez.

Asegura que la víctima nunca vio al acusado, ni tampoco lo conocía.

Advierte que este aspecto no fue tratado en los fundamentos de la sentencia.

Agrega que la testigo Valentina Robello Bunjeil tampoco pudo aportar información sobre la supuesta participación de su defendido en el ilícito que se le atribuyó.

Entiendo que el agravio esgrimido no puede prosperar, en tanto el juez de sentencia dio adecuados fundamentos al momento de analizar las testimoniales controvertidas por la defensa en esta instancia.

En este aspecto, debo señalar que el sentenciante valoró distintos indicios sobre el posible autor del hecho que fueron recabados en los primeros momentos de la investigación, tales como las imágenes de la cámara de seguridad aportadas por Renzo Bucca –vecino de las víctimas– donde se observó a dos sujetos, uno de los cuales vestía un buzo gris –como describieron las víctimas que usaba uno de los autores–

merodear el domicilio donde aconteció el hecho y que tenía características morfológicas similares al acusado –ver informe, fs. 24/27 y 151/155–.

Así también, el juez señaló que la víctima Camila Rojas manifestó que mientras acontecía el hecho, los sujetos llamaban a uno de los autores con el nombre de Brian. Ello, fue confirmado por su pareja, Jonathan González.

El juez de sentencia entendió que a estos elementos debía sumarse el reconocimiento en rueda de personas que realizaron las víctimas González y Rojas respecto del acusado y con lo manifestado por las testigos referidas por la defensa sobre la forma en que se logró la individualización del acusado.

Ahora bien, advierto que la defensa dirige su censura sólo a algunos de estos elementos de juicio, sin realizar una crítica razonada de la totalidad de los argumentos por los que el sentenciante llegó a la solución condenatoria.

No obstante ello, y vinculado a aquel tramo de los fundamentos que son objeto de impugnación en esta instancia, debe señalarse que el juez de la instancia previa valoró que la versión brindada por la víctima Rojas en cuanto a quién aportó el nombre de uno de los autores – contrariamente a lo sostenido por la defensa–, fue confirmada por Valentina Robello.

Por su parte, el sentenciante meritó lo declarado por Nadia Camila Sáez quien, si bien recordó aquel evento donde la víctima reconoció a uno de los autores, negó conocer al sujeto.

Al dársele lectura durante el debate a su declaración en la investigación penal preparatoria, refirió que no quiso decir eso. Afirmó también que estaba muy nerviosa, que no lo recordaba, que estaba presente el abogado de Yanzón Ruarte y que no se sentía muy bien.

El juez de la instancia previa entendió en relación con el testimonio prestado por Camila Sáez en este punto –en razonamiento que comparto– que «[e]n concreto, tres personas distintas hablan del evento en el cual Camila Rojas reconoció a uno de los autores y se puso tan nerviosa que tuvo que volverse a su casa. Lo dijo Rojas, también Robello y Sáez. Dos de ellas -Rojas y Robello- mencionaron que la persona que aportó el nombre de Brian Yanzón fue Camila Sáez, mientras que esta última, se desligó de tal situación». Vinculado con este aspecto, considero correcto el razonamiento del sentenciante, en tanto sostuvo que resultó atendible la explicación brindada por la testigo Robello sobre la negación de tal circunstancia por parte de Sáez.

En efecto, la testigo consideró que Saéz tenía miedo ante la posibilidad de una inminente condena de Brian Yanzón, ya que su novio, como el acusado, se encontraba detenido (ver fundamentos, fs.117/118). Tampoco le asiste razón a la defensa cuando pretende otorgarle relevancia a la circunstancia de que no se hayan incorporado las imágenes del momento en que los sujetos ingresaban o salían del domicilio de las víctimas.

Más allá de las razones por las cuales no se logró incorporar este elemento de prueba, lo cierto es que la defensa no explica la relevancia de tal ponderación, en función de la contundencia del plexo probatorio que incrimina a su defendido en las presentes actuaciones.

Por otro lado, el recurrente sostiene que su hipótesis sobre lo acontecido fue corroborada por tres testigos, quienes afirmaron que la sindicación del acusado como autor del hecho por parte de la víctima Jonathan González tuvo como causa la venganza de éste por haber incumplido Yanzón el pago por la compra de estupefacientes que le habría vendido González.

Entiendo que los agravios expresados en este sentido también deben desestimarse. Ello por cuanto el sentenciante argumentó suficientemente el rechazo de la verosimilitud de aquella versión como hipótesis alternativa a la acusación.

Así, en primer orden, el juez de la instancia previa valoró que los tres testigos aludidos por la defensa (Agustín Reta, Matías Danielli y Carlos Gialli) mencionaron como vendedor de estupefacientes a una persona conocida como Cristian o «el Gordo Cristian».

En segundo orden, ponderó –entre otros aspectos– que no pudo acreditarse que Jonathan González tuviera ese sobrenombre, como así tampoco que la persona a quienes los testigos identificaban con ese alias haya sido efectivamente la víctima. También consideró que tanto los vecinos, Renzo Ruca y Facundo Pietro, como las testigos Valentina Robello y Nadia Sáez, no observaron ningún indicio que los hubiese hecho sospechar que Jonathan González vendiera estupefacientes en su domicilio.

Además, consideró como un dato relevante que desvirtúa la hipótesis de la defensa, la circunstancia que de que participó en la investigación, y se hizo presente en el domicilio de la víctima, personal policial de narcocriminalidad.

Asimismo, señaló que se recabaron las medidas pendientes que pudiera tener González. Sin embargo, señaló, que no hubo ningún dato o informe de alguna fuerza policial que hiciera suponer que la versión defensiva fuera, al menos, plausible.

En virtud de ello, el juez de la instancia anterior entendió –acertadamente a mi criterio– que si bien desconocía si la víctima y el acusado se conocían o tuvieron algún conflicto previo al hecho «no aparecía como verosímil que Jonathan González sea –de existir– el “Gordo” Cristian, un conocido vendedor de marihuana de la zona» (fundamentos, fs. 119/120).

Por otro lado, la defensa sostiene que no existen elementos probatorios que demuestren de manera cierta la utilización en el hecho de un arma de fuego apta para el disparo.

Entiende que no resultan suficientes los argumentos del sentenciante en tanto sostuvo que al tener el arma de fuego utilizada sistema de tambor, era razonable la falta de secuestro de vainas servidas en el lugar donde aconteció el evento.

En este sentido, señala que quien realizó el examen del arma reconoció que ello no era absoluto y que era factible que **podieran existir rastros de pólvora**, por lo menos mínimos.

Agrega que la testigo de actuación, Valentina Robello, declaró que le solicitaron concurrir dos días porque extrañaba no haber encontrado rastros de pólvora.

Al respecto, el sentenciante –en razonamiento que comparto– entendió que el testimonio de las víctimas vinculado a esta circunstancia, no sólo fue corroborado con el testimonio de Robello y Sáez, quienes confirmaron lo manifestado en este sentido por las víctimas apenas aconteció el hecho, sino también por los informes del CEO, de donde se desprende que la línea de teléfono correspondiente a un vecino de las víctimas, fue el que alertó sobre la presencia de los autores en el domicilio donde aconteció el hecho y, posteriormente, informó sobre las detonaciones de arma de fuego.

A su vez, el juez de la instancia previa consideró que las actas de inspección ocular y croquis ilustrativo confeccionadas por personal policial, coincidieron con lo declarado por las víctimas en lo que hace a la trayectoria del disparo de arma de fuego.

Consideró también que los lugares en donde –según las actas referidas– impactaron los proyectiles del arma de fuego (la mesa y la pared de la vivienda), fueron contestes con lo explicado por Johanna Reyes, auxiliar de Policía Científica, quien no sólo dio cuenta de la existencia de oquedades en las zonas referidas de la vivienda, las que eran compatibles con un disparo de arma de fuego, sino que describió de manera pormenorizada los motivos por los que no se rescataron indicios balísticos.

Del mismo modo, el juez de sentencia valoró que la secuencia que tuvo el proyectil de arma de fuego como la posición del tirador al efectuarlo, de acuerdo a lo declarado por las víctimas, coincidió con la interpretación criminalística realizada por Policía Científica (fundamentos, fs. 115 y vta.).

Respecto de la temporalidad del disparo, el juez de la instancia anterior consideró que del mencionado informe se desprende tal circunstancia.

Ello, en tanto los restos de mampostería sobre la funda del colchón de la cama, que fue provocado por el impacto del proyectil sobre la pared, permite inferir de manera razonable que tal hallazgo era de reciente producción (fundamentos, fs. 116).

En definitiva, de lo expuesto surge que el juez de la instancia anterior en base a los elementos de prueba antes detallados, **llegó a la certeza necesaria en esta etapa procesal –sin que pueda predicarse la existencia de una duda que habilite la aplicación del principio in dubio pro reo– para adoptar la decisión** que aquí se cuestiona, plasmando su análisis en una resolución sin arbitrariedades y motivada de una manera lógica y convincente en cuanto a la acreditación de los hechos y la intervención del acusado Yanzón Ruarte en el hecho objeto del proceso.

Por todo ello, y en sentido coincidente con el Procurador General, entiendo corresponde contestar negativamente la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado, confirmándose la sentencia impugnada en su totalidad. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo y Dr. Valerio. Adhieren.

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren, por los fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los Dres. Omar A. Palermo y José V. Valerio adhieren al voto que antecede. Con lo que se terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación deducido por la defensa de Brian Aníbal Yanzón Ruarte y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 1.609 dictada por el Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Téngase presente la reserva del caso federal formulada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

9- RODRIGUEZ ROMERO. 27-04-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	-	M	AI	PCE	-	EGT	A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=807>

Lex: Art. 164, 42, 166, inc. 2°, 1° p., 1°s.; 167, inc. 2°, 54 del CP

Vox: Robo agravado. Uso de arma impropia. Robo simple. Momento consumativo. Tentativa. Esfera de custodia.

Summa:

El TPC condenó al nombrado a la pena de **cinco años de prisión** como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma impropia (art. 166, inc. 2, primer párrafo, primer supuesto del CP) y por el delito de robo simple en grado de tentativa (arts. 164 y 42 del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 2 CPP). Pone el acento la descripción de la víctima del sujeto activo, que no coincide con las características de su pupilo.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1678, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- González Araya. 15-08-17: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
DERECHO PENAL - DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD - ROBO - DISPOSICION DE LA COSA - **ESFERA DE CUSTODIA**

Texto:

El momento consumativo del robo se determina cuando el autor se encuentra en **condiciones materialmente pacíficas de disponer** sobre los bienes objeto del ilícito, no bastando con que la víctima quede desposeída de ellos. Por lo que el autor debe encontrarse en una situación apta para decidir el destino de la cosa.

Sostener que la consumación del delito de robo se produce con la pérdida de la custodia del bien por parte de la víctima, traería como consecuencia sistemática que ante ello no podría actuarse en legítima defensa, pues ella solo tiene lugar durante la ejecución del ilícito, mas no luego de su consumación. Es decir, **la legítima defensa** sólo puede tener lugar hasta la consumación del delito, luego de ello, la agresión cesa y pierde su actualidad. El criterio según el cual el robo se consuma con el desapoderamiento de la víctima haría materialmente imposible actuar ante él en legítima defensa. Por ello, debe considerarse que la tentativa se mantiene hasta el momento en que se obtiene una posesión pacífica sobre los bienes, y por ende, hasta ese momento cabe la defensa contra esa agresión.

DERECHO PENAL - CONCURSO DE DELITOS - **CONCURSO REAL** - CONCURSO IDEAL - DIFERENCIAS

Texto:

La diferencia entre el concurso real y el concurso ideal reside en que en el primero existe una única acción que puede subsumirse bajo más de un tipo penal, mientras que en el segundo son conductas

independientes las que se encuadran en las distintas figuras típicas. Por lo tanto, no alcanza con sólo referir a la pluralidad de tipos penales que intervienen para confirmar la concurrencia del concurso real, para ello deben individualizarse cuáles son los hechos independientes que se le atribuyen al imputado.

Expte.: 13038502259 - F. C/ GONZALEZ ARAYA MARTIN RAMON Y TEJADA AGUILAR P/ ROBO SIMPLE P/ CASACION Tribunal: SUPREMA CORTE - SALA N °2. Magistrado/s: VALERIO - PALERMO - ADARO Ubicación: LS532-096

Parágrafos destacados

Como he expuesto en **«González Araya»**, el momento consumativo del robo se determina cuando el autor se encuentra en condiciones materialmente pacíficas de disponer sobre los bienes objeto del ilícito, no bastando con que la víctima quede desposeída de ellos.

Puestos en consideración esos hechos, entiendo que **en ningún momento el acusado se encontró en condiciones pacíficas** de disponer de los objetos sustraídos.

Como sostuve en el precedente citado, «el razonamiento contrario –esto es, sostener que la consumación del delito se produce con la **pérdida de la custodia** del bien por parte de la víctima– traería como consecuencia sistemática que ante ello no podría actuarse en **legítima defensa**, pues ella sólo tiene lugar durante la ejecución del ilícito, mas no luego de su consumación». «En otras palabras, la **legítima defensa sólo puede tener lugar hasta la consumación del delito**. Luego de ello, la agresión cesa y pierde su actualidad. El criterio según el cual el robo se consuma con el desapoderamiento de la víctima haría materialmente imposible actuar ante él en legítima defensa. Por ello, debe considerarse que **la tentativa se mantiene hasta el momento en que se obtiene una posesión pacífica sobre los bienes** y, por ende, hasta ese momento cabe la defensa contra esa agresión».

En consecuencia, las consideraciones expuestas me llevan a concluir que, si bien la prueba verifica la intervención de Rodríguez Romero en el robo, **este debe ser calificado como robo agravado por el uso de arma impropia en grado de tentativa (art. 166, inc. 2, primer párrafo, primer supuesto y art. 42, todos del CP)**.

SCJM. Dres.: **Adaro**. Palermo. Valerio.

Fallo.

CUIJ: 13-06696167-7/1((018601-21153)) FC/RODRIGUEZ ROMERO GEREMÍAS EMANUEL P/ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA (21153) (21153/20) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105958143*

En Mendoza, a los veintisiete días del mes de abril del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-06696167-7/1, caratulada "F. C/ RODRÍGUEZ ROMERO S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO; segundo, DR. OMAR A. PALERMO y tercero, DR. JOSÉ V. VALERIO.

La defensa oficial de Geremías Emanuel Rodríguez Romero interpone recurso de casación (véase expte. digital) contra la sentencia n° 1678 y sus fundamentos, mediante la cual el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción condenó al nombrado a la pena de cinco años de prisión como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma impropia (art. 166, inc. 2, primer párrafo, primer supuesto del CP) en la causa N° P-21.153/20 y por el delito de robo simple en grado de tentativa (arts. 164 y 42 del CP) en la causa N° P-725.950/19.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

I.- Sentencia recurrida

La jueza de la instancia anterior, en lo que aquí interesa, tuvo por acreditado, con la certeza requerida para el dictado de una sentencia condenatoria, que «[...] el 6 de Marzo de 2020 aproximadamente a las 09:30 horas en las inmediaciones de la intersección de calles Delgado y San Lorenzo de Guaymallén, Geremias Emanuel Rodriguez Romero amenazó a la ciudadana Yovanini, Claudia Elizabeth con un palo de escoba recortado de aproximadamente de veinte centímetros de largo y con punta filosa en uno de sus extremos y tras un forcejeo le sustrajo una mochila de color azul que contenía objetos personales, documentación personal y aproximadamente la suma de novecientos pesos argentinos en efectivo» – autos P-21153/20–. Por su parte, también encontró probado que «[...] el día 28 de junio de 2019, siendo las 15:30 hs., aproximadamente, en la vereda del domicilio sito en Barrio San Francisco de Asís, Manzana C, Casa 15, de Pedro Molina, Guaymallén, Geremías Emanuel Rodríguez Romero forcejeó con Nazaret Magdalena Magne Albornoz y le sacó de las manos un celular marca Samsung modelo J5 de color azul oscuro con vidrio templado en mal estado, trizado en los bordes, con funda de goma color verde y se fue del lugar a bordo de una bicicleta de color azul por calle Allayme de Guaymallén en dirección a calle Mathus Hoyos. Ante ello la víctima persiguió al sindicado a pie y dio aviso de lo sucedido a personal policial que se encontraba circulando en la movilidad por calle Allayme y, en compañía de éstos, sin perderlo de vista, le dieron alcance en calle Capilla de Nieve de Guaymallén a la altura municipal 1785, distante unas cinco cuabras aproximadamente del lugar del hecho» –autos P-725950/19- (véase expte. digital). Para decidir en tal sentido, la jueza valoró la declaración de la víctima, el descargo del acusado, las declaraciones testimoniales brindadas en sede de debate –en particular del personal policial, las actas de procedimiento y el acta de aprehensión.

Todo ello junto con el resto de la prueba válidamente incorporada al proceso–.

II.- Recurso de casación

La defensa interpone su impugnación, acotada a la condena impuesta en el marco de los autos P-21.153/20, a tenor de lo dispuesto por el art. 474, inc. 2 del CPP.

En ese sentido, sostiene que Geremías Rodríguez no fue el autor del robo que se le atribuye.

En apoyo de su tesitura argumenta que la descripción morfológica brindada por la víctima al momento de realizar la denuncia no coincide con la descripción del acusado, que la víctima reconoció que no le vio la cara al autor del hecho y que el reconocimiento en rueda de personas arrojó resultado negativo.

Con base en estas consideraciones sostiene que la sentencia es arbitraria en tanto aparece infundada.

Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del Procurador General

El Procurador General entiende que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto y convalidar en su totalidad la sentencia impugnada (fs. 6/7).

Más allá de los argumentos defensivos, los cuales no serían más que una reiteración de los alegatos, el Procurador explica que no caben dudas de que el autor del hecho fue el acusado.

Basa su tesitura en el **testimonio de la víctima**, el cual fue debidamente valorado por el tribunal de juicio, incluso con los matices presentados entre la declaración en sede de debate y la prestada momentos posteriores al hecho.

Pone de relieve que, si bien los dichos de la víctima considerados en sí mismos podrían parecer insuficientes, la jueza realizó una valoración global de ese elemento de convicción, cotejándolo en conjunto con los testimonios de los funcionarios policiales y el resto del plexo probatorio.

En particular, el hallazgo de las cosas sustraídas en el domicilio del acusado y las manifestaciones espontáneas de su padre sindicando a su hijo como el autor del hecho.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Puesto a resolver el recurso de casación interpuesto, y en adelante de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que corresponde el rechazo de la impugnación y, en consecuencia, la convalidación de la sentencia condenatoria.

Como se anticipó, la crítica del recurrente se refiere únicamente a la condena impuesta en el marco de los autos P-21.153/20.

La defensa sostiene que las pruebas centrales sobre las que la jueza de la instancia anterior fundamenta la autoría del acusado no son suficientes por lo que, a su modo de ver, la resolución cuestionada resultaría un ejercicio de íntima convicción.

Para sustentar tal conclusión, la defensa se apoya, por un lado, en las contradicciones advertidas en las declaraciones de los testigos principales del caso y, por otro lado, en el resultado negativo arrojado por el reconocimiento en rueda de personas.

Respecto de las contradicciones entre las declaraciones brindadas por los testigos, la defensa indica que, al momento de interponer la denuncia, Claudia Yovanini –la víctima– describió al autor del hecho como «un chico de unos 18-20 [años], tez morocha oscura, contextura regular, pelo ni muy corto ni muy largo, color oscuro, de baja estatura, de aproximadamente 1,60 metros de altura, vestido con remera tipo militar negra y gris, pantalón bermuda color oscuro» (fs. 2). Esta descripción fue ratificada luego, en sede de debate.

Por su parte, Silvia Rosales –testigo presencial del hecho– manifestó durante la investigación penal preparatoria que el autor del hecho «[...] era un chico de unos 19-20 años, tez morocha oscura, delgado, pelo mediano, color oscuro, estatura mediana, aproximadamente 1,60 – 1,50 metros de altura, se notaba un chico bajo, vestido con remera negra-gris como con dibujos de marca Nike o Adidas, pantalón corto de gimnasia color azul oscuro o negro» (fs. 4 vta./5).

A su vez, en el juicio declaró que no observó el rostro del sujeto que ejecutó el hecho, pero que era delgado, de contextura mediana, más bien bajo. Aclaró que no vio su cabello y que iba con campera negra de gimnasia –pero que no estaba segura–. Ahora bien, en el acta de visu de Geremías Rodríguez –a la que me remito– se lo describe como de tez trigueña, cabellos teñidos de rubio claro y gran cantidad de tatuajes.

A partir aquí, el recurrente sostiene que la persona vista y descrita por la víctima y la testigo presencial del hecho (ambas, arriba individualizadas) no coincide con la persona en cuya persecución salió el oficial Sánchez.

En este sentido, la defensa pone especial énfasis en que la víctima y la testigo manifestaron que el autor del hecho tenía tez y pelo de color oscuro y en que ninguna de ellas hizo referencia a que tuviese tatuajes –a pesar de que por la época del año vestía remera de mangas cortas–.

Estos matices entre el contenido de las declaraciones de las testigos presenciales y la descripción contenida en el acta de visu resultan el primer elemento la defensa destaca para sostener que el autor del hecho no fue Geremías Rodríguez.

El segundo elemento, tal como se dijo, es el reconocimiento en rueda de personas en el que intervino la víctima, el cual arrojó un resultado negativo –aun cuando este se practicó a siete días del hecho–. Presentado el cuestionamiento de la prueba de la autoría basado en los dos argumentos anteriores, entiendo que el mismo no puede prosperar.

Por el contrario, coincido con la jueza de la instancia anterior en que la prueba de cargo es contundente, mientras que la versión del acusado –desvinculándose de los hechos– no se encuentra lo suficientemente respaldada para erigirse como una versión alternativa de los hechos que lo mantenga amparado por el principio de inocencia.

En primer lugar, el contenido contradictorio de las declaraciones fue objeto de análisis por la jueza sentenciante, quien expuso que fue la propia testigo Rosales quien relató que desde hacía un tiempo padecía problemas de memoria, circunstancia que explicaba los matices en su declaración.

En segundo lugar, la prueba de la autoría surge de la concatenación de los testimonios de la víctima Yovanini y de la testigo Rosales con las declaraciones de los funcionarios policiales que actuaron en diferentes momentos del procedimiento.

En este orden, resulta relevante destacar que Yovanini, también declaró: «[...] ese día, aproximadamente a las nueve de la mañana, íbamos hacia la parada del colectivo por calle Delgado, del Barrio San Jorge. Hay una parte de la calle donde hay baldío de los dos lados. En un momento siento una persona corriendo. Me doy vuelta y estaba todo tapado.

Parecía tener un arma, pero no era un arma, era un palito de escoba, traía la mano debajo de la remera simulando un arma. Cuando hace un movimiento se le cae y era un palo de escoba astillado. Ahí yo vi que no era un arma. Se me cae la mochila. Él la agarra y sale corriendo. Forcejamos porque yo no quería darle la mochila. Se me cayó del brazo la mochila y él se la llevó.

Tenía documentación, tarjetas de débito y crédito y dinero, entre \$ 800 y \$ 900. Recuperé todo menos el dinero». Inmediatamente después del desapoderamiento, la víctima comenzó a perseguir al autor del

hecho. En este marco, y al respecto, dijo: «[...] yo salí corriendo atrás de la persona. Él dobló por una calle y lo perdí de vista. Justo le pregunté a una persona y me señaló una cuadra, y me dijo “creo que se metió por ahí”.

Me señaló tres casitas que estaban juntas. Yo fui golpeando en todas las casas. En una casa me atendió un hombre. Le expliqué lo que me había pasado. Entonces viene la otra señora y dice “ya viene la policía”. En eso viene doblando una patrulla. Entonces el hombre entró y salió con la mochila. Ya de ahí se hizo cargo la policía. No sé qué hablaron ellos.

Creo que el hombre era el padre del chico. El hombre me pasó la mochila cuando iba llegando la patrulla». Por su parte, la testigo Rosales, que caminaba junto con la víctima al momento del hecho, realizó un relato coincidente con el de Yovanini. A partir de aquí, la jueza sentenciante conectó el relato de la víctima y la testigo presencial con el devenir del hecho que condujo a la detención de Geremías Rodríguez.

Respecto de este último tramo del hecho, destacó el testimonio del oficial Sánchez, quien expresó que al ser desplazados al lugar del hecho entrevistaron a una mujer que había sido asaltada y había perseguido al autor.

Al continuar con la persecución, con base en las indicaciones de la víctima, el oficial Sánchez indicó que tocó la puerta de la manzana F, casa 2 del Barrio San Jorge de Guaymallén.

Allí le abrió la puerta el padre del autor, quien le devolvió la cartera de Yovanini y le expresó que la había dejado en el interior del domicilio su hijo: Geremías Rodríguez.

Si bien el padre del acusado no declaró en sede de debate, de las declaraciones del personal policial se desprende que al momento de ser entrevistado se identificó como tal y les exhibió el documento de su hijo, lo cual facilitó su identificación y posterior detención.

De este modo, es posible descartar fuera de toda duda cualquier error en la individualización del acusado como el autor del robo, pues existió solución de continuidad entre el momento del hecho, la inmediata persecución por parte de la víctima, el lugar donde se encontraron las cosas sustraídas y la declaración del propietario del lugar –padre de Geremías Rodríguez– que expresó que el acusado entró corriendo a la casa con la cartera. **Hilo narrativo sostenido también por el personal policial actuante.** Por todo ello, y en opinión coincidente con la vertida por el señor Procurador General, debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el Dr. JOSÉ V. VALERIO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto Dr. Palermo. Coincide respecto de la autoría y la pena, pero no con la calificación legal, entiendo que es EGT.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Si bien comparto la solución del voto mayoritario en cuanto a la valoración de la prueba que fundamenta la autoría del condenado, estimo necesario dejar a salvo mi criterio respecto de la calificación que estimo adecuada en relación con el grado de realización del hecho atribuido en el marco de los autos P-21.153/20.

Como he expuesto en «**González Araya**», el momento consumativo del robo se determina cuando el autor se encuentra en condiciones materialmente pacíficas de disponer sobre los bienes objeto del ilícito, no bastando con que la víctima quede desposeída de ellos.

Dicho de otro modo, el autor debe encontrarse **en una situación apta para decidir el destino de la cosa.** En el caso traído a decisión en esta instancia, se advierte que la ejecución del hecho comienza cuando el autor se aproximó a la víctima y, empuñando un palo de escoba recortado de aproximadamente veinte

centímetros con punta filosa en uno de sus extremos, después de forcejear con la víctima le sustrajo una mochila, dinero y otros objetos personales.

Sin embargo, el autor fue detenido, de acuerdo con las constancias obrantes en la causa, a los pocos minutos de emprender la fuga y a escasos metros del lugar del hecho.

Puestos en consideración esos hechos, entiendo que **en ningún momento el acusado se encontró en condiciones pacíficas** de disponer de los objetos sustraídos.

Como sostuve en el precedente citado, «el razonamiento contrario –esto es, sostener que la consumación del delito se produce con la **pérdida de la custodia** del bien por parte de la víctima– traería como consecuencia sistemática que ante ello no podría actuarse en **legítima defensa**, pues ella sólo tiene lugar durante la ejecución del ilícito, mas no luego de su consumación». «En otras palabras, la **legítima defensa sólo puede tener lugar hasta la consumación del delito**. Luego de ello, la agresión cesa y pierde su actualidad.

El criterio según el cual el robo se consuma con el desapoderamiento de la víctima haría materialmente imposible actuar ante él en legítima defensa. Por ello, debe considerarse que **la tentativa se mantiene hasta el momento en que se obtiene una posesión pacífica sobre los bienes** y, por ende, hasta ese momento cabe la defensa contra esa agresión».

En consecuencia, las consideraciones expuestas me llevan a concluir que, si bien la prueba verifica la intervención de Rodríguez Romero en el robo, este debe ser calificado como robo agravado por el uso de arma impropia en grado de tentativa (art. 166, inc. 2, primer párrafo, primer supuesto y art. 42, todos del CP).

Sin embargo, y más allá de mi posición, considero que **el monto de la pena impuesto aparece adecuado de acuerdo con el injusto y la culpabilidad del autor**. Por lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento en este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse como afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de esta Suprema Corte de Justicia de Mendoza, fallando en forma definitiva se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Geremías Emanuel Rodríguez Romero y convalidar la sentencia condenatoria n° 1.678 y sus fundamentos.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

10- CHOMIUK ARANCIBIA. 27-04-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	B	M	-	PCE	-	-	A	R	CR	-	-	-	-	474 400

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=809>

Lex: Art. 167, inc. 2°, 55, 205 del CP

Vox: Robo. Poblado y banda. Infracción al art. 205 CP. **Incorporación por lectura** en el debate oral de las **declaraciones testimoniales** producidas durante la IPP. Derecho de examinación. Principio de unidad de la prueba.

Summa:

El **TPC** condenó al nombrado a la pena de **tres años y seis meses de prisión** como autor de los delitos de **robo agravado por ser en poblado y en banda e infracción art. 205 CP**, declarándolo reincidente.

Tres SA sustraen un teléfono celular al SP.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP). Estima que la sentencia contiene una errónea aplicación de la ley sustantiva, ya que de la valoración de la prueba rendida surge una duda razonable sobre la responsabilidad de su pupilo, la que debe ser interpretada a su favor.

El **Procurador General** dictamina que el recurso debe ser rechazado formalmente, dado que no se autoabastece.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1654, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- «Coraité Aquino».03-05-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=580>
- «Ponce Cardani»

Sin perjuicio de lo dicho, destaco que **en el precedente «Ponce Cardani»** he expuesto, sobre la incorporación de declaraciones testimoniales al debate, que no soy partidario de «[...] favorecer la práctica de incorporar las declaraciones testimoniales prestadas en la investigación al debate.

Muy por el contrario, un debate oral debe tender, en la medida de lo posible, a garantizar las condiciones de inmediación, oralidad y publicidad en que se apoya el sistema acusatorio para que el derecho de defensa quede suficientemente garantizado.

No obstante, esa manera de entender el proceso no es ciega a la circunstancia de que existen **situaciones especiales en que, excepcionalmente, existe un límite fáctico a que toda la prueba sea producida en el debate**, de modo tal que debe aceptarse la posibilidad de incorporar elementos colectados durante la investigación [...], que es lo que sucedió en este caso, **en el que la víctima fue citada sin lograr su comparecencia.**

b-CSJN

- «Benitez». 12-12-06
- “González, Jorge Enrique” (Fallos 343:1181). 08-10-20

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7609901&cache=1623022532425>

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?idDocumento=7609903&cache=1679245930620>

c-TEDH

- Caso Unterpertinger vs. Austria. 24-11-86.
- Caso Saidi vs. Francia. 20-09-93.
- Caso Barberá, Messegué y Jabardo vs. España. 06-12-88.

SCJM. Dres.: **Valerio**. Adaro. Palermo.

Fallo.

CUIJ: 13-06728970-0/1((018602-33501)) FC C/ CHOMIUK ARANCIBIA JESUS NAZARENO P/ ROBO (33501/20) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105988526*

En Mendoza, a los veintisiete días del mes de abril del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n°13-06728970-0/1 caratulada “F. C/ CHOMIUX O CHOMIUK ARANCIBIA P/ ROBO AGRAVADO POR SER EN POBLADO Y EN BANDA E INFRACCIÓN ART. 205 CP. EN FUNCIÓN DEL ART. 4 DNU 297/2020 Y SUS MODIFICATORIAS DNU 325/2020, ART. 1, DNU 355/2020, ART 1, DNU 408/2020, ART. 1, DNU 408/2020, ART. 1, INCUMPLIMIENTO DEL AISLAMIENTO SOCIAL, PREVENTIVO Y OBLIGATORIO EN CONCURSO REAL (ART. 167 INC. 2, 205 Y 55 CP.) – EN CONCURSO REALS/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa de Jesús Nazareno Chomiux Arancibia interpone recurso de casación contra la sentencia N° 1.654 en tanto condena al nombrado a la pena de **tres años y seis meses de prisión** como autor de los delitos de **robo agravado por ser en poblado y en banda e infracción art. 205 CP**, en función del art. 4 DNU 297/2020 y sus modificatorias DNU 325/2020, art. 1, DNU 355/2020, art 1, DNU 408/2020, art. 1, incumplimiento del aislamiento social, preventivo y obligatorio en concurso real (art. 167 inc. 2, 205 y 55 CP.) y lo declara reincidente.

Este pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial en la causa P-33.501/20.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El juez de la instancia anterior consideró probados los hechos contenidos en la acusación, en tanto dan cuenta que el 26 de abril de 2020 a las 16 horas la víctima –Adalid Condorí– estaba comprando en un kiosco sito en el barrio Andacollo de Tres de Mayo, Lavalle, cuando fue interceptada por tres sujetos que la sorprendieron por detrás, uno de los cuales era el acusado.

En tal oportunidad, este último tomó del cuello a Adalid Condorí y lo tiró al piso, lugar en el que los tres partícipes le pegaron golpes de puño en la cabeza y patadas en el cuerpo. Luego le revisaron la ropa que vestía y el acusado le sustrajo un teléfono celular.

Otro de los sujetos, le sustrajo la suma de dos mil pesos en efectivo Un vecino –Blanco– observó la situación y corrió en ayuda de la víctima, logrando recuperar el teléfono celular. Posteriormente, los tres atacantes se dieron a la fuga.

2.- Recurso de casación

Expresa el recurrente que limita su recurso a la condena por el delito de robo agravado.

En este sentido, se queja porque la sentencia contiene una errónea aplicación de la ley sustantiva, ya que de la valoración de la prueba rendida surge una duda razonable sobre la responsabilidad de su pupilo, la que debe ser interpretada a su favor.

Agrega que también adolece de errónea y contradictoria fundamentación, lo que conlleva su nulidad.

Señala que de las probanzas rendidas no puede derivarse la calidad de autor de su defendido, desde que no fue tomada en cuenta por el tribunal la prueba ofrecida por su parte, valorando minuciosamente solamente la de cargo y sin ofrecer justificación razonable respecto de la falta de ponderación de los testimonios favorables a su asistido.

Refiere que las testimoniales fueron contradictorias entre sí y con la versión que dio la víctima, quien no concurrió al debate, pese a haber sido citada.

Destaca que existen tres versiones distintas del hecho: la de la víctima, la de la familia Blanco, que es el vecino que la auxilió, y la del acusado, lo que impone la absolución por el beneficio de la duda. Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador General dictamina que el recurso debe ser rechazado formalmente, dado que no se autoabastece.

Agrega que no explica el motivo por el que existe error en la aplicación de la ley sustantiva ni precisa cuáles serían las contradicciones entre los testimonios, concluyendo en que no concreta los agravios, sino que pretende que se infieran.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación debe ser rechazado.

Ello por cuanto la motivación es suficiente a los fines del mantenimiento del dictum como acto jurisdiccional válido, de conformidad con la jurisprudencia de esta Sala en el sentido que, para conllevar la extrema solución de su nulidad, debe adolecer de defectos que impliquen la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros), lo que en este caso, no ocurre.

En efecto, el juzgador se basó en las pruebas incorporadas, derivando de ellas la solución condenatoria.

En consecuencia, el agravio centrado en la imposibilidad que de aquéllas pueda inferirse que Chomiux fue el autor del robo que se le endilga, constituye una apreciación personal del recurrente, sin sustento en lo actuado en estos obrados.

Tampoco se compeadece con los fundamentos dados por el sentenciante, la afirmación del defensor en el sentido que no se justificó la falta de valoración de los testimonios favorables a su pupilo.

De tal modo, el juzgador de la instancia anterior expresó que la versión de esos declarantes le mereció serios reparos, toda vez que los testigos Ávila y Reynoso son amigos del acusado y trabajaron bajo sus órdenes, aspecto que no niega el defensor en el recurso.

Con relación al tercer testigo, apuntó que se encuentra investigado como posible tercer partícipe del delito en trato, lo que, a su entender, afecta su credibilidad, ya que sus dichos tendrían por finalidad desvincularse del hecho.

Para arribar a esta conclusión, evaluó que la defensa esgrimió que en lugar de un robo que tuvo como víctima a Adalid Condorí, el hecho investigado consistió en que el acusado le reclamó una suma de dinero que le adeudaba por trabajos que –a sus órdenes– había realizado en la finca Elvira.

Deuda laboral que Adalid Condorí se había negado a pagar, agrediendo al acusado, quien se defendió, golpeándose ambos.

Para desechar esta hipótesis, el juez de la instancia anterior recurrió a la determinación del origen de dicha deuda, partiendo de la declaración del encargado de la Finca Elvira, quien manifestó que conocía tanto a Chomiux como a Condorí, que ambos habían trabajado en la finca pero que los pagos los realizaba la empresa directamente y que a Chomiux no se le adeudaba nada.

En consecuencia, **la explicación brindada por el acusado constituye un indicio de mala justificación, que desmorona todo el planteo defensivo.**

Habiendo desestimado el sentenciante de ese modo, la existencia de esa deuda, examinó los dichos de la familia Blanco y de la testigo Guerrero que, cada uno desde su casa, expusieron que al escuchar ruidos vieron a tres sujetos golpear a Condorí y quitarle un celular.

Sobre esos testigos, el juzgador advirtió que no evidenciaron ninguna animosidad contra el acusado, a lo que agregó que no tienen amistad con la víctima.

Dicho en otras palabras, la plataforma fáctica se construyó mediante la ponderación de la prueba en su conjunto, en función del **principio de unidad de la prueba** utilizado por esta Sala reiteradamente (L.S. 393-243, 382-107, 381-233, entre otros).

Este principio se encuentra íntimamente relacionado con el sistema de la sana crítica, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas, que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles o imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador –como surge de la revisión efectuada en el presente caso– la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados. Además, si bien reconoció el juzgador la existencia de algunas diferencias en lo relatado por los testigos, concluyó en que coincidían en las cuestiones esenciales.

Entre éstas, que se trató de un delito contra la propiedad y que uno de los autores fue el acusado.

Así, lo hasta acá desarrollado permite rechazar tanto la invocada errónea aplicación de la ley sustantiva, como que el presente caso pueda subsumirse en lo dispuesto por el art. 2 CPP.

De esta manera, no puede proceder la **absolución por la duda** del acusado, solicitada por su letrado, desde que al resultar la motivación ajustada a derecho y no surgir el estado intelectual de duda que legitima su aplicación, ello no es factible, según la jurisprudencia reiterada de este Cuerpo (L.S. 419-17, 397-237, 388-024, 388-062) y de conformidad con los lineamientos brindados recientemente por la Corte Federal, en el **caso «González Nieva, Jorge Enrique»**.

Cabe señalar que el recurrente no ha explicado como era su deber–, la relevancia de la circunstancia que la víctima no haya concurrido al debate y se haya incorporado su testimonio mediante lectura.

En primer lugar, porque en el recurso de casación dice al respecto que «[...] estas declaraciones, incorporadas al debate por medio de la lectura y en el entendimiento de ser las mismas demostrativas no sólo de un factor que dificulta pensar en la posibilidad de que mi defendido haya desplegado la conducta que se le atribuye (o al menos lo haya hecho del modo descrito), sino de un conocimiento previo de todos los aquí involucrados que no puede dejar de considerarse al momento de analizar los restantes elementos de prueba».

Luego afirma que «[...] Así es tal que las declaraciones vertidas durante el debate oral fueron contradictorias entre sí y con la versión que otorgara oportunamente la pretensa víctima de los presentes autos, toda vez que el mismo no concurrió al debate, pese a haberse agotado las instancias para citarlo.

Así tenemos 3 versiones distintas del hecho investigado: la de la víctima, la de la familia Blanco y la del Sr. Chomiuk, y es en este punto donde no se hecho aplicación del principio de inocencia [...]» (recurso, capítulo III. a)2.- Desarrollo del Agravio).

Los párrafos transcritos expresan solamente una discrepancia del defensor en la valoración que ha realizado el juez de la instancia previa de las probanzas, con base en su opinión personal y sin apoyo en aquéllas.

Además, la declaración de la víctima fue incorporada a petición del Ministerio Público Fiscal, debido a que su madre le informó al personal policial de Lavalle encargado de notificarlo para que asistiera al debate, que no podría hacerlo, puesto que se encontraba en Bolivia, en un pueblito sin señal de internet (registro audiovisual, 1:15:36 y siguientes), lo que conforme a la ley procesal, habilita la aplicación del art. 400 inc. 3 CPP.

A esto se suma que dicho testimonio fue prestado durante la etapa de la investigación penal preparatoria, en una audiencia que fue notificada a la defensa, según ésta admitió expresamente al oponerse a su incorporación durante el debate (registro audiovisual, 1:17:30 y siguientes).

Oposición que no plantea el defensor al momento de interponer el recurso, quien se limita a esgrimir sus agravios, en lo pertinente, en la forma precedentemente transcrita.

Sin perjuicio de lo dicho, destaco que **en el precedente «Ponce Cardani»** he expuesto, sobre la incorporación de declaraciones testimoniales al debate, que no soy partidario de «[...] favorecer la práctica de incorporar las declaraciones testimoniales prestadas en la investigación al debate.

Muy por el contrario, un debate oral debe tender, en la medida de lo posible, a garantizar las condiciones de inmediación, oralidad y publicidad en que se apoya el sistema acusatorio para que el derecho de defensa quede suficientemente garantizado.

No obstante, esa manera de entender el proceso no es ciega a la circunstancia de que existen **situaciones especiales en que, excepcionalmente, existe un límite fáctico a que toda la prueba sea producida en el debate**, de modo tal que debe aceptarse la posibilidad de incorporar elementos colectados durante la investigación [...], que es lo que sucedió en este caso, **en el que la víctima fue citada sin lograr su comparecencia.**

Trámite que culminó con el informe que su madre le brindó al personal notificador, dando cuenta de la imposibilidad de concurrir al tiempo de la celebración del debate, por encontrarse fuera del país.

Por lo tanto, y oído el señor Procurador General, corresponde responder de manera negativa la primera cuestión planteada, y confirmar la sentencia cuestionada, por no adolecer de los vicios endilgados ni de arbitrariedad alguna. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. MARIO D. ADARO, POR SU VOTO, DIJO: Comparto las conclusiones a las que llega mi colega de Sala preopinante en cuanto a **la improcedencia sustancial del recurso interpuesto.**

Ahora bien, en relación al **precedente «Benítez» de la CSJN** reitero mi interpretación desarrollada en el **precedente «Ponce Cardani»** de esta sala.

Así, comparto que «[...] el **derecho de examinación** exige que el imputado haya tenido una oportunidad adecuada y apropiada para desafiar y cuestionar a un testigo o cualquiera que hubiera hecho declaraciones en su contra» (del considerando 14 de la mayoría).

A lo que se agrega que «[...] dentro de las prerrogativas que deben concederse a quienes hayan sido acusados está la de examinar a los testigos en su contra y a favor, bajo las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa» (del considerando 15 de la mayoría). ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. OMAR A. PALERMO, EN VOTO AMPLIATORIO, DIJO: Puesto a resolver el recurso en tratamiento, comparto la solución a la que arriba mi colega de Sala preopinante.

Sin embargo, estimo pertinente realizar algunas **consideraciones en relación con la incorporación por lectura en el debate oral de las declaraciones testimoniales producidas durante la investigación penal preparatoria.**

En nuestro sistema procesal la regla es que las declaraciones testimoniales ofrecidas por las partes se produzcan durante el debate oral y así, en consecuencia, se cumpla con **los principios de oralidad, publicidad e inmediación** y, en el caso particular del juicio por jurados, se proceda al examen y contraexamen de testigos.

Ello incide directamente en el principio contradictorio esencial del sistema acusatorio adversarial, que exige que las partes se encuentren en igualdad de armas entre ellas, lo que permite el ejercicio del derecho de defensa en su mayor extensión.

Sin embargo, la propia normativa procesal establece en el **art. 400 del CPP**, de manera taxativa, algunas excepciones a aquella regla.

Así, es posible incorporar por lectura declaraciones producidas en la investigación penal preparatoria cuando:

- a) tras haber tomado todos los recaudos necesarios no se hubiese logrado la concurrencia del testigo cuya citación se ordenó;
- b) existiere acuerdo entre el tribunal y las partes;
- c) se solicite a pedido de partes cuando hubiese contradicciones entre la declaración prestada durante la investigación y lo expuesto en el debate por el testigo, o para ayudar a su memoria;
- d) la persona cuya declaración fue ofrecida se hallare imposibilitada para prestar declaración testimonial por cualquier causa; y,
- e) hubiera declarado mediante exhorto o informe.

En el caso en análisis se encuentra implicado el tercer supuesto mencionado.

Art. 400 inc. 3 del CPP

Según el **art. 400, inc. 3 del CPP** la excepción procede «[c]uando el testigo hubiera fallecido, estuviera ausente del país, se ignorase su residencia o se hallare imposibilitado por cualquier causa para declarar». Dicho supuesto, además de estar previsto en nuestra regulación procesal local, ha sido contemplado en los procedimientos penales de varias provincias y también en el **Código Procesal Penal de la Nación, ley 23.984, en los mismos términos (art. 391).**

Si bien el estar ausente del país o la imposibilidad por cualquier causa de declarar es un supuesto expresamente previsto, **tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que se requiere haber asegurado el contradictorio anticipado** para que la incorporación por lectura no afecte el derecho de defensa de la persona acusada.

Precedente BENÍTEZ

En este sentido, la Corte Federal en el precedente «Benítez» afirmó que «[...] lo decisivo no es la legitimidad del procedimiento de “incorporación por lectura”, el cual, bajo ciertas condiciones, bien puede resultar admisible, sino que lo que se debe **garantizar es que al utilizar tales declaraciones como prueba se respete el derecho de defensa del acusado** (conf. TEDH, casi Unterpertinger vs. Austria, seria A, N° 110, sentencia del 24 de noviembre de 1986, esp. párr. 31)» (CSJN, sentencia del 12/12/2006, «Benítez», Fallos 329:5556).

Así, afirmó que «[...] el **derecho de examinación** exige que el imputado haya tenido “una oportunidad adecuada y apropiada para desafiar y cuestionar a un testigo o a cualquiera que hubiera hecho declaraciones en su contra” (conf. TEDH, caso Saidi vs. Francia, Serie A, N° 261-C, sentencia del 20 de septiembre de 1993, párr. 43 – sin destacar en el original–; asimismo, caso Barberá, Messegué y Jabardo vs. España, serie A, N° 146, sentencia del 6 de diciembre de 1988)» (CSJN, Fallos 329:5556).

De tal manera, la incorporación al debate será en términos respetuosos de los derechos y garantías constitucionales y convencionales, en especial el art. 18 de la Constitución Nacional, el art. 8.2.f de la Convención Americana de Derechos Humanos y el art. 14.3.e del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Es decir, **el estándar mínimo que debe ser tenido en cuenta para incorporar por lectura una declaración testimonial** al debate es que las partes hayan tenido la **posibilidad de control** en la etapa de investigación penal preparatoria.

Una vez admitida la incorporación por lectura de la declaración testimonial prestada durante la investigación en el supuesto analizado, **corresponde esclarecer cómo debe valorarse dicha prueba.**

En este sentido, entiendo que la prueba incorporada por la lectura debe ser **evaluada a la luz de los principios que rigen el debate oral.**

En este sentido, debo destacar que **la oralidad tiene una relevancia trascendental** en el sistema procesal mendocino, que desde la sanción del Código Procesal Penal de 1953 por medio la ley 1.908 incorporó el juicio oral en Mendoza.

Más reciente en el tiempo, y en la regulación actual, encontramos las normas contenidas en los **arts. 375 del CPP y 85 de la ley 9.040.**

En particular, y sobre esta última disposición y su importancia, este Tribunal se ha pronunciado en diversos precedentes (así, por ejemplo, **«Coraite Aquino»**).

Por esto, admitida la incorporación por lectura de las declaraciones testimoniales en cualquiera de los supuestos del art. 400 del CPP, lo conveniente sería la reproducción oral de la declaración testimonial, si ella se encontrara registrada de ese modo, en la audiencia de debate.

Un sistema procesal como el nuestro, **que propicia la oralidad como su pilar fundamental**, no debería dar una respuesta diversa a la cuestión.

Si bien no ignoro que la normativa procesal vigente no exige que las declaraciones testimoniales durante la investigación penal preparatoria se registren en soporte audiovisual, su reproducción audiovisual en el debate se estima pertinente.

Ello en tanto que los principios **de oralidad, inmediación y publicidad** adquieren su máxima expresión en la etapa de debate oral.

En este sentido la **reproducción audiovisual** daría acabado cumplimiento a aquéllos, más allá de mera lectura del acta en la que se hayan dejado asentados los dichos de la persona declarante.

Entiendo que esta sería la manera en que **mejor aseguraría el medio probatorio** en el futuro debate, en caso que no sea posible la comparecencia del testigo y su declaración sea relevante para la parte que la propone.

Este procedimiento **permitiría minimizar el riesgo de afectación de los derechos de las partes**; dar acabado cumplimiento al principio de inmediación; y posibilitar el adecuado sustento de las hipótesis que plantean las partes, así como una apropiada valoración –por parte de la judicatura– de la prueba incorporada de forma excepcional.

En caso de que ello no ocurra, entiendo que esta situación debe tener impacto directo en la valoración de la declaración, es decir, al asignarle peso para la acreditación del hecho.

Ello en tanto los principios procesales que rigen el debate oral se verían afectados y esto es algo que debe tener consecuencias prácticas.

En este sentido, una prueba testimonial que no cumple con los principios de oralidad e inmediación no puede tener el mismo peso que una que sí lo cumple.

Pero también debe tener efecto en la valoración la efectiva contradicción realizada al momento de tomarse la declaración testimonial durante la investigación penal preparatoria.

En este sentido, debe poseer mayor peso para la acreditación de un hecho la declaración testimonial en la que efectivamente participó la defensa y pudo realizar la contraexaminación que estimó pertinente para sostener su teoría del caso.

Escala de valor de declaraciones durante la IPP.

En consecuencia, entiendo que al momento de valorar la declaración testimonial producida durante la investigación penal preparatoria incorporada al debate oral deben tenerse presente

- i) la forma en que se registró y
- ii) la efectiva intervención de la defensa en el acto.

Así, deberá tener mayor valor probatorio la declaración registrada mediante sistemas audiovisuales y en la que efectivamente participó la defensa.

En una escala de valor, luego debería ser tenida en cuenta la declaración registrada mediante sistema audiovisual en la que no participó la defensa.

Posteriormente, **con valor decreciente**, el siguiente lugar sería asignado a la declaración testimonial registrada de forma escrita en la que participó la defensa en el auto testifical.

Finalmente, la declaración registrada por escrito y sin participación de la defensa en el acto.

Aplicados estos lineamientos al caso bajo estudio, debe señalarse que la víctima de autos prestó declaración testimonial en fecha 21 de mayo de 2020 durante la investigación penal preparatoria.

Como bien han reconocido las partes, **la defensa fue notificada de la realización de tal acto por lo que tuvo la oportunidad de asistir al efecto de contraexaminar** al testigo en todo lo que estimara pertinente, pero no asistió a la declaración.

Por su parte, al momento del ofrecimiento de prueba el representante del Ministerio Público **Fiscal propuso la declaración testimonial de Condorí Rodríguez Adalid** de fs. 3.

Desde el comienzo del debate **el órgano acusatorio estatal insistió con la declaración de la víctima** (ver audiencia realizada en fecha 27 de abril de 2021, minuto 59:22 y siguientes, en los que se afirma que Condorí Rodríguez Adalid se encontraba en Bolivia y que se procuraba su declaración de forma remota).

En fecha 2 de junio de 2021, durante el debate, se ratificó la información acerca que el testigo se encontraba en el país vecino pero que no tendría señal suficiente de internet para poder declarar por videollamada, por lo que el representante del Ministerio Público Fiscal solicitó la incorporación por lectura del acta de denuncia y de la declaración testimonial de fs. 83.

Además, hizo expresa mención sobre que la defensa había sido notificada de la realización de tal acto en su momento, según surgía a fs. 81.

Corrida vista a la defensa de la pretensión fiscal, ésta expuso que lo ocurrido durante la investigación penal preparatoria no lograba satisfacer el principio contradictorio que rige el debate oral, por lo que solicitó que no se permitiera la incorporación de tal declaración.

El magistrado de instancia inferior resolvió la incorporación de la testimonial por haber sido notificada la defensa oportunamente de su realización.

Desde el punto de vista de la incorporación formal de la declaración testimonial, el supuesto de autos encuadra en lo previsto por el **art. 400, inc. 3 del CPP**.

Es decir, el testigo se encontraba ausente del país e imposibilitado para declarar –en razón de no poder conectarse para hacerlo de forma remota–.

Además, también se ha cumplido con el estándar establecido por nuestro Máximo Tribunal, que impone el aseguramiento de la posibilidad del contradictorio de forma anticipada para que no se afecte el derecho de defensa.

De acuerdo con ello estimo que la declaración testimonial fue adecuadamente incorporada.

Ahora bien, en cuanto a la forma de producción y conocimiento de la declaración y el peso valorativo que cumplió en la acreditación de los hechos, debo realizar algunas apreciaciones.

Como bien puede apreciarse de la audiencia realizada en fecha 2 de junio de 2021 lo que se incorporó fue el acta en la que se asentaron las declaraciones que realizó la víctima durante la investigación penal preparatoria.

Esta incorporación fue con omisión de lectura, es decir, no se cumplió con el primer párrafo del **art. 400 del CPP** en tanto establece que «[l]as declaraciones testificales recibidas por el Fiscal de Instrucción, el Ayudante Fiscal o el Actuario, durante la investigación penal preparatoria, podrán leerse únicamente en los siguientes casos».

En este sentido, considero que la declaración incorporada en estos términos posee escaso valor para la acreditación de los hechos atribuidos al acusado.

Según expuse con anterioridad una declaración producida durante la investigación penal preparatoria que haya quedado registrada solo por escrito y sin la efectiva intervención de la defensa es la que menor valor probatorio posee.

Ello en tanto que los principios rectores del juicio oral como son los principios de oralidad, publicidad e inmediación se ven seriamente afectados.

Más allá de ello, y como bien ha valorado y resuelto el juez de instancia anterior, el resto del material probatorio incorporado durante el debate oral resulta suficiente para acreditar la existencia del hecho investigado y la intervención del acusado en el mismo.

Por ello, considero, tal como adelanté, que corresponde el rechazo del recurso interpuesto y la confirmación de la sentencia cuestionada por la defensa. De acuerdo con lo expuesto, entiendo que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. **ASÍ VOTO.**

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. **ASÍ VOTO.**

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. **ASÍ VOTO.**

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Jesús Nazareno Chomiuk Arancibia.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

11- ARAYA LUNA. 11-05-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	-	M	-	PCE	-	-	A	-	CR	UP	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=822>

Lex: Art. 163, inc. 6°, 42, 184, 205 del CP. Art. 414 CPP. **Acordada 29.051. DNU 520/2020 y 641/2020.**

Vox: Hurto de vehículo, absolución parcial. Epidemia. Pandemia. ASPO. DISPO. Vías impugnativas extraordinarias reguladas. Unificación de pena.

Summa:

El **JPC** condenó al nombrado a la pena de **seis meses de prisión de cumplimiento efectivo** tras declararlo autor penalmente responsable del delito de violación de las medidas sanitarias para impedir la introducción o propagación de una epidemia y se **unificó a la pena de tres años de prisión de cumplimiento efectivo**. La sentencia **absolvió** al acusado por los tres primeros delitos (hurto de vehículo dejado en la vía pública en grado de tentativa, robo simple en grado de tentativa, en concurso real con daño agravado en venganza de las determinaciones de la autoridad) y lo condenó en virtud del art. 205 del CP.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 7165, pronunciada por el JPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

I-Acordada N°29.501. Reglamentación y sistematización de pautas para agilizar tramitación de RE

- Martínez Agustín Nahuel.05-11-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=679>
- Rozas Domínguez.22-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=802>

SCJM. Dres.: **Valerio**. Llorente. Adaro (Licencia).

Fallo.

CUIJ: 13-05524073-0/1((018501-980106)) F. C/ ARAYA LUNA WALTER MARIANO P/ HURTO DE VEHÍCULO DEJADO EN LA VIA PUBLICA EN GRADO DE TENTATIVA EN CONCURSO REAL CON DAÑO AGRAVADO EN VENGANZA DE LAS DETERMINACIONES DE LA AUTORIDAD Y EN CONCURSO REAL CON EL INCUMPLIMIENTO DEL AISLAMIENTO SOCIAL PREVENTIVO Y OBLIGATORIO P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN (980106) (727188) *105706826*

En Mendoza, a los once días del mes de mayo del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-05524073-0 caratulada "F. c/ ARAYA LUNA, WALTER MARIANO P/ HURTO... S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, Dr. JOSÉ V. VALERIO, segundo Dr. PEDRO J. LLORENTE y tercero Dr. MARIO D. ADARO.

La defensa particular de Walter Mariano Araya Luna formula recurso de casación contra la sentencia n° 7.165 pronunciada por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial, por cuanto condenó al nombrado a la pena de seis meses de prisión de cumplimiento efectivo tras declararlo autor penalmente responsable del delito de violación de las medidas sanitarias para impedir la introducción o propagación de una epidemia (art. 205 del CP) y se unificó a la pena de tres años de prisión de cumplimiento efectivo en los autos n° P-980.106/20.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

En la presente causa se acusó a Araya Luna el siguiente hecho, citado en los fundamentos de la sentencia: «[q]ue el día 14 de Agosto de 2020, siendo aproximadamente las 02:30 hs, dos sujetos luego identificados como Walter Mariano **Araya Luna** y Michael Marcos **Tejada Argañaraz** se acercaron hasta el vehículo marca Peugeot 504,FEM-911, estacionado frente a la vivienda ubicada en el Barrio Sargento Cabral manzana 3, casa 32 de Las Heras y comenzaron a empujarlo con intenciones de sustraerlo, siendo advertida la situación por la víctima que les gritó, dejando de empujar el auto el que termina cayéndose a una acequia, dándose a la fuga los sujetos dirigiéndose hacia otro vehículo camioneta Ford WS0-145, y con intención de sustraerle cosas, le rompieron el vidrio y entraron al auto, siendo sorprendidos por Daniel Herrera, por lo que se dieron a la fuga para luego ser sorprendidos y aprehendidos por personal policial frente a la manzana 1,casa 23 del mismo barrio, pero al momento de ingresarlos a la movilidad N°3304, los sujetos comenzaron a darle golpes de patadas desde adentro a las puertas del móvil provocando el descuadre de la puerta posterior derecha. Asimismo, atento a que **Araya Luna**, Walter Mariano se domicilia en el Barrio La Estanzuela de Godoy Cruz, se encontraba en clara infracción a las medidas adoptadas por las autoridades competentes para evitar la propagación de una pandemia».

Esos hechos fueron calificados en la acusación como hurto de vehículo dejado en la vía publica en grado de tentativa, robo simple en grado de tentativa, en concurso real con daño agravado en venganza de las determinaciones de la autoridad y en concurso real con «incumplimiento del aislamiento social preventivo

y obligatorio» (art.163 inc. 6°, 164, 42, art. 55, art.184 inc.1 y art. 205 del CP y DNU 641/2020 en función con el art. 4 del DNU 297/2020 y decreto provincial n° 935/20).

La **sentencia absolvió al acusado por los tres primeros delitos y lo condenó solamente por violación de las medidas sanitarias** para impedir la introducción o propagación de una epidemia (art. 205 del CP).

En este orden, la jueza de la instancia previa tuvo por acreditado que «[...] Araya Luna fue sorprendido por la autoridad policial a las 2:30 aproximadamente del 14 de agosto de 2020, encontrándose en la vía pública (frente a la manzana 1, casa 23 del Barrio Sargento Cabral de Las Heras) en compañía de Tejada Argañaraz, sin esgrimir causa que justifique el incumplimiento del DISPO dispuesto por la autoridad competente».

Para así decidir valoró, entre los elementos más relevantes, la declaración de los efectivos policiales que intervinieron en el procedimiento, Gustavo Eber Martínez Flores y Fabricio Sosa y las declaraciones de la madre del acusado y de María de los Ángeles Rubio.

2.- Recurso de casación

Puesto a reseñar la impugnación planteada por la defensa, debo preliminarmente señalar que existen discrepancias entre la carátula del recurso y su contenido.

En la carátula del recurso se resumen cuatro agravios, a saber:

- i) que las razones brindadas en la sentencia son solo aparentes e insuficientes para sostener la resolución como un acto ajustado a las exigencias del artículo 150 del CPP de Mendoza;
- ii) que la argumentación es aparente, apoyada en bases y elementos erróneos y sin una derivación lógica de las pruebas rendidas en autos;
- iii) que existe una errónea subsunción del tipo penal; y
- iv) que se realizó una errónea aplicación de las pautas para determinar la pena previstas en los arts. 40 y 41 del Código Penal.

Más allá de ello, en el recurso solamente se mencionan y fundamentan los siguientes argumentos:

- i) que el acusado se encontraba dentro del departamento provincial donde vivía;
- ii) que no existe certeza sobre si el oficial que lo detuvo le preguntó si venía de realizar alguna de las actividades permitidas;
- iii) que no ha quedado acreditado que el acusado se encontrara sin barbijo o medidas de protección frente al covid-19, ni la hora exacta a la que fue aprehendido;
- iv) que por ello no se han probado las exigencias de aplicación del art. 205 del CP, ni si el acusado venía o no de realizar una actividad permitida;
- v) que existe una diferencia entre el ASPO –aislamiento social, preventivo y obligatorio– y el DISPO –distanciamiento social, preventivo y obligatorio– y que, al momento del hecho, regía DISPO y ello implicaba la autorización de actividades diferentes; y
- vi) que durante el DISPO estaba vigente un decreto del Gobernador de la Provincia que conminaba con sanción de **multa** el incumplimiento de las medidas en cuestión y, en consecuencia, estamos frente a una contravención; a lo que se suma que no puede encausarse y sancionarse dos veces a una persona por el mismo hecho. En base a esas razones, solicita la absolución del acusado.

Efectúa reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de contestar la vista del recurso conferida, el señor Procurador General considera que el mismo procede desde el punto de vista formal, aunque debe ser rechazado en el fondo.

Explica que la defensa pretende una nueva revisión de todo lo sucedido en el debate y que fue objeto de contradicción, analizado y resuelto por la jueza.

La crítica aparece como una opinión diversa de la sustentada lógicamente y razonadamente en la sentencia. Agrega que el decreto provincial 935/20 regulaba la prohibición de circulación y la autorización excepcional de ciertas actividades, de conformidad con el DNU 520/20 emitido por el Poder Ejecutivo Nacional. El decreto local prohibía las reuniones sociales y familiares, de modo que la única posibilidad de que alguien circulara en la vía pública en el horario en que fue aprehendido era que estuviera autorizado. Por eso, afirma que la violación de las restricciones de la autoridad fue flagrante pues la aprehensión se produjo cuando Araya Luna y otra persona salían de la oscuridad tomando una bebida alcohólica. Consultados sobre si venían de realizar una actividad autorizada no manifestaron nada al respecto, y uno de los policías actuantes recuerda que dijeron que venían de un asado en una reunión familiar.

Afirma el Procurador General que no había motivos para que los aprehendidos estuvieran a esa hora tomando alcohol en la calle, pues estaban prohibidas las reuniones familiares y sociales y no pudieron justificar provenir de una actividad permitida. Por otro lado, refiere que el hecho de que la carátula de la causa señale «aislamiento», cuando debió decir «distanciamiento» no es relevante, por cuanto tanto el Ministerio Público Fiscal como la jueza de la instancia previa hicieron referencia a la etapa de Distanciamiento Social, Preventivo y Obligatorio (DISPO), tanto en los alegatos como en la sentencia. Además, aludieron a las normas que establecieron el DISPO y remitieron a la regulación de las restricciones por parte de los gobernadores.

Por eso, toda la argumentación defensiva orientada a mostrar que en la época en que ocurrió el hecho regía una etapa de mayor flexibilidad de circulación no es aplicable, puesto que se vulneraron normas provinciales adoptadas por delegación de la autoridad nacional en materia sanitaria.

Por último, afirma que la invocación del principio de prohibición de doble juzgamiento no es procedente, puesto que la sanción penal desplaza a la contravencional y no puede haber concurso entre ellas, conforme lo dispone el art. 146 del Código Contravencional.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, entiendo que corresponde desestimar el recurso de casación planteado por la defensa y, en consecuencia, confirmar la sentencia dictada por la jueza de la instancia previa. Veamos.

1.- Aclaración metodológica sobre el alcance del control llevado adelante

En los apartados precedentes, al reseñar el recurso de casación planteado, he advertido que en la carátula del recurso se han enunciado agravios que luego, en el recurso mismo, **no han sido desarrollados**. No conozco las razones de esta imprecisión.

Tal como he tenido oportunidad de señalar recientemente, la presentación de una carátula que acompañe el escrito mediante el cual se canaliza la voluntad recursiva en el ámbito penal conforma actualmente un recaudo previsto en la **Acordada 29.051** y forma parte del proceso de reglamentación y sistematización de pautas para agilizar la tramitación de los recursos extraordinarios que se interpongan en el fuero penal (conf. «Martínez, Agustín Nahuel»).

En esa directriz, se dispuso aprobar un reglamento –incorporado como anexo– en el que se **normativizaron las reglas para la interposición de las vías impugnativas extraordinarias** reguladas en el ordenamiento procesal penal local.

Ello, de ninguna manera modifica las condiciones para la interposición de los recursos extraordinarios en materia penal –en general– y del recurso de casación –en particular– previstas por el Código Procesal Penal, que continúan plenamente vigentes.

En este sentido, el **art. 455** de aquel cuerpo legal dispone que «[l]os recursos deberán interponerse, bajo pena de inadmisibilidad, en las condiciones de tiempo y forma que se determinan, con específica indicación de los puntos de la decisión que fueren impugnados».

Luego establece que «[e]l recurso de casación será **interpuesto ante el Tribunal que dictó la resolución, en el plazo de quince días de notificada** y por escrito con firma del letrado, donde se citarán concretamente las disposiciones legales que se consideren violadas o erróneamente aplicadas y se expresará cual es la aplicación que se pretende.

Deberá indicarse separadamente **cada motivo con sus fundamentos** [...]» (art. 480).

En ese contexto, la sola presentación de la carátula –como ocurre en este caso– no sustituye el deber que tiene la parte recurrente de presentar el pertinente escrito recursivo, con las formalidades previstas en la ley procesal local, desde que esta normativa establece la forma exigida para canalizar la voluntad recursiva de la parte que pretende someter un decisorio jurisdiccional a la revisión extraordinaria (conf. «Martínez, Agustín Nahuel»).

Sin perjuicio de las deficiencias apuntadas en cuanto al modo de interposición del recurso de casación articulado por la defensa del acusado, a los fines de salvaguardar su derecho a recurrir la sentencia condenatoria, de acuerdo con la posición de esta Sala Segunda a partir del precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación «**Casal**» (Fallos 328:3399), a continuación se revisarán todas las críticas planteadas; tanto las desarrolladas en el recurso como las meramente enunciadas en la carátula.

2.- Resolución de los planteos defensivos

Dicho esto, corresponde ahora exponer los motivos por los que considero que el recurso debe ser rechazado.

En primer lugar, (a) revisaré los agravios tendientes a sostener que el hecho no se encuentra **acreditado**; luego, (b) los que sostienen que la conducta no fue correctamente **calificada**; en tercer lugar, (c) me ocuparé de revisar la determinación de **pena** realizada en la sentencia y, por último, (d) descartaré que la sentencia no se encuentre debidamente fundada o satisfaga las exigencias del art. 150 del CPP.

a.- Sobre la acreditación de los hechos

La defensa afirma que no se encuentra acreditado que Araya Luna haya circulado en violación de las medidas sanitarias dispuestas para impedir la propagación de la pandemia de covid19.

Los argumentos en que se apoya son los siguientes:

- i)** que el acusado se encontraba dentro del departamento provincial donde vivía, tal como lo exigía el art. 4 del DNU 520/20;
- ii)** que no existe certeza sobre si el oficial de policía que lo detuvo le preguntó si venía de realizar alguna de las actividades permitidas;
- iii)** que no ha quedado acreditado que el acusado se encontrara sin barbijo o sin medidas de protección frente al covid-19, ni la hora exacta a la que fue aprehendido el acusado;
- iv)** que por ello no se han probado las exigencias de aplicación del art. 205 del CP, ni si el acusado venía o no de realizar una actividad permitida; y
- v)** que existe una diferencia entre el ASPO –aislamiento social, preventivo y obligatorio– y el DISPO –distanciamiento social, preventivo y obligatorio– y que, al momento del hecho, regía DISPO y ello implicaba la autorización de actividades diferentes.

Advierto que estas críticas no constituyen más que la reafirmación de la teoría del caso que fue puesta de manifiesto durante la audiencia debate y que fue desestimada.

En este sentido, la crítica no aporta argumentos contra las razones brindadas por la jueza. La lectura de los fundamentos de la sentencia muestra que fue determinante para la acreditación del hecho el testimonio de los oficiales policiales actuantes –Gustavo Eber Martínez Flores y Fabricio Sosa–, quienes declararon haber sorprendido a Araya Luna aproximada a las 2:30 am del 14 de agosto de 2020 en compañía de Michael Marcos Tejada Argañaraz. La hora del hecho quedó determinada por estos testimonios.

Además, ambas declaraciones fueron coincidentes e incluyeron la afirmación de que Araya Luna no pudo explicar los motivos que justificaran su circulación en la vía pública en violación del DISPO dispuesto por los **DNU 520/2020 y 641/2020**, así como de los decretos provinciales dictados en consecuencia. Estas declaraciones fueron respaldadas por la aprehensión del acusado al momento de cometer el delito de modo flagrante, de conformidad a lo dispuesto por el art. 288 del CPP.

En la sentencia condenatoria la jueza repasó en detalle estas declaraciones. De ese análisis surge que el oficial Fabricio Sosa dijo que «[...] seguramente consultaron a los sujetos sobre si venían de realizar alguna de las actividades permitidas, pero que no hicieron mención a alguna de dichas actividades [...]». La defensa afirma que existe duda sobre si se les preguntó o no si estaban autorizados para circular, aunque tal crítica omite considerar que las reglas del distanciamiento social, preventivo y obligatorio se encuentran formuladas de modo tal que la circulación en horarios no permitidos debía ser justificada. Así, el art. 4 de los DNU 520/20 y 641/20 dispuso, en ambos decretos, «[!]límites a la circulación:

Queda prohibida la circulación de las personas alcanzadas por la medida de “distanciamiento social, preventivo y obligatorio” dispuesta por el artículo 2° del presente, por fuera del límite del departamento o partido donde residan, salvo que posean el “Certificado Único Habilitante para Circulación - Emergencia COVID-19” que los habilite a tal efecto y siempre que se dé cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 20 de este decreto y a las normas reglamentarias respectivas [...]». La norma transcripta muestra con claridad que para circular fuera del departamento de residencia era necesario contar con un certificado que el acusado no dijo haber exhibido al momento de la aprehensión o durante el debate. En cuanto al hecho de haber estado circulando en el departamento donde residía, la jueza interviniente desestimó que los testimonios de arrojaran luz respecto al hecho investigado.

Según la acusación, Araya Luna vivía en el barrio La Estanzuela de Godoy Cruz y fue aprehendido en Guaymallén. La madre del acusado Ángela Araya declaró que éste vivía con ella, y María de los Ángeles Rubio dijo que el acusado era su vecino hacía dos años. La jueza concluyó que estos dos testimonios no conducían a acreditar la teoría del caso de la defensa.

Por último, en nada afecta a la acreditación del hecho que no se haya probado que Araya Luna no llevara barbijo o las medidas de protección personal dispuestas, en tanto la conducta que fue acusada a título de violación de las medidas dispuestas para impedir la propagación de una epidemia fue circular por la vía pública en horario y zona no permitidos.

De manera tal que este primer agravio, vinculado a la acreditación de los hechos, debe ser desestimado.

b.- Sobre la calificación jurídica del hecho

En este punto, la defensa afirma que, incluso de encontrarse acreditado tal extremo, al tiempo del hecho regían medidas de distanciamiento (DISPO) y no de aislamiento (ASPO), que implicaban la flexibilización de las actividades y servicios permitidos y la previsión de una sanción de multa ante su incumplimiento.

Agrega que es imposible jurídicamente aplicar simultáneamente esa multa –que a juicio de la defensa supone que la conducta se torna una contravención– y la pena prevista en el art. 205 del CP.

En punto a lo primero, debo señalar que del hecho de que no rigiera aislamiento social al momento del hecho no se sigue que Araya Luna haya sido erróneamente condenado, puesto que –como analicé en el apartado anterior– la conducta que se atribuyó a Araya Luna **no estaba permitida durante el aislamiento ni durante el distanciamiento social**.

En relación con lo segundo, debo señalar que esta cuestión ya ha sido objeto de tratamiento por parte de esta Sala Segunda en los autos «**Rozas Domínguez**», oportunidad en la que expliqué detalladamente los motivos por los cuales esta crítica constituye un **argumento aparente** y no puede ser acogida.

De tal manera, considero oportuno, en honor a la brevedad, remitirme a los argumentos allí expuestos.

c.- Sobre la motivación del monto de pena impuesto

La crítica relativa a la determinación de la pena impuesta ha sido efectuada de modo general en la carátula del recurso y **carece de desarrollo posterior**.

Sin embargo, puesto a revisar este punto advierto que la sentencia impugnada contiene un apartado concreto donde la jueza ha motivado el monto concreto de pena impuesto, de manera suficiente.

Individualización de la pena. Motivación.

En efecto, la jueza explicó que la individualización de la pena es un acto judicial que requiere debida fundamentación, tanto para demostrar la proporcionalidad de la pena impuesta, como para satisfacer el derecho del acusado de conocer las razones que condujeron a ella y permitir su eventual impugnación. También explicó cuáles eran las normas del Código Penal aplicables a la determinación de pena en el caso concreto, y las razones concretas por las cuales impuso el mínimo de la escala penal del delito por el cual fue condenado.

En este sentido, el delito previsto en el **art. 205 del CP** prevé una pena de prisión de seis meses a dos años, y la jueza **impuso la pena de seis meses de prisión** tras tomar en consideración que el delito no afectó la integridad física o la salud de ningún habitante, sino que sólo generó **un riesgo potencial** para la comunidad en su conjunto.

También consideró como atenuante el hecho de que el acusado llevaba más de un año y medio sin cometer delitos, presentaba un oficio estable y era una persona joven que podía reencaminar su actitud y actividades hacia el cumplimiento de las normas sociales, habiendo además quedado evidenciada su predisposición a dicho fin por el cumplimiento de las reglas de conducta exigidas para la modalidad domiciliaria de prisión y por su comparecencia a todas las citaciones judiciales formuladas.

Por último, explicó que debía **revocar la condicionalidad** de la pena impuesta con anterioridad y unificarla con la ahora dispuesta, para lo cual empleó el **método compositivo** y, entre las peticiones al respecto realizadas por la fiscalía y la defensa, consideró adecuado hacer lugar a la solicitud de la defensa relativa a unificar ambas penas en la pena única de tres años de prisión de cumplimiento efectivo.

En conclusión, **no se advierte arbitrariedad** en la fundamentación de la pena imputada ni la existencia de vicios algunos, en tanto se explicitaron los motivos que condujeron a la juzgadora a seleccionar el monto concreto impuesto, la pena se encuentra dentro de la escala penal aplicable –y se impuso el mínimo posible– y se hizo lugar a la propuesta defensiva en punto al monto de la pena unificada.

d.- Sobre la fundamentación de la sentencia y el art. 150 del CPP

Las razones expuestas en los puntos precedentes me conducen a desestimar el agravio relativo a la falta de fundamentación o motivación arbitraria de la sentencia.

Tal como surge del análisis que he llevado adelante, la sentencia impugnada satisface las exigencias previstas por la normativa procesal aplicable, sin que se advierta la existencia de vicio alguno.

En ese sentido, debe aclararse que la función de este Cuerpo consiste –según se deriva de lo dispuesto por el artículo 8.2.h. de la CADH– en verificar que, efectivamente, el juez de sentencia contó con suficiente prueba en relación a la plataforma fáctica investigada y la intervención que en la misma le cupo al imputado para dictar su condena, y que esa prueba fue lograda sin quebrantar derechos o garantías fundamentales y en correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción, además de comprobar que la misma se encuentra motivada de una manera lógica y convincente.

En esa línea de análisis, considero que la resolución impugnada no adolece de los vicios que han sido expuestos por los impugnantes.

Así, la **jueza de la instancia previa** contó con elementos de prueba suficientes –principalmente la declaración de los efectivos policiales Gustavo Eber Martínez Flores y Fabricio Sosa, que detuvieron al acusado en flagrancia–; y ha brindado una motivación clara y suficiente a cada una de las cuestiones a resolver.

En punto a la alegada falta de cumplimiento de las exigencias del **art. 150 del CPP**, debo señalar que esta norma invocada por la defensa no resulta aplicable al acto procesal impugnado, por cuanto establece los requisitos que deben satisfacer las actas y no las sentencias.

Por los motivos señalados, propongo al acuerdo el rechazo del recurso de casación planteado por la defensa de Walter Mariano Araya Luna y la confirmación de la sentencia n° 7.165 pronunciada por el Primer Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial en autos. **ASÍ VOTO.**

Voto Dr. Llorente. Adhiere

Sobre la misma cuestión, el Dr. PEDRO J. LLORENTE adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede. **SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:** Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. **ASÍ VOTO.**

Sobre la misma cuestión el Dr. PEDRO J. LLORENTE adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. **ASÍ VOTO.**

Sobre la misma cuestión el Dr. PEDRO J. LLORENTE adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia **RESUELVE:**

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto en autos por la defensa de Walter Mariano Araya Luna.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5 del CPP).

Secretaría, 11 de mayo de 2022.

12- ESPEJO PEREIRA. 12-05-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	B	M	AI AF		-	-	A	-	-	-	-	-	-	353

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=823>

Lex: Art. 166, inc. 2°, 1° párrafo, 1°s.;166, inc. 2°, 2° párrafo, 167, inc. 2°, 54 del CP

Vox: Robo. Arma impropia. Arma de fuego apta. Poblado y banda.

Summa:

Mediante sentencia N° 500 (21-06-18) el **JPC N° 2**, resolvió ordenar el **SOBRESEIMIENTO** del imputado respecto del delito de robo agravado por el uso de arma, robo agravado por arma apta para el disparo y robo agravado por ser en poblado y en banda, todo en concurso ideal (Art. 166 inc. 2°, primer supuesto, 166 inc. 2°, segundo supuesto, 167 inc. 2 y 54 del C.P.) de conformidad al art. 353 inc. 5° del C.P.P. Previamente había dictado la prisión preventiva, pero esta había sido revocada por la alzada, otorgando la libertad por entender que **no existían elementos de convicción** suficiente.

El **TPC N° 1** hizo lugar al recurso de apelación interpuesto por el titular de la Fiscalía, revocó el sobreseimiento y dispuso la elevación de la causa a juicio. (18-10-2018)

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP). Estima que el razonamiento del sentenciante es arbitrario, equívoco e incurre en el vicio de errónea aplicación de la ley penal sustantiva.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Auto dictado por el TPC N° 1- 1° CJ, que revoca la sentencia N° 500 del JPC N° 2.

Precedentes citados

a-SCJM

- «Domínguez Castillo»
- «Alegre Guidolín»
- «Cayeja Naranjo»
- «Morales Sepulveda»
- «Gómez Claudio Ariel».17-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=201>

Parágrafos destacados

- “...no basta con **una mera mención del vicio que se alega**, sino que «[...] es requisito que el [...] vicio esté fundado en forma completa en cuanto a la explicación de la decisividad del agravio, para permitir la labor que debe realizar el Tribunal Superior. De otro modo, el Tribunal de Casación **actuaría de oficio violando el sistema acusatorio**, cosa que no tiene permitido hacer». («Morales Sepulveda»)

SCJM. Dres.: **Valerio. Adaro. Llorente.**

Fallo.

CUIJ: 13-04576664-5/1((018601-28218)) FC/ ESPEJO PEREIRA MATIAS ISMAEL P/ROBO AGRAVADO (28218) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104659453*

En Mendoza, a los doce días del mes de mayo del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04576664-5/1 caratulada "F. C/ ESPEJO PEREYRA, MATÍAS ISMAEL S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO, y tercero DR. PEDRO J. LLORENTE.

La defensa de Matías Ismael Espejo Pereyra interpone recurso de casación contra la resolución de fs. 63, dictada por el Tribunal Penal Colegia n° 1 de la Primera Circunscripción, en tanto hizo lugar al **recurso de apelación interpuesto por el titular de la Fiscalía de Instrucción N° 23 de la Unidad Fiscal Robos y Hurtos y revocó el sobreseimiento de Matías Ismael Espejo Pereyra** resuelto por sentencia N° 500 (fs. 9) por el delito de robo agravado por el uso de arma, robo agravado por arma apta para el disparo y robo agravado por ser en poblado y en banda, todo en concurso ideal (artículos 166 inc. 2, segundo puesto, 166 inc. 2°, segundo supuesto, 167 inc. 2 y 54 del CP) dictado por el Segundo Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El tribunal revocó la sentencia N° 500 que dispuso el sobreseimiento de Matías Ismael Espejo Pereyra, por el hecho ocurrido el 22 de marzo de 2017, aproximadamente a las 21:30 horas, momento en que Diego Nicolás Martín Espejo (a) Chinito, Matías Espejo (a)Rulo y un tercer sujeto N.N no individualizado, interceptaron a Alejandro Nicolás Castronovo Vega y a su hermana Marcela Castronovo, que se desplazaban por calle Liniers y Gómez en Maipú, en ese momento Espejo Diego Nicolás Martín golpeó a Alejandro Castronovo con un arma de fuego en la boca, manifestándole «si te regalas de vuelta te voy a matar» posteriormente Alejandro Castronovo cayó a una acequia, lugar donde los tres encartados comenzaron a golpearlo con un arma de fuego para luego apoderarse de un teléfono celular marca Huawei color negro de la empresa Claro y cuatrocientos pesos en efectivo, dándose a la fuga.

Fallo pronunciado por el Segundo Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

2.- Recurso de casación

El defensor de Espejo Pereyra articula su reclamo con sustento en el art. 474 inc. 1 y 2 del CPP, por entender que la resolución cuestionada adolece de vicios sustantivos y formales que la invalidan como tal.

a. Vicios formales

La defensa explica que el Ministerio Público Fiscal solicitó la prisión preventiva de Espejo Pereyra y el Segundo Juzgado Penal Colegiado oportunamente hizo lugar a la cautelar. Relata que interpuso recurso de apelación, que fue admitido por el Primer Tribunal Colegiado, otorgando la **libertad** del encartado por

entender que **no existían elementos de convicción** suficiente de conformidad a lo previsto por el art. 293 del CPP.

Explica que entre el dictado de la prisión preventiva y la admisión del recurso de apelación transcurrieron más de cincuenta días y durante ese lapso se elevó la causa a juicio.

Expone que **se opuso al requerimiento de elevación a juicio y finalizada la audiencia de oposición el encartado fue sobreseído** mediante sentencia N° 500; sentencia que fue impugnada por el Ministerio Público Fiscal, y al ser acogida la impugnación se revocó el sobreseimiento y se dispuso la elevación de la causa a juicio (fs.62 y vta.).

b. Vicios sustantivos

Manifiesta su voluntad de impugnación al pretender la existencia de vicios in iudicando aunque no expresa concretamente los motivos de agravio.

3.- Dictamen del Procurador General

A fs. 86/88 vta, el Procurador contesta la vista de ley y aconseja el rechazo del remedio procesal intentado. Respecto de los vicios formales propicia su rechazo desde que el planteo defensivo articulado fue desestimado por el inferior con lo que entiende que la defensa **pretende una revisión ex novo de lo que ya fue tratado y resuelto** en la audiencia de apelación (fs. 51).

En cuanto a los vicios sustantivos solicita su **rechazo formal** toda vez que estima que los pretendidos vicios son enunciados sin haber dado cumplimiento al art. 480 segundo y tercer párrafo del CPP, esto es sin haber concretado ni fundamentado los motivos de su reclamo.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar. Paso a explicarlo.

De manera inicial entiendo oportuno precisar que circunscribiré el análisis a los **vicios formales aducidos, toda vez que en el escrito casatorio se alega la existencia de vicios sustantivos**, mas el recurrente no desarrolla mínimamente los mismos, de manera que la revisión se torna imposible **ante la carencia absoluta de fundamentos**.

En tal sentido ver «Morales Sepulveda»; N° CUIJ N° 13-04726120-6/1 «Gómez Claudio Ariel», entre otros.

Precedente Morales Sepúlveda

En el primero de los precedentes antes citado **«Morales Sepúlveda»**, ha dicho esta Corte que, al momento de recurrir una sentencia, no basta con **una mera mención del vicio que se alega**, sino que «[...] es requisito que el [...] vicio esté fundado en forma completa en cuanto a la explicación de la decisividad del agravio, para permitir la labor que debe realizar el Tribunal Superior. De otro modo, el Tribunal de Casación **actuaría de oficio violando el sistema acusatorio**, cosa que no tiene permitido hacer».

Aclarado cuanto precede entiendo que tampoco pueden prosperar los vicios formales alegados en el escrito casatorio toda vez que la resolución que decidió revocar el sobreseimiento de Espejo Pereyra y elevar la causa a juicio se encuentra debidamente fundada, conforme al grado de conocimiento necesario requerido para la etapa procesal que se transita.

Sabido es que nuestro ordenamiento ritual establece que el fiscal de instrucción requerirá la citación a juicio, cuando estimare cumplida la investigación y para ello es necesario que existan elementos de convicción suficiente, esto es que en el mérito convictivo para sostener la acusación, **la prueba de cargo prevalezca sobre la de descargo (art. 357 del CPP)** y esto es, lo que ha ocurrido en la especie.

En efecto, en la audiencia de apelación el fiscal de instrucción sostuvo una **errónea valoración de la prueba** por parte del a quo, que provocó una gravamen irreparable, para lo cual resulta indispensable la realización del debate oral y público donde se pueda oír a las partes, toda vez que consideró que conforme acta de procedimiento, desgravaciones del CEO, las lesiones, es decir datos objetivos consideran que existen elementos necesarios para que sean ventilados en forma oral y pública.

La defensa a su vez, manifestó no compartir siquiera parcialmente los argumentos del fiscal de instrucción y entendió que éste omitió analizar la causa según la totalidad de las probanzas de la misma.

Hizo referencia a las lesiones, consideró que las fotos que obran en el expediente no revisten entidad suficiente como para sostener la imputación de su asistido en el robo agravado por uso de arma impropia; agregó que Espejo Pereyra prestó declaración y contó en realidad lo que se ajusta a la verdad en esta causa: reconoció haber peleado con la víctima y que ambos se conocían desde antes y que discutieron por cuestiones de mujeres.

En el mismo sentido destacó el testimonio de Marcela Castronovo, hermana de la víctima, y afirmó que ambos testimonios difieren sustancialmente respecto de las circunstancias del hecho, así por ejemplo Alejandro Nicolás Castronovo Vega dijo que le habían esgrimido un arma de fuego (a fs.1/2) que habrían disparado tres disparos al aire, que por el ruido el intuyó que era una Bersa calibre .22; y posteriormente se presentó Marcela un año después y preguntada por los disparos, manifestó que en realidad su hermano creyó escuchar disparos, pero en realidad estaban tirando piedras.

Solicitó el rechazo del recurso interpuesto por el fiscal de instrucción y que se mantuviera el sobreseimiento dictado por el Cuarto Juzgado de Garantías.

La jueza al resolver el recurso de apelación interpuesto por el Fiscal de Instrucción ofreció las razones por las que a su criterio correspondía revocar el sobreseimiento dispuesto a favor de Espejo Pereyra.

En esa dirección, consideró que la víctima Alejandro Nicolás Castronovo Vega desde el primer momento denunció que fue abordado por el imputado en compañía de Diego Nicolás González y otra persona a la que conocía, que recibió golpes en la boca con un arma y que lo tiraron a la acequia, por otro lado, la jueza sostuvo que el imputado reconoció haber estado en la escena de los hechos, y haber peleado con la víctima, por un problema de mujeres.

La a quo destacó que en el acta de procedimiento, la víctima inmediatamente denunció haber sido golpeado y arrojado a una acequia, que le sustrajeron el celular y la suma de cuatrocientos pesos (registro audiovisual 00:28:35), es decir desde el inicio aparece como víctima de un robo (registro audio visual 00:28:35), también hay un registro de ingreso de la víctima al Hospital Central, con diagnóstico de politraumatismo y, relevó la declaración testimonial de la hermana de la víctima, que dijo que su hermano estaba muy mal luego del asalto, también valoró que la víctima fue atendido por la Dra. Laura Luna médica de guardia y que dispuso el traslado al Hospital Central.

Consideró también creíbles los testimonios de la víctima y de su hermana, en tanto el testigo Fernando Luis del Canal Muñoz manifestó haber visto pelear a dos individuos junto a un tercero, y que no vio si le sustrajeron algo o no, circunstancia lógica dada la hora en que ocurrieron los hechos.

En definitiva, en términos generales la juzgadora **apreció que el plexo probatorio corroboraba la plataforma fáctica con el grado de probabilidad** propio de esta etapa procesal.

Con ello entiendo que corresponde rechazar el recurso de casación articulado, toda vez que la decisión jurisdiccional impugnada no adolece de los defectos alegados por la defensa, sino más bien revela una disconformidad con el mérito y valor convictivo asignado por la jueza al plexo probatorio hasta aquí reunido, y que habilita legítimamente el avance de la causa al juicio oral.

Destaco por otro lado que el recurso de casación constituye una reedición de lo ya alegado durante la audiencia de apelación sin aportar nuevas consideraciones que habiliten a dar una respuesta distinta a la ya ofrecida en la instancia anterior.

En tal sentido N° 13-04194624-9/1 «Domínguez Castillo»; N° 13-04194411-5/1 «Alegre Guidolín»; N° 13-03930459-1/1 «Cayeja Naranjo», entre otros.

Por tales razones y opinión concordante del señor Procurador General, doy respuesta negativa a la primera cuestión propuesta en el acuerdo que lidero. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Llorente. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y PEDRO J. LLORENTE, adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y PEDRO J. LLORENTE, adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Matías Ismael Espejo Pereyra.
- 2.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro.

13- ZAPATA SCATAREGGIA. 16-05-22

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 54	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	-	M	AI ANU AFG	PCE	-	-	A	-	CI CR CA	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=825>

Lex: Art. 166, inc. 2, 1° párrafo, 1° s., 166, inc. 2, 3° párrafo, 2° s. y 54, 189 bis, inc. 2, 2° párrafo del CP.

Resolución N° 48, 49 y 60 de la Coordinación del Fuero Penal.

Vox: Arma impropia. Arma sin aptitud acreditada- utilería-. Poblado y banda. Tenencia ilegal de arma de fuego de guerra sin la debida autorización legal. Principio de inmediación. Concurso ideal. Concurso aparente de leyes. Concurso real.

Summa:

El TPC condenó:

a-Al sindicado **Zapata** a la pena de **ocho años de prisión** e inhabilitación absoluta por robo agravado por el uso de arma en concurso ideal con robo agravado por el uso de arma de utilería (arts. 166, inc. 2, 1° párr., 1° supuesto, 166, inc. 2, 3° párr., 2° supuesto y 54 del CP) y por tenencia ilegal de arma de fuego de guerra sin la debida autorización legal (art. 189 bis, inc. 2, 2° párr. del CP).

b-Al señalado **Barrera** a la pena de **cinco años y seis meses** de prisión e inhabilitación absoluta por robo agravado por el uso de arma en concurso ideal con robo agravado por el uso de arma de utilería (arts. 166, inc. 2, 1° párr., 1° supuesto, 166, inc. 2, 3° párr., 2° supuesto y 54 del CP)

Las **defensas técnicas** interponen recursos de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

El **Procurador General** entiende que deben ser rechazados en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1692, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

I-Sobre concurso aparente de leyes. No es un concurso ideal. Art. 54 CP:

- «Pereira Soria» 04-05-20. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=338>
- «Bullones Baeza»

Precedentes relacionados

I-Concurso aparente de leyes:

- Campos Castro. 17-08-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Peteán Pocoví. 07-02-20. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=276>
- Pereira Soria. 04-05-20. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=338>
- Chávez. 14-10-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=670>
- Moyano López-04-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=770>
- Escobedo Cruz. 22-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=806>
- Zapata Scatareggia. 16-05-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=825>

- Pérez Gutierrez. 17-05-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=826>

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Palermo.

Fallo.

CUIJ: 13-06713873-7/1((018601-11271)) F. C/ ZAPATA SCATAREGGIA DAN MARCEL Y BARRERA HAZERA CRISTIAN ARNALDO, P/ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA EN CONCURSO IDEAL CON ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE UTILERÍA (ARTS. 166 INCISO 2DO, 1° PÁRRAFO, 1° SUPUESTO, 166 INCISO 2DO, 3° PÁRRAFO, 2° SUPUESTO Y 54 DEL CÓDIGO PENAL) (ACUMULADO 14515) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105974376*

En Mendoza, a los dieciséis días del mes de mayo del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13- 06713873-7/1 caratulada “F. c/ ZAPATA SCATAREGGIA DAN MARCEL Y BARRERA HAZERA CRISTIAN ARNALDO P/ **ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA EN CONCURSO IDEAL CON ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE UTILERÍA** (ARTS. 166 INCISO 2, 1° PÁRRAFO, 1° SUPUESTO, 166 INCISO 2, 3° PÁRRAFO, 2° SUPUESTO Y 54 DEL CÓDIGO PENAL (ACUMULADO 14515) S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa de **Dan Marcel Zapata Scattareggia** interpone recurso de casación contra la sentencia n° 1.692 dictada por el Tribunal Penal colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción que lo condenó por en los autos P-11.271/19 por robo agravado por el uso de arma en concurso ideal con robo agravado por el uso de arma de utilería (arts. 166, inc. 2, 1° párr., 1° supuesto, 166, inc. 2, 3° párr., 2° supuesto y 54 del CP) y en los autos P-14.505/19 por tenencia ilegal de arma de fuego de guerra sin la debida autorización legal (art. 189 bis, inc. 2, 2° párr. del CP) todo en concurso real a la **pena de ocho años de prisión** e inhabilitación absoluta por todo el tiempo de la condena.

Por su parte, la defensa de **Cristian Arnaldo Barrera Hazera** interpone recurso de casación con esa sentencia que lo condenó en los autos P11.271/19 por robo agravado por el uso de arma en concurso ideal con robo agravado por el uso de arma de utilería (arts. 166, inc. 2, 1° párr., 1° supuesto, 166, inc. 2, 3° párr., 2° supuesto y 54 del CP) a la pena de **cinco años y seis meses** de prisión e inhabilitación absoluta por todo el tiempo de la condena.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Son procedentes los recursos interpuestos?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La jueza de la instancia previa, en lo que aquí interesa, tuvo por acreditado que «[e]l día 07 de febrero de 2019, siendo las 05:15 horas aproximadamente, Dan Marcel Zapata Scattareggia, junto a Cristian Arnaldo Barrera Hazera se constituyeron en el domicilio sito en calle Colón número 2832, Casa 5 de Las Heras e ingresaron a la vivienda por una ventana de un metro de altura que da a la zona del comedor, para luego patear la puerta de la cocina e introducirse en el interior. En esas circunstancias, sorprendieron a la víctima de autos María De Los Ángeles Scattareggia Díaz, que se encontraba junto con sus hijos menores durmiendo en la habitación del domicilio referido. El señor Zapata Scattareggia se dirigió a la víctima y extrajo de entre sus prendas un fierro largo y grueso de color plateado con mando, en que constituye un arma de fabricación casera, y le propinó con la misma golpes en la cabeza provocándole una esquimosis

violácea con tumefacción de 3 cm por 2 cm en cuero cabelludo, región fronto-parietal izquierda, una herida lineal que hubo de ser suturada de 2.5 cm en región frontal izquierda y una excoriación de 4 cm por 2 cm, en dorso, región escapular izquierda, mientras le exigía dinero. Todo ello al tiempo que Cristian Arnaldo Barrera Hazera se dirigió al hijo menor de la denunciante, le exhibió un arma de fuego color oscura y le manifestó “quedate callado porque te mato”. Posteriormente el señor Zapata Scattareggia le propinó a la señora María De Los Ángeles Scattareggia Díaz otro golpe en la mano izquierda con el arma de fabricación casera referida, ocasionándole una esquimosis violácea de 4 cm de diámetro, en cara anterior del brazo izquierdo, tercio proximal todas las lesiones cuyo tiempo probable de curación e inutilidad laboral fue menor a un mes. Luego de ello, el señor Zapata Scattareggia sustrajo de arriba de la cajonera un celular marca Samsung, de color blanco, sin línea y un celular marca NOKIA modelo MINI PRIME 1, de color marrón y gris, de la empresa CLARO, con el número 2616914070 pertenecientes a las víctimas. Inmediatamente después los sindicados se dieron a la fuga con la res furtiva en su poder.

Para así resolver, la jueza valoró las declaraciones testimoniales de María de los Ángeles Scattareggia Díaz, Alexis Ariel Ríos Scatareggia, Yamila Teresa Scatareggia Díaz, Sandra Noelia Rave Contreras, David Brian Emanuel Azaguate, Laura Alaniz, Fernando Israel Barrera Romero, Raúl Federico Luna Trinca, Gabriela Beatriz Moreno Gómez, Carmen Ríos, Viviana Hazera y Bernardo José Lespade; junto a los demás elementos probatorios debidamente incorporados durante el debate oral.

2.- Los recursos de casación interpuesto por los acusados.

Defensa de Zapata

La defensa de Dan Marcel Zapata Scattareggia interpone recurso de casación de conformidad con los arts. 474, 478 y 480 del CPP y contra la sentencia que declara su responsabilidad penal por los hechos investigados en los autos P-11.271/19.

Cuestiona que el cuadro probatorio contra su defendido se circunscribe a la declaración de la víctima y su hijo, que son familiares de su representado.

Reitera el argumento expuesto en sus alegatos relativo a que los hechos configuran un conflicto familiar de venganza o amenaza y no un robo como ha sido calificado.

Advierte que no se tomaron en consideración las declaraciones testimoniales ofrecidas por la defensa.

Puntualiza así que no se logró acreditar la sustracción de los celulares denunciada.

Afirma que la pena de ocho años de prisión resulta excesiva e irrazonable por no poseer antecedentes computables, tener arraigo domiciliario y ser una persona joven. Solicita su reducción justa y equitativa.

Defensa de Barrera.

Por su parte, la defensa de Cristian Arnaldo Barrera Hazera interpone recurso de casación de conformidad con lo establecido por el art. 474 del CPP contra la sentencia dictada en los autos P-11.271/19.

En primer lugar, reitera el planteo esbozado en sus alegatos relativo a la violación del principio de inmediación en virtud de los problemas técnicos que se suscitaron durante la lectura de la pieza acusatoria y la declaración de la testigo en el debate.

Destaca que la jueza de sentencia no ha podido comprobar y valorar a la testigo denunciante en su declaración en el debate. En consecuencia, solicita la anulación del debate y de la sentencia dictada.

En segundo lugar, y de forma subsidiaria, entiende que corresponde la absolución de su representado por falta absoluta de elementos probatorios que vinculen a Barrera Hazera en los hechos investigados.

Critica la sentencia por resultar arbitraria la valoración probatoria realizada y carente de fundamentación.

Al respecto reitera los argumentos expuestos durante sus alegatos. Cuestiona la prueba que acredita la intervención de su representado en el hecho por resultar insuficiente para condenarlo. Destaca las **faltas de memoria de las víctimas** al declarar en el debate respecto a las armas utilizadas, su forma de reconocimiento de Barrera Hazera y no haber realizado la denuncia en el momento en el que ocurrió el hecho.

Pone énfasis en que todas las declaraciones testimoniales producidas son de familiares de Zapata Scattareggia y la existencia de un conflicto patrimonial familiar, por lo que carecen de objetividad.

Alega la imposibilidad material de que el hecho haya ocurrido como ha sido esbozado en la acusación, el que resulta inverosímil a su criterio. Además, agrega que las lesiones que presentó la víctima no han sido debidamente acreditadas por los exámenes realizados en el Hospital Lagomaggiore y en el Cuerpo Médico Forense.

También cuestiona que los médicos intervinientes en los exámenes no fueron citados al debate a prestar declaración. En relación con los celulares sustraídos reitera la falta de realización de diligencias para determinar su ubicación, lo que entiende que siembra dudas sobre la existencia del robo.

Respecto a la calificación y pena impuesta, cuestiona la aplicación de las agravantes de robo con armas impropias y de arma de utilería y propicia que la calificación debería ser de robo simple.

Entiende que la pena coherente con esa calificación sería de tres años de prisión en efectivo. Finalmente, realiza reserva de caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 6/10 el Procurador General dictamina en relación con los recursos de casación interpuestos por las defensas de los acusados. Si bien refiere que proceden formalmente, señala que deben rechazarse desde lo sustancial.

Ello, en tanto ambos remedios procesales reiteran los planteos defensivos expuestos durante el debate sin agregar argumentos novedosos alguno.

Entiende así que la sentencia de instancia anterior se encuentra debidamente fundada en la prueba producida durante el debate, por lo que debe rechazarse sustancialmente los recursos impetrados.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Puesto a resolver los recursos interpuestos por las defensas de los acusados Zapata Scattareggia y Barrera Hazera, considero que, en razón de los argumentos que a continuación se detallan, aquéllos no resultan procedentes.

Las críticas defensivas contra la sentencia de la instancia previa pueden ser sintetizadas de la siguiente manera.

En primer lugar, considera afectado el principio de inmediación en virtud de los problemas técnicos en las audiencias realizadas bajo modalidad virtual.

En segundo lugar, advierte defectos en la valoración del material probatorio producido durante el debate y la acreditación de la participación y responsabilidad los acusados por los hechos atribuidos.

En tercer lugar, los cuestionamientos se dirigen a las penas establecidas para Zapata Scattareggia y Barrera Hazera.

a.- Consideraciones sobre la pretendida nulidad por afectación del principio de inmediación

La defensa de Barrera Hazera plantea que los problemas técnicos suscitados durante algunas audiencias de debate afectarían el principio de inmediación y darían lugar a la nulidad de la sentencia.

En este sentido, puntualiza acerca de la falta de audición de los acusados de la pieza acusatoria y que la jueza no pudo apreciar como correspondería lo declarado por la víctima por las constantes interrupciones y problemas de audio.

Estas críticas, como explicaré, deben ser rechazadas. Desde el comienzo de la propagación mundial del virus conocido como COVID-19 tanto a nivel nacional como provincial se adoptaron medidas para la adecuación laboral a la emergencia sanitaria.

En el ámbito del Poder Judicial de Mendoza, la Suprema Corte de Justicia adoptó diferentes medidas a través de diversas resoluciones. Así, por ejemplo, se dictaron las Acordadas N° 29.500, 29.501, 29.502, 29.508, 29.509, 29.510, 29.511, 29.514, 29.516 y 29.517, 29.522, 29.526, 29.528, 29.540, 29.550, 29.569, entre otras.

Específicamente con el fuero penal, entre aquellas medidas dispuestas, se autorizó de realización de audiencias mediante medios tecnológicos idóneos y previamente consentidos por las partes (Resolución N° 48 de la Coordinación del Fuero Penal, punto IX y Acordadas N° 28.651 y 29.006).

Además, se aprobó el primer protocolo de audiencias en sala virtual para el fuero penal en fecha 31 de marzo de 2020 (Resolución N° 49 de la Coordinación del Fuero Penal; por Acordada N° 29.530 se adoptó uno similar para los otros fueros).

Posteriormente, se aprobó el nuevo «Protocolo de actuación para audiencias penales por medios telemáticos» y se ratificó la realización de audiencias remotas, semipresenciales o presenciales (Resolución N° 60 de la Coordinación del Fuero Penal).

En este contexto, en el mes de marzo de 2021 se desarrolló el debate oral de la presente causa mediante modalidad remota y semipresencial.

El cuestionamiento de la defensa plantea que por problemas técnicos se afectó el derecho de defensa de los acusados y el principio de inmediación. Si bien puede advertirse de los registros audiovisuales del debate que hubo constantes problemas técnicos durante su desarrollo, también debe señalarse los persistentes esfuerzos de todas las partes y del personal de la OGAP para encontrar soluciones a los fines de que todos los intervinientes pudieran oír y entender lo que sucedía.

A ello debe agregarse que la jueza de instancia anterior procuró consultar a las partes en cada momento si habían logrado escuchar y entender lo que se había producido en la audiencia.

En relación con la lectura de la pieza acusatoria al comienzo de la audiencia desarrollada en fecha 15 de marzo de 2015, la jueza de instancia anterior específicamente les consultó a los acusados que si habían logrado oír lo expuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal.

Ambos acusados, que se encontraban oyendo la audiencia juntos desde el establecimiento penitenciario, respondieron que habían entendido (ver audiencia de fecha 15 de marzo de 2021 a partir del minuto 13:06).

Es decir, el planteo defensivo resulta contrario lo que efectivamente manifestaron en la audiencia los acusados y, por ello, no debe ser atendido. Respecto de la declaración de la víctima, se suscitaban diversos problemas durante su declaración lo que produjo el cambio de sala y de dispositivo, entre otras intervenciones, para que la jueza y las partes logran oír y entender sus manifestaciones.

Debe destacarse que la magistrada detuvo la declaración en cada momento que fue necesario y articuló acciones para buscar soluciones a los fines de garantizar la comprensión de lo ocurrido.

En este orden, es clara la relevancia que le dio la jueza a la posibilidad de escuchar y entender lo que la víctima declaraba, lo que produjo que se buscaran las mejores alternativas para resolver los inconvenientes y apreciar lo manifestado en la audiencia.

Debe destacarse que las medidas tomadas fueron todas en presencia tanto del Ministerio Público Fiscal como de las defensas, las que consintieron el desarrollo de la declaración testimonial en dichos términos. Así, no se advierte el menoscabo a las garantías que alega la defensa, en tanto la producción de la declaración fue en presencia de las partes, con su consentimiento y la propia jueza se encargó de poner en conocimiento de las partes en los momentos que logró oír y solo permitió que continuara cuando efectivamente había entendido lo declarado por la víctima.

b.- Sobre los cuestionamientos a valoración probatoria de la jueza de la instancia anterior

Respecto a los cuestionamientos sobre la valoración probatoria, las defensas reiteran sus posiciones expresadas durante sus alegatos en relación con los siguientes puntos:

- 1) los hechos constituyen un conflicto familiar y no corresponde que sean encuadrados bajo la figura penal de robo;
- 2) no se tomaron en consideración las declaraciones testimoniales ofrecidas por las defensas;
- 3) las declaraciones testimoniales de cargo carecen de objetividad por ser brindadas por familiares de la víctima;
- 4) ausencia absoluta de prueba que vincule a Barrera Hazera con el hecho;
- 5) ausencia de memoria de las víctimas sobre las armas utilizadas durante el robo;
- 6) ausencia de debida acreditación de las lesiones;
- 7) ausencia de citación de los médicos intervinientes para declarar en el debate; y,
- 8) ausencia de realización de diligencias dirigidas a determinar la ubicación de los teléfonos celulares denunciados como robados.

Entiendo que todos estos planteos, a modo de agravios en esta instancia, han sido debidamente abordados en la sentencia de instancia anterior y, por ello, corresponde su rechazo.

Desde el inicio del debate realizado en la causa quedó claro la existencia de un conflicto familiar entre la familia Scattareggia por el inmueble en el que residía la víctima de autos al momento del hecho investigado. Esto ha sido mencionado por todos los testigos y los acusados. Sin embargo, ello no refuta por sí mismo el suceso denunciado por María de los Ángeles Scattareggia y su hijo, ni toda la prueba de cargo producida en el debate.

En relación con la crítica dirigida a la objetividad de los testigos de cargo por ser familiares de las víctimas, entiendo que es un argumento que pierde virtualidad en una investigación como la de autos en la que todas las personas que declararon, tanto por parte de la víctima como de los acusados.

Así, cada persona aportó durante el debate la información que poseía respecto a lo sucedido la noche del hecho investigado por lo que entiendo que su vinculación familiar no resulta suficiente para desacreditar sus declaraciones.

Como bien analizó la jueza de instancia anterior en la sentencia, y en función de lo referido, lo que corresponde es valorar qué aportan los dichos de los declarantes para la acreditación o no del hecho.

En este sentido, comparto su apreciación de las declaraciones de Laura Alaniz, Viviana Hazera, Bernardo José Lespade y Romina Telía Tello Morales.

En este sentido, la jueza destacó que «[...] resulta evidente que las declaraciones de los testigos en el sentido de que estuvieron con [los] acusado[s] en horas de la madrugada, no quita ni agrega nada, pues bien puede[n] luego de la reunión familiar, haber ido hasta la vivienda de la víctima».

Las menciones realizadas no hacen referencia a la franja horaria de las 5:15 horas de la madrugada – momento en el que ocurrió el hecho denunciado–, por lo que no logran desacreditar la presencia e intervención de los acusados en el suceso.

Asimismo, eso permite descartar la crítica defensiva de que las declaraciones testimoniales ofrecidas por las defensas no fueron tomadas en consideración para resolver.

Al respecto, la jueza señaló que las precisiones efectuadas por los testigos refieren a un período anterior al hecho denunciado y que debido a que la casa de la víctima quedaba «[...] relativamente cerca –a 10 cuadras por el “camino más largo”–» era factible que luego los acusados se dirigieran al domicilio de la víctima. Sobre la falta de acreditación de la intervención de Barrera Hazera en el hecho, las víctimas –María de los Ángeles Scattareggia y Alexis Ariel Ríos Scattareggia– afirmaron con seguridad que él era la persona que acompañaba a Zapata Scatareggia. Entiendo relevante destacar que indicaron con claridad que a quien reconocieron era «el marido de la hijastra de Dan Marcel» (sic.), vínculo familiar que resulta coincidente también con lo que expresaron testigos como Carmen Ríos cuando se refirieron a Barrera Hazera.

Por su parte, María de los Ángeles Scattareggia declaró que lo reconoció por la voz y lo vio cuando huían del lugar, lo que fue corroborado también por Alexis Ríos Scattareggia. La defensa de Barrera Hazera cuestiona que María de los Ángeles Scattareggia realizara la denuncia al otro día del hecho. Esto, con la pretensión de desacreditar la existencia del hecho y abonar a la teoría de que todo es una venganza por un conflicto familiar. Frente a ello, debe decirse que la víctima explicó de forma clara sus razones.

Manifestó que la mañana del 7 de febrero de 2019 tuvo que asistir al hospital para que le curaran las heridas que le habían producido en el hecho. Al arribar al Hospital Carrillo, la enviaron al Hospital Lagomaggiore, en virtud de que no tenían hilo para poder suturarla. Luego de ello, regresó a su hogar a cuidar a su hijo que se encontraba muy mal y bajo shock emocional por las amenazas que habían sufrido con posterioridad.

Explicó entonces que cuando llegaron sus familiares a cuidar a sus hijos, no podía dejarlos solos en la vivienda hasta ese momento, se dirigió a la comisaría a realizar la denuncia. Entiendo que las declaraciones de la víctima dan cuenta de la intención de poner en conocimiento del personal policial lo ocurrido durante la madrugada, de su situación familiar y sus responsabilidades.

De tal manera, el cuestionamiento defensivo que **pone en duda de forma descontextualizada la intencionalidad** de María de los Ángeles Scattareggia al denunciar, no desacredita en forma alguna la existencia del hecho.

Tampoco debe prosperar la crítica sobre la descripción por parte de las víctimas de las armas utilizadas en el robo. En efecto, María de los Ángeles Scatareggia explicó en su declaración en el debate oral que no sabía de armas y describió un arma que identificó «como tumbera».

También señaló cómo fue utilizada para golpearla en la cabeza y lastimarla. Por su parte, Alexis Ríos mencionó escuchar que le gatillaban dos veces, pero la que bala no salió. Especificó que ambos sujetos portaban armas consigo.

De tal manera, entiendo que las víctimas han aportado suficiente información para tener por acreditado el uso de armas durante el hecho. En relación con la crítica sobre la forma de acreditar las lesiones sufridas por María de los Ángeles Scattareggia comparto la valoración de la jueza de sentencia. Por un lado, debe tenerse presente, tal como lo señaló la jueza, el examen físico realizado por el Cuerpo Médico Forense el día 9 de febrero de 2019, en el que se describieron las lesiones que presentaba.

Por otro lado, las declaraciones testimoniales de las personas que asistieron a María de los Ángeles Scattareggia inmediatamente de ocurrido el hecho –Sandra Rave y Yamila Scatareggia– dieron cuenta de que se hallaba con sangre en la cabeza. Asimismo, la presentación de una radiografía que data del día

anterior al hecho denunciado y que da cuenta que a ese momento no existían lesiones óseas en la víctima, no aporta dato alguno.

En ningún momento se denunció que las heridas hubieran producido lesiones óseas, sino heridas que debieron ser suturadas. En otro orden, la defensa reitera su reclamo sobre la realización de diligencias para determinar la ubicación de los celulares. Este planteo impetrado en esta instancia resulta contrario a su posición durante el debate oral.

Me permito afirmar ello en tanto que es la propia defensa de Barrera Hazera quien desistió de esta prueba por la demora en responder de la compañía telefónica Claro y por estimar que la prueba no era imprescindible, según expuso en la audiencia realizada en fecha 20 de mayo de 2021. En consecuencia, entiendo que la sentencia ha sido debidamente fundada en el plexo probatorio incorporado en autos, el que fue valorado en su integridad y de acuerdo con las reglas de la sana crítica racional por la jueza de la instancia anterior.

De tal manera, no se advierten vicios en la valoración de la prueba por que se tuvo por acreditado que Dan Marcel Zapata Scattareggia y Cristian Arnaldo Barrera Hazera ingresaron a la vivienda en la que se encontraban María de los Ángeles Scattareggia junto a sus dos hijos. Que Dan Marcel se abalanzó sobre María de los Ángeles y la golpeó reiteradamente en la cabeza, con lo que fue descrito como un «arma tumbrera», y le produjo lesiones mientras se le exigía que le entregara dinero. Además, que mientras ello ocurría, Barrera Hazera inmovilizó a Alexis Ríos Scattareggia utilizando un arma de fuego con la que gatilló dos veces para disuadirlo pero que no se produjo disparo alguno.

Que en este contexto, Zapata Scattareggia sustrajo dos celulares de la víctima y se retiraron del lugar.

c.- Acerca de los planteos de las defensas vinculados con la determinación de las penas impuestas

Finalmente, considero que la pena impuesta en la sentencia de condena resulta proporcional y coherente con la gravedad de los hechos atribuidos a los acusados y su encuadre legal, que ha sido confirmado en el apartado anterior. Así, los recursos de casación no logran desvirtuar la argumentación expuesta en la sentencia para fundamentar la pena aplicada.

En este sentido, debe señalarse que a Zapata Scattareggia se le atribuyó la figura de robo agravado por el uso de arma en concurso ideal con robo agravado por el uso de arma de utilería en los autos P-11.271/19 y tenencia ilegal de arma de fuego de guerra, sin debida autorización legal en los autos P14.505/19, y se le impuso una pena de prisión ocho años de prisión e inhabilitación absoluta por todo el tiempo de condena.

En tanto, a Cristian Arnaldo Barrera Hazera se le endilgó la figura de robo agravado por el uso de arma en concurso ideal con robo agravado por el uso de arma de utilería en los autos P-11.271/19 y se impuso la pena de cinco años y seis meses de prisión e inhabilitación absoluta por todo el tiempo de la condena.

Para así resolver, la jueza de instancia anterior valoró, como circunstancias agravantes, la gravedad del robo por el daño físico y las secuelas psíquicas que produjo en la víctima, la división de tareas asignadas que demuestran la planificación del hecho y la vinculación que Zapata Scattareggia poseía con la víctima. Como atenuantes meritó el escaso nivel de educación formal de los acusados, su joven edad y la ausencia de antecedentes penales hasta el momento.

Al respecto, no se observa arbitrariedad alguna, atento que las circunstancias valoradas y el sentido asignado se corresponde con las disposiciones de los arts. 40 y 41 del CP, razón por la que no pueden prosperar los agravios expuestos en este sentido por las defensas de los acusados.

d.- Conclusión.

Por las razones expuestas, estimo que los agravios expresados en los recursos de casación configuran una reiteración de los planteos expuestos por las defensas de los acusados en la etapa de alegatos y que han sido debidamente abordados en la sentencia de condena por la jueza de instancia anterior.

De tal manera, al no advertirse vicio alguno en la motivación de la sentencia, ella debe mantenerse como acto jurisdiccional válido (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177 entre otros). Por todo lo expuesto, debe contestarse de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto Dr. Palermo. Concurso de leyes. Concurso aparente

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, POR SU VOTO, DIJO: Puesto a resolver los recursos de casación deducidos por las defensas de Dan Marcel Zapata Scattareggia y Cristian Arnaldo Barrera Hazera, comparto la conclusión a la que llegan mis colegas de Sala, basada en la valoración probatoria efectuada en esta instancia.

Sin perjuicio de ello y aún cuando no ha sido motivo de agravio, corresponde dejar a salvo la posición que he adoptado respecto del modo en que concurren los tipos penales de robo agravado por el uso de arma impropia (art. 166, inc. 2°, primer párrafo, primer supuesto del CP) y robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada (art. 166, inc. 2°, tercer párrafo, primer supuesto del CP), conforme se desarrolló en autos «**Pereira Soria**». ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO A. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar los recursos de casación interpuestos por las defensas de Dan Marcel Zapata Scattareggia y Cristian Arnaldo Barrera Hazera.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

14- PEREZ GUTIERREZ. 17-05-22

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 54	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	B	M	AI ANA	PCE	-	-	A	-	CI CA	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=826>

Lex: Art. 166, inc. 2, 1° párrafo, 1° supuesto; 166, inc. 2, 3° párrafo; 167, inc. 2 y 54 del CP

Vox: Robo. Arma impropia. Arma sin aptitud acreditada. Poblado y banda. Concurso ideal. Concurso aparente de leyes.

Summa:

El **TPC** condenó al nombrado a la pena de **cinco años de prisión** como autor penalmente responsable del delito robo agravado por el uso de arma, con robo por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada y robo agravado por ser cometido en poblado y en banda, todo en concurso ideal (art. 166, inc. 2, primer párrafo, primer supuesto; 166, inc. 2, tercer párrafo; 167, inc. 2 y 54, todos del CP).

La **defensa** técnica interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP). Argumenta en apoyo de su tesis que su pupilo procesal negó el hecho y brindó una explicación espontánea respecto de por qué razón fue sindicado por su padre y su hermano como uno de los intervinientes en el hecho.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1771, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

I-Sobre concurso aparente de leyes. No es un concurso ideal. Art. 54 CP:

- «Pereira Soria» 04-05-20. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=338>
- «Bullones Baeza»

Precedentes relacionados

I-Concurso aparente de leyes:

- Campos Castro. 17-08-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Peteán Pocoví. 07-02-20. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=276>
- Pereira Soria. 04-05-20. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=338>
- Chávez. 14-10-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=670>
- Moyano López-04-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=770>
- Escobedo Cruz. 22-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=806>
- Zapata Scatareggia. 16-05-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=825>
- Pérez Gutierrez. 17-05-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=826>

SCJM. Dres.: **Adaro**. Palermo. Valerio.

Fallo.

CUIJ: 13-06717463-6/1((018601-64663)) F. C/ PEREZ GUTIERREZ DAVID JESUS P/ROBO AGRAVADO (Y ACUMULADO 64940/20) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105977943*

En Mendoza, a los diecisiete días del mes de mayo del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-06717463-6/1, caratulada "F. C/ PÉREZ GUTIÉRREZ Y OTS. S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO; segundo, DR. OMAR A. PALERMO y tercero, DR. JOSÉ V. VALERIO.

La defensa oficial de David Jesús Pérez Gutiérrez interpone recurso de casación (véase expte. digital) contra la sentencia n° 1.711 y sus fundamentos, mediante la cual el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción condenó al nombrado a la pena de cinco años de prisión como autor penalmente responsable del delito robo agravado por el uso de arma, con robo por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada y robo agravado por ser cometido en poblado y en banda, todo en concurso ideal (art. 166, inc. 2, primer párrafo, primer supuesto; 166, inc. 2, tercer párrafo; 167, inc. 2 y 54, todos del CP) en la causa n° P-64.663/20.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO:

I.- Sentencia recurrida

El juez de la instancia anterior tuvo por acreditado, con la certeza requerida para el dictado de una sentencia condenatoria, que «[...] siendo las 5:00 horas del día 1 de Septiembre del año 2020, en el domicilio de Barrio Lihue Manzana 18 Casa 17 de Pedro Molina Guaymallén, David Jesús Pérez Gutiérrez, junto con cuatro ciudadanos no habidos ni identificados, con el rostro cubierto y portando un arma de fuego cada uno de ellos, ingresaron al domicilio trepando la medianera y rompiendo el alambre de púas de la misma. Una vez en el interior de la vivienda, mientras uno de los ciudadanos no identificados golpeó con un arma de fuego a Sahid Omar Pérez en el rostro y en el estómago, causándole lesiones, otro golpeó a Roberto Raúl Pérez para luego atarle las manos y los pies. Mientras que David Jesus Perez Gutierrez le manifestaba a las víctimas: "más vale que no hagan nada hijos de puta por que los voy a matar...donde está el Roberto, a los tres los voy a matar" y apuntando con el arma de fuego a Roberto Pérez le dijo "hijo de puta donde están los papeles donde me hiciste la denuncia".

Luego de atar a Sahid Pérez, David Jesus Perez Gutierrez y los cuatro ciudadanos no identificados se apoderaron de \$ 20.000, una billetera color marrón de cuero con \$ 4500 pesos, un DNI a nombre de Sahid Pérez y un Carnet de Conducir, un equipo de música Lesend de color negro con luces, una potencia, una cuchilla de frigorífico marca Stllna N° 41, otra cuchilla de mango color blanco marca de Stllna N° 30, un guante anti corte de cadena, un televisor Samsung de 52 pulgadas led, dos máquinas circulares marca Bosch, un guinche elevador color rojo, un martillo neumático grande marca Smo color gris, un martillo neumático marca Makita, dos amoladoras marca Bosch, dos cajas de herramientas con llaves, la documentación de una camioneta Rastrojero dominio VLF-548, DNI de Roberto Pérez, \$20.000 pesos (en billetes de doscientos) y dos celulares uno Samsung J2 de color negro con el número 2612322315 de la compañía Personal y un Samsung J7 de color plateado con funda color celeste con las orillas negras con

el número 2612319539 de la compañía Personal, cuatro ollas marca Essen y una notebook color negro. Seguidamente, abrieron el portón del domicilio, cargaron los elementos en un vehículo y se fueron del lugar» (véase expte. digital). Para decidir en tal sentido, el juez valoró las declaraciones de las víctimas, el descargo del acusado, el acta de visu, las actas de procedimiento y el acta de aprehensión.

Todo ello junto con el resto de la prueba válidamente incorporada al proceso.

II.- Recurso de casación

La defensa interpone su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 474, inc. 2 del CPP.

En ese sentido, sostiene que David Pérez no fue el autor del robo que se le atribuye.

Argumenta en apoyo de su tesis que el nombrado negó el hecho y brindó una explicación espontánea respecto de por qué razón fue sindicado por su padre y su hermano como uno de los intervinientes en el hecho.

El recurrente advirtió, asimismo, que existieron numerosas contradicciones en las declaraciones de los testigos del hecho.

Finalmente, puso de relieve que Sahid Pérez describió al autor del golpe como un sujeto petiso, de 1,50 mts. aproximadamente, mientras que Daniel Pérez es un morocho alto, de aproximadamente 1,80 mts., de contextura media, pelado, tez trigueña y con tatuajes.

Con base en estas consideraciones sostiene que la sentencia es arbitraria en tanto infundada.

Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del Procurador General

El Procurador General entiende que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto y convalidar en su totalidad la sentencia impugnada (fs. 6/7).

Más allá de los argumentos defensivos, los cuales no serían más que una **reiteración de los alegatos**, el Procurador explica que no caben dudas de que el autor del hecho fue el acusado.

Basa su tesis en los testimonios de las víctimas, los cuales fueron debidamente valorados por el tribunal de juicio. Pone de relieve que la explicación brindada por el acusado, respecto al móvil que habrían tenido su padre y su hermano para incriminarlo, fue un intento para desvincularse sin asidero, pues la persona denunciada por abuso sexual sería un hermano distinto al denunciante en esta causa.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Puesto a resolver el recurso de casación interpuesto, y en adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que corresponde el rechazo de la impugnación y, en consecuencia, la convalidación de la sentencia condenatoria.

Como se anticipó, la defensa sostiene que las pruebas centrales sobre las que el juez de la instancia anterior fundamenta la autoría del acusado no son suficientes, deviniendo la resolución cuestionada en un ejercicio de íntima convicción.

Para sustentar tal conclusión, el recurrente se apoya, por un lado, en la versión brindada por el acusado al momento de ejercer su defensa material y, por otro lado, en las contradicciones advertidas en las declaraciones de las víctimas.

Respecto del **descargo realizado por el acusado**, la defensa sostiene que su versión sería indicio de verosimilitud, en tanto declaró en la investigación penal preparatoria como en el debate y que, dado el caso, nunca aceptó las propuestas de juicio abreviado realizadas por el Ministerio Público Fiscal. Agregó que este relato fue espontáneo.

En concreto, David Pérez se desvinculó del robo y expresó que el día de los hechos se encontraba durmiendo en su domicilio junto a su pareja, Romina Santillán, que después de despertarse, se levantó, desayunó, se fue a hacer unas changas y a pedir dinero cerca del Club Andes Talleres.

Al regresar a su casa, lo interceptó su pareja y le contó que la policía había realizado un allanamiento, en tanto su padre y su hermano lo habían denunciado por robo.

Agregó el acusado que, Roberto Pérez Marcialli y Sahid Omar Pérez, su padre y su hermano, respectivamente, quienes lo sindicaron como uno de los autores del hecho, mentían motivados por problemas familiares. Estos consistirían en un encono anterior basado en que él habría aconsejado a las mujeres de la familia –víctimas de abusos sexuales– a denunciar su situación.

Todo ello, según el acusado, trajo desgaste y discordia a la familia y desembocó en la incriminación en el robo del 1 de setiembre del 2020. Bien, respecto de este primer tramo del recurso defensivo, si bien en el curso del debate se demostró que no existía una buena relación entre Daniel Pérez y su padre, ello no alcanza para cuestionar la sentencia condenatoria.

En efecto, la declaración de Sahid Omar Pérez y Roberto Pérez Marcialli, fueron valoradas como testimonios sólidos y coincidentes por el juez de la instancia anterior, en tanto ambos describieron el ingreso de varias personas armadas y con el rostro tapado a su domicilio y la dinámica del hecho.

Agregaron que fue por la voz, la campera y por haberse caído el barbijo que advirtieron que uno de los atacantes era Daniel Pérez. A lo anterior, cabe agregar que la persona denunciada por la comisión de delitos sexuales no era Sahid Omar Pérez, sino otro de sus hermanos.

Por lo que la versión brindada por el acusado al momento de realizar su descargo material pierde aún más fuerza, pues el móvil –según el cual aquel habría realizado la falsa denuncia para perjudicarlo– desaparecería. Bien, dicho lo anterior, corresponde analizar en concreto, la crítica defensiva relativa a las contradicciones advertidas por el recurrente en las declaraciones de los testigos –y víctimas–.

El recurrente pone de relieve que Roberto Pérez Marcialli en su declaración testimonial en la investigación penal preparatoria indicó que identificó a uno de los sujetos que intervino en el hecho como su hijo David Pérez.

A este lo describió como grandote, gordito, pelado, cara redonda, piel morena, con muchos tatuajes y que ese día vestía una campera roja a rayas.

Sin embargo, en la audiencia de debate, para la defensa este testigo modificó su testimonio, puesto que si bien volvió a referir que quien ingresó aquella madrugada y le sustrajo varios bienes a punta de pistola fue su hijo, además identificó a los otros sujetos que habrían ingresado con él a la casa ese día: sus cuñados y la mujer de él.

En esta oportunidad agregó que su hijo conviviente resultó herido por el arma de su hermano, siendo que, en su primera declaración, manifestó que no había resultado nadie herido por este hecho.

Por su parte, respecto de la declaración testimonial de Sahid Omar Pérez, la defensa subraya que durante la investigación penal preparatoria dio cuenta de que el día 1 de setiembre del año 2020 reconoció por la voz a uno de los intervinientes.

Esa persona era su hermano David Pérez y vestía una campera deportiva roja. En esa oportunidad, además, declaró que no pudo reconocer a nadie más por cómo estaban vestidos y cubiertos.

La Fiscalía le pidió al testigo que describiera a los sujetos y cuando describió a su hermano lo hizo diciendo que era morocho, alto, de aproximadamente 1,80 metros, de contextura media, pelado, morocho, tez trigueña y que tenía tatuajes. Respecto de las lesiones sufridas por el golpe con el arma, el testigo, refirió que quien lo agredió fue un sujeto petiso, de 1,50 metros aproximadamente.

Presentado el cuestionamiento de la prueba de la autoría basado en este segundo argumento, relativo a las contradicciones que existirían en las declaraciones de las víctimas, entiendo que el mismo no puede prosperar.

Por el contrario, coincido con el juez de la instancia anterior en que la prueba de cargo es contundente, mientras que la versión del acusado – desvinculándose de los hechos– no se encuentra lo suficientemente respaldada para erigirse como una versión alternativa de los hechos que lo mantenga amparado por el principio de inocencia.

En primer lugar, el contenido contradictorio de las declaraciones fue objeto de análisis por el juez, quien expuso que ambos testigos coincidieron en señalar al acusado debido a que se le bajó el barbijo –o «cuellito»– que llevaba para cubrir su rostro. Igualmente coincidieron en que fue la voz la que los aclaró respecto de la identidad del agresor y, finalmente, también coincidieron en que vestía una campera.

Asimismo, no debe perderse de vista **lo traumático y violento del robo –debiéndose considerar, a su vez, la cantidad de intervinientes, esto es cinco personas– circunstancias que explican los matices en las declaraciones.**

En segundo lugar, entiendo que el cuestionamiento de las lesiones sufridas por el hermano del acusado – pese a no haber sido constatadas– no puede leerse como un factor que debilite los testimonios centrales de la causa.

Ello en tanto, en el acta de visu se consignó la lesión que presentaba Sahid Omar Perez, la cual se condice con la dinámica de los hechos descripta por los testigos.

Finalmente, resulta relevante destacar que los testigos referidos fueron especialmente minuciosos al momento de aportar detalles –coincidentes– relativos al rol que le cupo a cada uno de los co-intervinientes, el tipo de armas utilizadas y los elementos robados.

De este modo, es posible descartar, fuera de toda, duda cualquier error en la individualización del acusado como el autor del robo. Por todo ello, y en opinión coincidente con la vertida por el señor Procurador General, debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada.

Voto Dr. Palermo. Coincide. Concurso aparente de leyes.

ASÍ VOTO. SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

Puesto a resolver los recursos de casación interpuestos, coincido con la solución propuesta por mi colega preopinante, basada en la desestimación en esta instancia de los cuestionamientos de la defensa sobre la valoración probatoria, efectuada por el juez de la instancia previa.

En cuanto a la **calificación legal de los hechos**, considero oportuno remitirme a la posición que he adoptado respecto del modo en que concurren los tipos penales de robo agravado por el uso de arma impropia (art. 166, inc. 2°, primer párrafo, primer supuesto del CP) y robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada (art. 166, inc. 2°, tercer párrafo, primer supuesto del CP), conforme se desarrolló en el **precedente «Pereira Soria»**. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Coincide. Concurso aparente de leyes.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Si bien comparto la solución del voto mayoritario en cuanto a la valoración de la prueba que fundamenta la autoría del condenado, estimo necesario dejar a salvo mi criterio respecto de la calificación que estimo adecuada.

Según entiendo, la figura del robo agravado por el uso de arma abarca la figura del robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada y el robo agravado

por ser en poblado y en banda, todo en concurso ideal, toda vez que entre las diferentes figuras se presenta el caso de **un concurso aparente de leyes penales**.

Las razones que fundamentan mi tesis se encuentran articuladas con detalle en «Moyano López», «Bullones Baeza» y «Campos Castro», precedentes a los que me remito en lo pertinente. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de esta Suprema Corte de Justicia de Mendoza, fallando en forma definitiva se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de David Jesús Pérez Gutiérrez y convalidar la sentencia condenatoria n° 1.711 y sus fundamentos.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

15- DOMINGUEZ. 17-05-22

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 54	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	B	M	AF	PCE	-	EGT	A	-	CI	U	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=827>

Lex: Art. 166, inc. 2°, 2° párrafo, 167, inc. 4, en función con el art. 163, inc. 4, 167, inc. 2°, 54, 55, 205 del CP

Vox: Robo. Arma de fuego. Poblado y banda. Escalamiento. Tentativa. Epidemia. Pandemia. Concurso ideal. Unificación de pena. Buena fe procesal.

Summa:

El **TPC** condenó al nombrado a la pena de **tres años de prisión** como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego en concurso ideal con robo agravado por escalamiento y por ser en poblado y en banda en grado de tentativa, en concurso real con infracción a las medidas adoptadas por las autoridades competentes para evitar la propagación de una epidemia, previsto y penado por art. 166, inc. 2, segundo párrafo; 54; 167, inc. 4, en función con el art. 163, inc. 4; 145 167, inc. 2; art 42; art 55 y art. 205, y unificó la sanción con la dispuesta en la sentencia N° 635 en la pena única de **cuatro años de prisión**.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 2 CPP). Afirma la inocencia de su pupilo, asevera que el tribunal de juicio utilizó la condena del resto de los coimputados como consecuencia de un juicio abreviado final para asegurar que Dominguez es autor del factum que se le achaca. Agrega que la sentencia es infundada.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Sugerir que la condena tuvo por fundamento la sentencia contra sus coimputados, sin que esto haya sido siquiera sugerido en la sentencia puesta en tela de juicio, **es un ejercicio de mala fe procesal** que debe ser refutado con especial énfasis, en palabras del Dr. Valerio.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1670, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

SCJM. Dres.: **Palermo**.Valerio. Adaro.

Fallo.

CUIJ: 13-06718407-0/1((018602-52715)) F. C/ DOMINGUEZ, JUAN JOSÉ P/ ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO EN CONCURSO IDEAL CON ROBO AGRAVADO POR ESCALAMIENTO Y POR SER EN POBLADO Y EN BANDA EN GRADO DE TENTATIVA, EN CONCURSO REAL CON INFRACCIÓN A LAS MEDIDAS ADOPTADAS POR LAS AUTORIDADES COMPETENTES PARA EVITAR LA PROPAGACIÓN DE UNA EPIDEMIA (52715) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105978742*

En Mendoza, a los diecisiete días del mes de mayo del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-06718407-0/1, caratulada "F. C/ DOMÍNGUEZ JUAN JOSÉ S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero DR. OMAR A. PALERMO; segundo, DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero, DR. MARIO D. ADARO.

La defensa técnica de Juan José Domínguez interpone recurso de casación (véase expte. digital) contra la sentencia n° 1.670 y sus fundamentos, mediante la cual el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción condenó al nombrado a la pena de tres años de prisión como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego en concurso ideal con robo agravado por escalamiento y por ser en poblado y en banda en grado de tentativa, en concurso real con infracción a las medidas adoptadas por las autoridades competentes para evitar la propagación de una epidemia, previsto y penado por art. 166, inc. 2, segundo párrafo; 54; 167, inc. 4, en función con el art. 163, inc. 4; 145 167, inc. 2; art 42; art 55 y art. 205, todos del CP en la causa n° P-52.715/20.

En la resolución se unificó aquella sanción con la dispuesta en la sentencia N° 635 de fecha 19/06/19 dictada en autos n° P-125.254/13 en la pena única de cuatro años de prisión.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. PALERMO DIJO:

I.- Sentencia recurrida

El juez de la instancia anterior tuvo por acreditado, con la certeza requerida para el dictado de una sentencia condenatoria, que «[...] [e]l día 16 de julio del 2020, siendo aproximadamente las 03:00 hs. Daniel Ricardo Lazarte se hizo presente en el domicilio ubicado en calle Perú N° 2281 de Las Heras en compañía de Domínguez, Juan José, Lazarte Matías Raúl y Barrera Domínguez, Ricardo Alberto a bordo de un automotor marca Renault modelo 12 color gris dominio WQS-289, quienes se encontraban en franco incumplimiento al aislamiento ordenado por el DNU 297/20 y prorrogado por DNU 520/20 y 576/20 y Decreto 815/20 y 847/20 (alerta sanitaria) de la Provincia de Mendoza, teniendo por objeto esta normativa evitar la propagación de una enfermedad epidémica, mitigar el impacto sanitario del COVID 19 y preservar la salud pública. En tales circunstancias, mientras uno de ellos aguardaba dentro del vehículo, el resto trepó la medianera de tres metros de altura del domicilio antes mencionado, logrando acceder al patio del lugar con el objetivo de sustraer pertenencias, y llevando Daniel Ricardo Lazarte un arma de fuego tipo escopeta con número fabril 21917. En tales circunstancias fueron avistados por el morador y víctima, el señor Lemos Reitano Daniel Alberto, quien se abalanzó sobre Daniel Ricardo Lazarte y comenzaron un forcejeo durante el cual el encartado disparó el arma referida. Como consecuencia de ello

la víctima logró reducir al encartado mencionado, y el resto de los sujetos se dieron a la fuga en el automotor Renault modelo 12 que se encontraba estacionado próximo al lugar, sin lograr apoderarse de ninguna pertenencia» (véase expte. digital).

Para decidir en tal sentido, el juez valoró las declaraciones de la víctima brindadas en sede de instrucción e incorporadas por lectura, el descargo del acusado, las declaraciones testimoniales brindadas en sede de debate –en particular del personal policial y la hermana del acusado–, el acta de procedimiento y el acta de aprehensión. Todo ello junto con el resto de la prueba válidamente incorporada al proceso.

II.- Recurso de casación

La defensa interpone su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 474, inc. 2 del CPP.

En ese sentido, sostiene que Juan José Domínguez no fue el autor del robo que se le atribuye.

Argumenta en apoyo de su tesis que el juez llevó a cabo una valoración parcial de la prueba, en la que se privilegió el peso de los testimonios que sustentaban la acusación, se tergiversaron las declaraciones de los policías actuantes y se desestimaron injustificadamente los testimonios que avalaban el descargo del acusado.

Agrega que el tribunal de juicio utilizó la condena del resto de los coimputados como consecuencia de un juicio abreviado final para asegurar que Domínguez participó en el hecho, lo que significaría un proceder inaceptable para nuestro sistema judicial.

Con base en estas consideraciones sostiene que la sentencia es arbitraria en tanto infundada. Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del Procurador General

El Procurador General entiende que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto y convalidar en su totalidad la sentencia impugnada (fs. 5/7). Una vez resumidos los agravios vertidos por la defensa, el Procurador explica que no caben dudas de que el autor del hecho fue el acusado.

Basa su tesis en los testimonios de la víctima y de los agentes policiales intervinientes, los cuales fueron debidamente valorados por el tribunal de juicio.

En este orden, refiere que la explicación brindada por el acusado no fue más que un intento para desvincularse del proceso sin asidero, mientras que las declaraciones de la principal testigo ofrecida por la defensa –hermana del acusado– fueron debidamente consideradas insuficientes para avalar la teoría del caso de la defensa.

En razón de lo expuesto, el Procurador considera que debe ser rechazado el recurso de la defensa.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante

Puesto a resolver el recurso de casación interpuesto, y en adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que corresponde el rechazo de la impugnación y, en consecuencia, la convalidación de la sentencia condenatoria.

Como se anticipó, la defensa sostiene que las pruebas centrales sobre las que el juez de la instancia anterior fundamenta la autoría del acusado no son suficientes.

Para sustentar tal conclusión, el critica la valoración de la prueba llevada a cabo por el tribunal de juicio respecto de las declaraciones de los testigos.

En este sentido, advierte que algunas de ellas habrían sido injustamente privilegiadas respecto de su valor probatorio –las que sostienen la teoría del caso de la acusación–, otras tergiversadas –las de los agentes

policiales— y, por último, otras infundadamente dejadas de lado —las que avalan el descargo del acusado— .

Bien, analicemos ordenadamente esta argumentación para después realizar unas breves consideraciones sobre el lugar dado por el juez al hecho de que el resto de los coimputados haya reconocido su responsabilidad penal en el marco de un juicio abreviado.

Según el recurrente el tribunal de la instancia anterior ha colocado en un lugar central el testimonio de la víctima, Daniel Alberto Lemos, quien explicó en detalle la dinámica del hecho y circunstanció la agresión en tiempo, modo y lugar.

Su denuncia y declaración en la etapa de la investigación penal preparatoria fueron incorporadas por lectura en tanto la víctima no vive en el país.

Dicho testimonio fue correctamente ponderado por el juez de la instancia anterior respecto de su solidez para reconstruir el intento de robo y el rol desempeñado por cada uno de los intervinientes. Así, fue analizado en primer término y de allí se derivaron consecuencias lógicas respecto de la situación de Domínguez.

Ello en tanto, fue la propia víctima la que observó a las tres personas dentro del automóvil marca Renault 12, una de ellas herida por el disparo de arma de fuego (Ricardo Barrera).

La persona que conducía ese automóvil era Domínguez, lo cual fue reconocido por el propio acusado, pero negó que hubiese intervenido en el robo. Corresponde entonces, analizar el descargo del acusado y los testimonios que lo avalarían, los cuales, según la defensa, habrían sido indebidamente valorados por el tribunal de juicio.

El acusado explicó que, si bien él conducía el vehículo que trasladó a Ricardo Barrera al Hospital, lo hizo porque se trataba de su hermano. Pero que respecto del robo fue inculpado, ya que cuando este se llevaba a cabo él se encontraba en su casa acompañado de su familia.

Entonces fue despertado y salió en socorro de su hermano, momento en el que fuera detenido por la policía.

Esta versión de los hechos fue refrendada por Micaela Barrera Domínguez, quien relató que su hermano se encontraba durmiendo cuando un vecino tocó la puerta y le avisó que le habían disparado a Ricardo Barrera —su otro hermano—. Entonces salieron todos para el hospital.

La defensa le critica que en la sentencia puesta en tela de juicio el juez no le diera el valor suficiente a este testimonio —que valida el descargo del acusado— como para contrarrestar la hipótesis acusatoria y, en consecuencia, inclinar la balanza hacia el principio de la duda.

Sin embargo, el juez apuntó algunas contradicciones o, mejor dicho, interrogantes que permanecen abiertos respecto de la versión brindada por el recurrente.

Entre ellos, que la testigo no recuerda el nombre del vecino que le avisó a la familia de la situación de Ricardo Barrera.

Tampoco, en ninguna de las versiones —del acusado y de la testigo—, se termina de explicar por qué razón Domínguez se encontraba vestido —con ropa de trabajo— al momento en que habría sido despertado para salir en auxilio de su hermano.

Esto, en particular cuando Micaela Barrera Domínguez declaró que el acusado se había acostado vestido. Finalmente, la testigo, al ser preguntada por la Fiscalía respecto de la manera en que habían arrancado el auto, pues durante la investigación penal preparatoria declaró que lo hizo con la llave, y en sede de debate que lo habían empujado, confirmó que fue de este modo, pues no encontraban las llaves.

Hasta aquí, no se advierte que el juez sentenciante omitiera valorar el descargo del acusado, así como la prueba ofrecida por la defensa, sino que, por el contrario, ha sido correctamente ponderada en sus extremos y descartada como una explicación alternativa que ponga en duda la versión de la acusación. Esto se encuentra validado, por último, por las declaraciones de los agentes policiales actuantes –tercer y último tramo de la crítica defensiva a la valoración de los testimonios–.

Los funcionarios policiales –Carlos Chilote, Jesica Basualdo, Luis Flores y Jonathan Lara– fueron contestes al recordar el momento en el que fueron trasladados al domicilio de la víctima y relatar el escenario con el que se encontraron al llegar al lugar.

Principalmente, se destaca la coincidencia de los cuatro agentes al explicar que fueron alertados por frecuencia radial de que tres de los autores –uno de ellos heridos– habían escapado en un automóvil Renault 12 (véase sentencia en expte. digital).

De este modo, no asiste razón a la defensa cuando plantea cómo podrían haber sido tergiversadas las declaraciones del personal policial.

Dicho lo anterior, es posible descartar cualquier error en la individualización del acusado como uno de los intervinientes en el robo que, después de frustrada su ejecución por el actuar de la víctima, consiguió escapar y subir al automóvil Renault 12 para trasladar a su hermano herido.

Esta conclusión se basa en el testimonio de la víctima –que describe sin hesitación la existencia del automóvil que inmediatamente después de reducido uno de los autores apareció para intentar rescatarlo–, el cual se encuentra avalado por las declaraciones del personal policial, que reafirman la frustrada fuga en el automóvil referido y la posterior aprehensión de los tres intervinientes restantes.

Por el contrario, la versión del acusado, avalada por el testimonio de su hermana, se presenta como insuficiente para erigirse como una hipótesis alternativa que habilite su desvinculación del proceso por resultar una explicación posible de los hechos.

Por un lado, porque los testimonios del personal policial y la víctima se oponen completamente al descargo del acusado: el automóvil Renault 12 se encontraba en el lugar de los hechos para que los intervinientes se dieran a la fuga.

Por otro lado, porque tres extremos de la versión de la hermana del acusado no son del todo claros. Primero, no se termina de despejar por cuál razón su hermano se habría acostado con ropa de trabajo; segundo, se contradijo respecto de la manera en la que el automóvil fue arrancado; y, por último, no consiguió individualizar al vecino que le avisó que el hermano de Domínguez habría sido herido.

Finalmente, también debe descartarse el agravio de la defensa vinculado con la mención del juez sobre la situación de los coimputados que resultaron condenados a partir de la aplicación de un procedimiento abreviado.

Esto, en razón de que, a diferencia de lo sostenido por el recurrente, el juez de la instancia previa sólo se **limitó a mencionar que los coimputados aceptaron un juicio abreviado, y que, por ello, no estaban en el juicio.**

De tal manera, de esa mera mención es posible inferir tal circunstancia fuera utilizada como un argumento que apuntalara la culpabilidad de Domínguez.

Por todo ello, y en opinión coincidente con la vertida por el señor Procurador General, debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Si bien comparto la solución propiciada por mi colega preopinante, en cuanto a la valoración de la prueba que fundamenta la autoría del condenado y el **rechazo de la existencia de cualquier prejuicio basado en la mención a la situación procesal de los co-imputados**, me interesa subrayar que el agravio de la defensa en este último aspecto carece por completo de asidero y, como tal, debe ser descartado de plano.

En efecto, no puede dejar de advertirse que el afirmar que el tribunal de juicio utilizó la condena co-imputados mediante juicio abreviado final como argumento para sostener la culpabilidad de Domínguez –lo que debería ser una vergüenza para nuestro sistema judicial (sic)– sin que esto haya sido siquiera sugerido en la sentencia puesta en tela de juicio, **es un ejercicio de mala fe procesal que debe ser refutado con especial énfasis.**

Por lo señalado, considero que debe responderse de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir para su oportunidad la regulación de los honorarios profesionales. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de esta Suprema Corte de Justicia de Mendoza, fallando en forma definitiva RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Juan José Domínguez y convalidar la sentencia condenatoria n° 1.670 y sus fundamentos.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir para su oportunidad la regulación de los honorarios profesionales.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

16- BAIGORRIA y PRADO MARIQUE. 17-05-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	B	M	ANA AF	PCE	-	EGT	A	-	CR CI	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=828>

Lex: Art. 166, inc. 2°, 2° y 3° párrafo; 167, inc. 2°, 54, 55, 42 del CP

Vox: Robo. Arma sin aptitud acreditada. Arma de fuego. Poblado y banda. Tentativa. Diferencia entre informe y pericia.

Summa:

El **TPC** condenó a:

a-Baigorria a la pena de **cinco años de prisión** como autor del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada en concurso ideal con robo agravado por ser en poblado y en banda (arts. 166 inc. 2 3° párr., 167 inc. 2 y 54 del CP) y por robo agravado por el uso de arma de fuego en concurso ideal con robo agravado por ser en poblado y en banda, todo en grado de tentativa (arts. 166 inc. 2 2° párr., 167 inc. 2, 54 y 42 del CP).

b-Prado Manrique a la pena de **cinco años y seis meses de prisión** por resultar autor, penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada en concurso ideal con robo agravado por ser en poblado y en banda (arts. 166 inc. 2 3° párr., 167 inc. 2 y 54 del CP) y por robo agravado por el uso de arma de fuego en concurso ideal con robo agravado por ser en poblado y en banda, todo en grado de tentativa (arts. 166 inc. 2 2° párr., 167 inc. 2, 54 y 42 del CP).

La defensa de **Baigorria** interpone recurso de casación. Ello a tenor del art. 474, inc. 2 del CPP. Cuestiona que la sentencia no cumple con la logicidad necesaria para sustentar la agravante de arma de fuego atribuida, en tanto existe un estado de duda insuperable.

Adhiere la defensa de **Prado Manrique** (Art. 474 inc. 2 CPP). Entiende que la sentencia posee un vicio in iudicando por existir errónea aplicación de la ley sustantiva como consecuencia de un vicio in procedendo, al valorar elementos probatorios incumpliendo con el principio de sana crítica racional.

El **Procurador General** entiende que deben ser rechazados en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1749 (30-08-21), pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Precedente Mc Garry.14-0819: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=175>

SCJM. Dres.: **Adaro**. Palermo. Valerio.

Fallo.

CUIJ: 13-06742202-8/1((018601-746644)) F. C/ BAIGORRIA Y PRADO MANRIQUE P/ ROBO AGRAVADO Y ACUMULADO P746642/19 P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105999786*

En Mendoza, a los diecisiete días del mes de mayo del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06742202-8/1 caratulada “F. c/ BAIGORRIA Y PRADO MANRIQUE P/ ROBO AGRAVADO Y ACUMULADO P-746642/19 S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO.

La defensa de Claudio Axel Baigorria interpone recurso de casación contra la sentencia dictada por Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción en tanto lo condenó en los autos P-746.642/19 a la pena de cinco años de prisión.

Ello, por encontrarlo autor, penalmente responsable, del delito robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada en concurso ideal con robo agravado por ser en poblado y en banda (arts. 166 inc. 2 3° párr., 167 inc. 2 y 54 del CP) en los autos n° P-746.644/19 y por robo agravado por el uso de arma de fuego en concurso ideal con robo agravado por ser en poblado y en banda, todo en grado de tentativa (arts. 166 inc. 2 2° párr., 167 inc. 2, 54 y 42 del CP) en los autos n° P-746.642/19 .

Por su parte la defensa de Roque Emiliano Edgardo Prado Manrique adhirió al recurso de casación interpuesto.

En su caso, la sentencia cuestionada lo condenó, en los autos n° P746.642/19, a la pena de cinco años y seis meses de prisión por resultar autor, penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada en concurso ideal con robo agravado por ser en poblado y en banda (arts. 166 inc. 2 3° párr., 167 inc. 2 y 54 del CP) en los autos n° P-746.644/19 y por robo agravado por el uso de arma de fuego en concurso ideal con robo agravado por ser en poblado y en banda, todo en grado de tentativa (arts. 166 inc. 2 2° párr., 167 inc. 2, 54 y 42 del CP) en los autos n° P- 746.642/19.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Son procedentes los recursos interpuestos?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La sentencia entendió acreditado el hecho en los términos descriptos en la requisitoria fiscal, según el cual, «[e]l día 3 de setiembre de 2019, siendo aproximadamente las 00:20 horas Alexander Muñoz Ramírez viajaba como pasajero en el último asiento sobre el costado izquierdo del colectivo recorrido n° 400 de la Empresa Alvear, cuando al circular éste a la altura de calles Patricias Mendocinas y Necochea de Ciudad Mendoza, ascendieron Mario Ismael Salcedo Pacheco, Roque Emiliano Prado Manrique y Claudio Axel Baigorria, ubicándose Salcedo Pacheco en un asiento simple delante de Muñoz, Baigorria al lado de la víctima y Prado Manrique en el último asiento pero del costado derecho. Acto seguido, Salcedo extrajo un arma de color negro, tipo revólver, de tamaño pequeño, se la exhibió y le dijo “te vamos a robar a vos,

dale el celular a él”, señalando a Prado, mientras los tres incusos lo rodeaban. Frente a la negativa de la víctima de entregarle su celular –marca Samsung Gran Prime color blanco vidrio templado N° 2617089407 de la empresa Claro–. Salcedo le manifestó “dáselo o te pego un tiro”, por lo que el denunciante se fue hacia la parte delantera del micro y le contó lo sucedido al chofer, siendo amenazado nuevamente por Salcedo, lo que motivó que el conductor detuviera el rodado sobre calle Patricias Mendocinas y San Lorenzo de Ciudad, abriendo la puerta trasera, descendiendo luego los sujetos al ver frustrado su plan criminal, efectuando Prado de inmediato dos detonaciones de arma de fuego, los que impactaron sobre el vidrio trasero derecho de la última ventana del transporte público, dañándolo totalmente, huyendo del lugar los tres encartados por calle San Lorenzo con dirección al oeste, sin lograr apoderarse de la res furtiva.

Posteriormente subieron a un colectivo interno 97 de la línea 400, siendo aprehendidos por personal policial de los móviles 3287 y 3279 del Cuerpo Motorizado de Prevención de Capital, los cuales se encontraban realizando tareas de control en calles Pedro Pascual Seguro y Lisandro Moyano de Las Heras, logrando secuestrar un arma de utilería, toda vez que lograron descartar el arma de fuego que llevaban». Para así decidir la jueza de la instancia anterior valoró las declaraciones testimoniales de Alexander Muñoz Ramírez, Jesús Octavio González Romero, Nadya Rocío Del Río, Leonardo Ezequiel Elizondo y Martina Méndez Macaroni, así como los demás elementos probatorios debidamente incorporados durante el debate oral.

2.- Los recursos de casación interpuestos por los acusados

Defensa de Baigorria

La defensa de Claudio Axel **Baigorria** interpone recurso de casación contra la sentencia que lo declaró penalmente responsable por el hecho investigado en los autos P746.642/19.

Ello a tenor del art. 474, inc. 2 del CPP. Cuestiona que la sentencia no cumple con la logicidad necesaria para sustentar la agravante de arma de fuego atribuida, en tanto existe un estado de duda insuperable.

Asevera que la existencia del arma de fuego radica en las constancias del CEO únicamente. En tanto que el informe de policía científica realizado en el lugar inmediatamente después del hecho descartó la utilización de armas de fuego en el hecho.

A ello agrega las declaraciones de los testigos, las que no fueron contundentes sobre la existencia de un arma de fuego y que a los acusados solo se les secuestró una de utilería. Respecto al informe de microscopía electrónica de barrido realizada a Prado Manrique que acreditó restos de pólvora en sus manos, alega que fue producto de un suceso anterior desvinculado con el investigado en las presentes actuaciones.

Solicita en consecuencia el cambio de calificación por la de robo agravado por el uso de arma de utilería en grado de tentativa y que la pena justa a aplicar sería de tres años de prisión.

Defensa de Prado Manrique

Por su parte, la defensa de Roque Emiliano Edgardo Prado Manrique interpone recurso de casación también en relación con los autos P-746.642/19.

Afirma que la sentencia posee un vicio in iudicando por existir errónea aplicación de la ley sustantiva como consecuencia de un vicio in procedendo, al valorar elementos probatorios incumpliendo con el principio de sana crítica racional.

Cuestiona la atribución de la **agravante de uso de arma de fuego**, por considerar que corresponde condenar por robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada.

Describe la prueba que acredita su tesis defensiva.

Así:

- 1) que la víctima mencionó que vio un arma de juguete; por ello se negó a entregar su celular y lo puso en conocimiento al chofer del colectivo; de tal manera, nunca hizo referencia a un arma de fuego real;
- 2) que uno de los policías de actuación expresó que secuestraron una réplica de arma de fuego;
- 3) que el chofer del colectivo también vio un arma de juguete y que cuando se bajaron escucharon dos disparos de arma, pero que nunca vieron los disparos;
- 4) que el secuestro fue de un arma de utilería o juguete;
- 5) que el informe de policía científica expresó que no se hallaron indicios de origen balístico en el interior del transporte; y,
- 6) que el informe de microscopía electrónica de barrido practicado sobre Prado Manrique fue llevado adelante sin haber permitido que la defensa propusiera **un perito de control** y que no se citó a prestar declaración testimonial a los profesionales que realizaron el informe, por lo que no debió ser valorado por el órgano jurisdiccional.

Efectúa reserva de caso federal.

4.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 15/16 vta. el Procurador General dictamina en relación con el recurso de casación interpuesto por Baigorria en las presentes actuaciones.

Si bien estima que el remedio procesal procede desde el punto de vista formal, considera que corresponde su rechazo sustancial.

Afirma que la sentencia se encuentra debidamente fundada en el material probatorio producido durante el debate.

Respecto a la **acreditación de la agravante, hace hincapié que la víctima mencionó que escuchó los disparos y la huida de los acusados**, con lo que coincidieron el chofer y otra de las pasajeras.

En particular, que el chofer del colectivo refirió que Baigorria habría expresado que «esta arma no es de mentira» y que luego se escucharon los disparos.

Concluye que en la sentencia se valoró especialmente el testimonio directo de las víctimas para la acreditación de los hechos bajo la calificación atribuida.

A fs. 19 el Procurador General dictamina en relación a la adhesión interpuesta por la defensa de Prado Manrique y reitera la posición expuesta en su dictamen anterior.

5.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Luego de analizar los agravios presentados por las defensas de los acusados Baigorria y Prado Manrique, la resolución cuestionada y el plexo probatorio incorporado en autos; entiendo que corresponde rechazar los recursos interpuestos de acuerdo a los argumentos que a continuación se detallan.

El argumento central de los cuestionamientos defensivos gira en torno a la **acreditación del arma de fuego** por que la se atribuyó la agravante prevista en el art. 166, inc. 2, segundo párrafo del CP, es decir la agravante por haberse utilizado un arma de fuego.

Entiendo que las críticas son el **resultado de un análisis aislado** del material probatorio incorporado durante el debate.

Para sustentar la impertinencia de la agravante atribuida las defensas manifiestan:

- 1) Los testigos no fueron contundentes respecto a la existencia de un arma de fuego y sí sobre un arma de utilería;
- 2) Se secuestró efectivamente un arma de utilería;
- 3) El informe de policía científica descartó la utilización de un arma de fuego en el lugar del hecho, y;
- 4) Respecto al informe de microscopía electrónica de barrido practicada sobre Prado Manrique que acreditó restos de pólvora en sus manos, **se criticaron tres aspectos.**

En primer lugar, que se realizó sin la intervención de **perito de parte.**

En segundo, que no se llamó a prestar declaración en el debate a los profesionales que realizaron **el informe**, por lo que no debería ser valorado en la sentencia.

Y, en tercer lugar, que la **presencia de pólvora** en sus manos no conlleva necesariamente a aseverar que haya accionado un arma en el suceso investigado en autos.

Analizaré particularmente cada uno de los cuestionamientos.

Testigos.

En relación con la mención de los testigos respecto a qué tipo de armas pudieron observar durante el hecho, comparto la valoración expuesta en la sentencia acerca de que Alexander Muñoz, Leonardo Ezequiel Elizondo y Martina Méndez –quienes presenciaron el hecho– hicieron referencia a los disparos de arma de fuego que produjeron el estallido de la ventana del colectivo.

En el caso de Muñoz refirió que tres personas se subieron al vehículo y que se sentaron a su alrededor.

Que una de ellas le exhibió un arma «de juguete» y le exigió la entrega de su celular, buzo y mochila.

Que se dirigió hacia el chofer del colectivo –Elizondo– para ponerlo en conocimiento de lo que acababa de ocurrir. En este momento, expresó que uno de ellos comenzó a gritar que les abrieran o les pegaban un tiro, y que descendieron del vehículo los tres.

Refirió, además, que «[...] el que nunca habló saca el arma y da los disparos hacia el colectivo», que vio los disparos y escuchó dos detonaciones, que impactaron en el vidrio derecho trasero.

A ello debe sumarse la declaración de Elizondo, quien señaló que luego de escuchar por parte de Muñoz que le habían querido robar con un arma de juguete, vio a uno de los sujetos con un arma de fuego en la mano y que expresó «esta no es de mentira», que les abrió la puerta y descendieron.

Según su relato, accionó el botón de pánico de la unidad en la que se trasladaba y luego detuvo la marcha. Especificó que el vidrio trasero se rompió por los disparos efectuados al momento de bajarse.

También hizo **referencia a dos detonaciones**, pero que debían haber sido realizadas con un arma de calibre pequeño porque los proyectiles no ingresaron al interior del vehículo.

También la testigo Méndez declaró de manera coincidente. En efecto, aquélla refirió que escuchó más de un disparo –aunque no muy fuertes– y la rotura de la ventanilla.

Explicó que al principio creyó que había provenido de un aire comprimido, pero luego ratificó por los medios de comunicación que había sido un arma de fuego.

Es decir, de acuerdo con la adecuada valoración expuesta por la jueza de la instancia previa los tres testigos hicieron referencia a que al momento del descenso del vehículo se produjeron dos detonaciones provenientes de un arma de fuego que hizo estallar la ventilla del colectivo.

De tal manera, que también se haya descripto la existencia de un arma de fuego de utilería –luego secuestrada–, no resulta incoherente o desacredita lo declarado por Muñoz, Elizondo, y Méndez.

Ello de aquellas declaraciones y demás constancias de la causa, surge la existencia de más de un arma de fuego en el hecho, una de utilería y una apta para el disparo que los sujetos intervinientes accionaron.

Esta línea de argumentación también contesta la afirmación del efectivo secuestro de un arma de utilería, que utiliza la defensa para excluir la existencia del arma de fuego apta para el disparo.

Es decir, la existencia de un arma de utilería en el hecho y su posterior secuestro no descarta en sí mismo que los acusados tuvieran, además, un arma de fuego con la que dispararon e hicieron estallar la ventanilla del vehículo.

Microscopía electrónica de barrido positivo.

En relación con el informe de **microscopía electrónica de barrido** realizado por el Cuerpo Médico Forense que detectó partículas de pólvora en el acusado Prado Manrique, sobre el cual las defensas realizaron varios cuestionamientos, entiendo que las críticas no conmueven lo resuelto en instancia anterior.

Esto por cuanto ese informe no fue valorado por la jueza de la instancia anterior para la acreditación de los hechos.

Específicamente en la sentencia se refiere que «[l]os efectivos policiales actuantes, corroboraron la versión descrita en los párrafos precedentes y lo plasmado en el acta de procedimiento de fs. 01/02 y croquis ilustrativo [...]. [L]a participación de Claudio Baigorria y Roque Prado, también se corrobora a partir de una valoración integral de la prueba colectada en ambas causas, en tanto la descripción señalada por los testigos –sobre todo de Salcedo que los acompañaba–, el reconocimiento espontáneo de Baigorria por parte del chofer del colectivo, la similitud en la modalidad de comisión con el hecho investigado en los autos acumulados y la cercanía temporo-espacial en ambos sucesos criminosos con la aprehensión, permiten concluir sin hesitación alguna, que quienes intentaron sustraer de sus pertenencias a Alexander Muñoz y dispararon contra la unidad 401, ahora son los encartados».

Sin perjuicio de ello, y aunque hubiera sido valorado ese informe, entiendo que no correspondería atender al planteo sobre la ausencia de declaración durante el debate de los profesionales que lo realizaron, en tanto dicha declaración no fue ofrecida como prueba por ninguna de las partes en la audiencia preliminar. Según consta de las presentaciones de ofrecimiento de prueba de las partes en la audiencia realizada en fecha 19 de marzo de 2021, el representante del Ministerio Público Fiscal ofreció los informes de microscopía de barrido expedida por el Cuerpo Médico Forense de fs. 43, 44 y 45.

Diferencia entre informe y pericia. Precedente Mc Garry.

En tanto que la defensora de los dos acusados ofreció solamente las dos últimas. Es decir, no se ofreció o solicitó la presencia de los profesionales pertinentes. Tampoco podría prosperar el cuestionamiento sobre la eventual intervención de un perito de control, pues son aplicables en relación con la distinción entre informe y pericia las consideraciones vertidas en el **precedente «Mc Garry»**, a las que corresponde remitirse en lo pertinente.

En conclusión, entiendo que la sentencia ha sido debidamente fundada en el plexo probatorio incorporado en autos, el que fue valorado en su integralidad y de acuerdo con las reglas de la sana crítica racional por la jueza de instancia anterior, lo que permite sostener la intervención de Claudio Axel Baigorria y Roque Emiliano Edgardo Prado Manrique en el hecho atribuido en los autos P-746.642/19.

Ello conlleva al rechazo del agravio sustancial promovido, en tanto su procedencia, tal como afirma la defensa, se encontraba vinculada a que prosperan los cuestionamientos acerca de la valoración del plexo probatorio de la causa lo que, han sido rechazados.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo y Dr. Valerio. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede. SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Claudio Axel Baigorria y la adhesión al recurso de casación impetrada por la defensa de Roque Emiliano Edgardo Prado Manrique.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

17- GIMENEZ GONZALEZ. 02-06-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	FS	M	-	Mul	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474
														413

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=833>

Lex: Art. 175 inc. 1 del CP. Art. 413 CPP.

Vox: Apropiación de cosa perdida. Acusación fiscal por Hurto simple. Cambio de calificación legal por la juricatura. Delito diverso. Principio de congruencia. Prohibición de la reformatio in pejus. SA un policía.

Summa:

El JPC condenó al señalado a la pena de **multa de cinco mil pesos** como autor penalmente responsable del delito de **apropiación de cosa perdida** (art. 175, inc. 1 del C.P.). El SA es un policía.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 2 CPP). Cuestiona que la jueza de sentencia, a pesar de sostener que la conducta atribuida a su defendido no es típica al delito de hurto simple, violó el principio acusatorio adversarial, el principio de congruencia y condenó por otro delito.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. Entendió que la jueza de sentencia **mantuvo incólume la base fáctica, y sólo modificó el encuadre jurídico del hecho** por un delito de menor gravedad, como lo autoriza el art. 413 del CPP.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 6232 (24-06-20), pronunciada por el JPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

I-Cambio de calificación legal:

- «Orellana Sepúlveda»10-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=29>
- «Ficara».
- «Vicedomini» 20-11-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=230>
- «Torres Surget», 03-05-18. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>

Algunos párrafos destacados:

- PARTICIPACION CRIMINAL - AUTORIA - DIFERENCIAS

En un hecho delictivo, **lo que distingue entre los distintos grados de intervención no es el dominio del hecho sino el grado de intervención en el suceso**, de modo que la diferencia entre autores y partícipes, y entre estos en particular, **depende de intensidad cuantitativa de los aportes**, siendo autor aquel que configura lo principal en el hecho, y partícipes quienes configuran lo accesorio.

- PARTICIPACION CRIMINAL - APRECIACION DEL JUEZ - ACUSACION - DEFENSA

Si la participación en un delito implica valoraciones sobre la naturaleza de la intervención de una persona en la configuración de un hecho en términos de intensidad, las apreciaciones que la acusación haga respecto de ello implican definiciones relativas al alcance de la **plataforma fáctica** imputada y, consecuentemente individualizan el punto de referencia de la defensa para plantear la mejor estrategia posible de acuerdo con su interés. De este modo, cualquier postura que modifique el sentido dado por la

acusación a la intervención del acusado conlleva una modificación de la referencia sobre el que la defensa ha decidido estructurar su labor contradictoria.

- FACULTADES DEL JUEZ - **CAMBIO DE CALIFICACION LEGAL** - DERECHO DE DEFENSA EN JUICIO - INDIVIDUALIZACION DE LA PENA

El Juez de grado vulnera el derecho de defensa del acusado, en primer lugar, **cuando cambia la calificación definida por la acusación relativa al tipo de intervención del imputado en el hecho delictivo**. En segundo lugar, puesto que **compromete la labor de la defensa** del acusado al no facilitar la tarea contradictoria respecto del campo modificado y su relevancia en la individualización de la pena.

- ACUSACION FISCAL - DEBIDO PROCESO - **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - ALCANCES

La petición de la pena forma parte de la acusación, entendida ésta como etapa fundamental del debido procedo penal, de manera que la completa correspondencia que demanda el principio de congruencia entre la sentencia y las circunstancias tenidas en cuenta por el órgano acusador también recae sobre el requerimiento punitivo. Así, **cualquier pena que exceda el pedido de la acusación** coloca al procesado en una situación más desfavorable que la pretendida por el propio órgano acusador, de manera que se vulnera la **prohibición de la reformatio in pejus**.

- ACUSACION FISCAL - FACULTADES DEL JUEZ - ALCANCES

La potestad del juez no puede exceder la pretensión punitiva expresada por aquella de las partes del proceso titular del ejercicio y la responsabilidad de la acción penal, es decir, del órgano acusador respecto del pedido expreso de penalidad, aplicando una sanción mayor, ni tampoco en cuanto al análisis de la plataforma fáctica objeto del proceso, **calificando el hecho en forma más gravosa** para la situación del imputado; una actuación que no se adecúe a ello, no sólo atenta contra los principios y garantías que implica el sistema acusatorio, sino que afecta de modo directo contra el derecho de defensa en juicio, principio basal del ordenamiento procesal. **(Voto Dr. Valerio)**

- ACUSACION FISCAL - **FACULTADES DEL JUEZ - PENA - PROCEDENCIA**

Si bien la pretensión acusatoria determina el **contenido y el alcance máximo de la jurisdicción**, ello no obsta a que, en el caso concreto, cuando el Tribunal advierta que el hecho encuadra en **una calificación menos gravosa**, puede aplicar ésta, diferenciándose así de la acusación. **(Voto Dr. Valerio)**

Expte.: 13-03884869-6 - FISCAL C/ TORRES SURGET DIEGO AGUSTIN, MARTIN DANIEL TORRES SURGET P/ HOMICIDIO AGRAV. POR EL USO DE ARMA DE FUEGO P/ CASACION. Magistrado/s: PALERMO - VALERIO – ADARO. Ubicación: LS554-056. Fuente.: Oficina de Jurisprudencia.

SCJM. Dres.: **Adaro. Palermo. Valerio.**

Fallo.

CUIJ: 13-05380150-6/1((018502-741318)) FC/ GIMENEZ GONZALEZ JUAN HUMBERTO P/ HURTO SIMPLE (741318) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105553550

En Mendoza, a los dos días del mes de junio del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de esta Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa Nº 13-05380150-6/1 caratulada “FC/ GIMENEZ GONZALEZ P/ APROPIACIÓN DE COSA PERDIDA S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. JOSE V. VALERIO.

La defensa técnica del acusado Juan Humberto Giménez González interpone recurso de casación contra la Sentencia nº 6.232 y sus fundamentos mediante la cual se condenó al nombrado a la pena de multa de cinco mil pesos como autor penalmente responsable del delito de apropiación de cosa perdida (art. 175, inc. 1 del C.P.); pronunciamiento dictado por el Segundo Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial, en los autos Nº P-741.318/19.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La resolución cuestionada, en lo que aquí respecta, tuvo por acreditado que «[...] el día 16 de agosto de 2019, siendo las 20:30 hs. aproximadamente, Juan Humberto Giménez González, mientras cumplía funciones de oficial de guardia en el interior de la comisaría 40, tomó del suelo de la mesa de entradas un teléfono celular, marca Huawei, con chip de la empresa Movistar, de propiedad de Nidia Bosdari, y se apoderó de él».

Debe señalarse que, al momento de alegar durante el debate, el representante del Ministerio Público Fiscal mantuvo la acusación respecto al delito de hurto simple.

Sin embargo, la jueza de sentencia no entendió que se encontraran acreditados los requisitos de la figura legal requerida por el representante del Ministerio Público Fiscal, por lo que consideró que aquellos hechos debían encuadrarse como apropiación de cosa perdida, delito previsto y penado por el art. 175, inc. 1 del CP.

2.- Recurso de casación

La defensa de Juan Humberto Giménez González promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 474, inc. 2 del CPP, por considerar que existen vicios formales en la resolución que cuestiona.

En tal sentido, expresa que impugna el tramo de la sentencia que contiene el encuadre legal del hecho investigado y la determinación de la pena que se le impuso al acusado. Cuestiona que la jueza de sentencia, a pesar de sostener que la conducta atribuida a su defendido no es típica al delito de hurto simple, violó el principio acusatorio adversarial y el principio de congruencia.

Señala que el representante del Ministerio Público Fiscal sólo acusó por el delito de hurto simple y no solicitó en subsidio la condena por otro delito.

Explica que por tal motivo, al momento de expresar los alegatos defensivos, se limitó a demostrar la falta de tipicidad de la conducta atribuida a Giménez González en orden a aquél delito. Advierte que si bien la juzgadora reconoció la referida falta de tipicidad del hecho objeto del proceso, consideró que existía un apoderamiento de cosa perdida, sin seguir el procedimiento establecido por el Código Civil (art. 175, inc. 1 del CP).

Afirma que de acuerdo a los principios rectores del sistema acusatorio adversarial, la jueza de sentencia debió limitarse a resolver si existía o no el delito de hurto simple, que era el punto en litigio. Agrega que si el fiscal no acusó en subsidio por el delito de apoderamiento de cosa perdida, es porque no pretendió perseguir ese injusto penal. Con base a lo expuesto, solicita la absolución del acusado Giménez González por el delito de hurto simple.

Hace expresa reserva de caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, tras evaluar la procedencia del recurso incoado por la defensa de Juan Humberto Giménez González, advierte que debe ser rechazado sustancialmente, por lo que debe confirmarse la validez de la sentencia recurrida.

En este sentido, destaca que el representante del Ministerio Público Fiscal mantuvo la acusación, pidiendo la condena del acusado, y que la jueza de sentencia **mantuvo incólume la base fáctica, y sólo modificó el encuadre jurídico del hecho** por un delito de menor gravedad, como lo autoriza el art. 413 del CPP.

4.- Solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Puesto a resolver el recurso de casación formulado considero que, por los motivos que a continuación se exponen, no corresponde hacer lugar a la impugnación.

En efecto, luego del análisis del recurso como de la sentencia atacada, arribo a la conclusión que en esta última no se observan los vicios que le asigna el recurrente.

Según el recurrente la jueza de sentencia debió limitarse a resolver si se encontraba acreditada la hipótesis sostenida por el representante del Ministerio Público Fiscal.

Sostiene que al condenar a Giménez González por un delito diverso al que fue objeto de acusación, violó el principio acusatorio adversarial y el principio de congruencia.

Al respecto, estimo que **no le asiste razón al impugnante.**

No vulneró principio de congruencia, derecho de defensa y sistema acusatorio

En efecto, advierto que el cambio de calificación legal determinado por la jueza de sentencia, **no vulneró el principio de congruencia penal** que el recurrente señala, en tanto la decisión resultó compatible con el derecho de defensa en juicio y el sistema acusatorio.

Límites que la acusación impone al juzgador. Calificación legal.

Preliminarmente, entiendo necesario aclarar cuáles son los límites que la acusación impone al juzgador y cuáles son las posturas que éste puede adoptar frente a la calificación imputada.

Principio de congruencia fuerte en su dimensión fáctica y débil en sentido jurídico. Concepto de sorpresa.

Al respecto, este Tribunal en anteriores pronunciamientos ha sostenido «[...] **un principio de congruencia fuerte en su dimensión fáctica y débil en sentido jurídico, aunque matizado por el concepto de “sorpresa”.**»

Esto implica decir que los **hechos contenidos en la acusación son inmodificables por el juzgador**, pero este puede **apartarse del sentido jurídico que el acusador le da a la solución en tanto no se altere la base fáctica** y siempre que el cambio de calificación **no implique una sorpresa** para el imputado» (ver, «Torres Surget», «Ficara», entre otros).

De este modo, y en primer orden, advierto una correlación entre los hechos que conformaron el objeto de la acusación fiscal en el requerimiento de citación a juicio –y mantenida durante el debate– y la contenida en la sentencia, por lo que –desde su dimensión fáctica– no advierto violación alguna al principio de congruencia y al derecho de defensa en juicio del encartado.

En segundo orden, tampoco se advierte la vulneración al principio de mención en la calificación legal asignada por la sentenciante en la resolución impugnada en tanto ella «sorprendiera» a la defensa.

En efecto, se desprende de las constancias de autos que desde los albores de la investigación la defensa orientó su estrategia a intentar atribuir al objeto del delito –**un teléfono celular**– **la calidad de cosa perdida**.

Es este el sentido de la declaración del acusado al ejercer su defensa material cuando declaró, tanto en la investigación penal preparatoria como durante el debate (ver fs. 13/15 y registros audiovisuales, día 10/03/20, a partir del minuto 7:45, respectivamente).

Del mismo modo, la defensa al momento de prestar el acusado declaración indagatoria solicitó la solución del conflicto y, en subsidio, el cambio de calificación legal por el delito por el cual –finalmente– resultó condenado Giménez González (ver fs. 14 vta.).

A su vez, en oportunidad de formular sus alegatos conclusivos la defensa también refirió que el hecho objeto del proceso pudo ser encuadrado en el tipo penal previsto en **el art. 175 inc. 1 del CP**.

Agregó en esa oportunidad que al **no acusar el señor fiscal de manera subsidiaria por esta figura penal**, sólo podría proceder una **falta administrativa, de conformidad a la ley 6.722**, de la Policía de Mendoza (ver registros audiovisuales, día 3/06/20, a partir de la hora 1:03:54).

Conforme a lo expuesto, y partiendo de la perspectiva asumida en los precedentes antes individualizados y comparándola con las precisiones realizadas respecto de las constancias de la causa, surge que los argumentos del recurrente son insuficientes para fundar la alegada vulneración al principio de congruencia.

Ello por cuanto, la defensa ejerció de manera adecuada su rol, en tanto pudo expedirse sobre los elementos relevantes que conformaron el tipo penal en el que la jueza de sentencia subsumió los hechos contenidos en la acusación.

Por tal motivo, según entiendo, la sentencia debe mantenerse como un **acto jurisdiccional válido**, puesto que **la declaración de nulidad no satisface ningún interés atendible**.

Por las razones precedentemente expuestas, entiendo que los agravios deducidos no pueden prosperar y, en concordancia con lo expuesto por el señor Procurador General, corresponde contestar de manera negativa la primera cuestión. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

Sobre la misma cuestión el DR. OMAR A. PALERMO, por sus fundamentos, adhiere al voto que antecede.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Si bien adhiero a la solución final dada al caso por mi distinguido colega de Sala, me remito, en lo pertinente, a los argumentos brindados en los **precedentes «Torres Surget», «Orellana Sepúlveda», «Vidomini»**, entre otros. Por lo expuesto, estimo que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de esta Suprema Corte de Justicia de Mendoza, fallando en forma definitiva, RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de Juan Humberto Giménez González y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 6.232.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

18- GODOY ECHENIQUE y ots.. 14-06-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	B	M	ANA	PCE	-	-	A P1° P2°	-	CI CR	UP	-	-	-	474 229

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=853>

Lex: Art. 166 inc. 2°, tercer párrafo, 54 y 167 inc. 2° del CP.

Vox: Robo. Arma sin aptitud acreditada. Poblado y banda. Escuchas telefónicas. Intervenciones telefónicas. **Unificación de pena.** Método aritmético. Determinación de la pena. Juicio de cesura.

Summa:

El TPC condenó a:

- a- **Cepeda Gómez** a la pena única de **quince años de prisión**, por su participación punible en 8 hechos descriptos (como autor, partícipe primario y secundario respectivamente), unificándose con pena anterior.
- b- **Godoy Echenique** a la pena de **quince años de prisión**.
- c- **Oliva Bobadilla** a la pena de siete años de prisión. En la calidad de autor en tres causas, y en las que resultó condenado a la pena de **siete años de prisión**.

Las **defensas** interponen recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

El **Procurador General** entiende que deben ser rechazados en lo sustancial. No se advierte en la sentencia cuestionada una inobservancia de las normas que pudiera acarrear la nulidad y tampoco una errónea aplicación de la ley penal sustantiva.

La **SCJM** rechazó los recursos de casación interpuestos por **Cepeda Gómez y Godoy Echenique**. Hizo **lugar parcialmente** el recurso interpuesto por **Oliva Bobadilla** sólo en lo relativo a **la determinación de la pena**, ordenando se proceda conforme **el art. 38 de la ley n° 9106**.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1651, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

I-Unificación. Art. 58 del CP

- Distefano: 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Vega Ríos. 27-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Curia Bruera. 01-07-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210701_FcCuria.pdf
- Giménez. 23-06-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=606>
- Oros Macedo. 23-06-21 : https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210623_FcOroz.pdf
- Ríos Fernández. 27-05-22: : <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=830>
- Godoy Echenique. 14-06-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=853>

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Palermo (Licencia).

Fallo.

CUIJ: 13-05776710-8/1((018601-71429)) FC/ GODOY ECHENIQUE JUAN JOSE, CEPEDA GOMEZ JUAN MARCELO Y OTROS P/ ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO (71429) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105949725*

En Mendoza, a los catorce días del mes de junio del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05776710-8, caratulada "F. C/ GODOY ECHENIQUE, JUAN JOSÉ Y OTS. P/ ROBO AGRAVADO Y ACUMULADAS S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, y segundo, DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero, DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa técnica de Juan Marcelo **Cepeda Gómez** interpone recurso de casación contra la sentencia N° 1.651 y sus fundamentos, en cuanto condena a aquél a la pena de doce años de prisión como partícipe secundario del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de modo alguno por acreditada, previsto y penado en el art. 166 inc. 2°, tercer párrafo del CP (causa N° P-71.429/18), y como participe primario en los delitos de robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de modo alguno por acreditada en concurso ideal con robo agravado por ser cometido en poblado y en banda, previsto y penado en los arts. 166 inc. 2°, tercer párrafo, 54 y 167 inc. 2° del CP (causa N° P-71.770/18); robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de modo alguno por acreditada en concurso ideal con robo agravado por ser cometido en poblado y en banda, previsto y penado en los arts. 166 inc. 2°, tercer párrafo, 54 y 167 inc. 2° del CP (causa N° P-76.382/18), robo simple (causa N° P-81.025/18), robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de modo alguno por acreditada en concurso ideal con robo agravado por ser cometido en poblado y en banda (causa N° P- 72.001/18), robo agravado por escalamiento en concurso ideal con robo agravado por ser cometido en poblado y en banda, previsto y penado en los arts. 167 incs. 2° y 4° y art. 54 del CP (causa N° P-70.861/18), robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de modo alguno por acreditada en concurso ideal con robo agravado por ser cometido en poblado y en banda, previsto y penado en los arts. 166 inc. 2°, tercer párrafo, 54 y 167 inc. 2° del CP (causa N° P-81.013/18), robo agravado por ser cometido en poblado y en banda, previsto y penado en los arts. 166 inc. 2°, tercer párrafo, 54 y 167 inc. 2° del CP (causa N° P-73.041/18).

En el mismo pronunciamiento, se unificó la condena impuesta por la entonces Excelentísima Segunda Cámara del Crimen a la pena de tres años de prisión de ejecución condicional dictada para fecha 28 de agosto de 2017 en los autos N° P-61.907/15, con la aplicada en los presentes, condenando al nombrado a la pena única de **quince años de prisión** de cumplimiento efectivo.

Por su parte, la defensa de Juan José **Godoy Echenique** interpone recurso de casación contra los autos arriba individualizados, en tanto la resolución que cuestiona lo condenó en la calidad de autor a la pena de **quince años de prisión**.

Del mismo modo, la defensa de Esteban Fernando **Oliva Bobadilla** viene a esta instancia revisora por los delitos que le fueron atribuidos a su defendido en la calidad de autor en causas N° P71.429/18, P-71.770/18 y P-72.001/18, y en las que resultó condenado a la pena de **siete años de prisión**.

El pronunciamiento en las causas referidas precedentemente fue dictado por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Son procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

I.- Sentencia recurrida

La resolución establece, en lo que aquí respecta, que han quedado acreditado los siguientes sucesos:

Hecho nº1-

«[p]ara fecha 01 de Septiembre de 2018, siendo aproximadamente las 20:00 horas, en calle Necochea casi Paraguay de Godoy Cruz, Mendoza, Juan José Godoy Echenique y Esteban Fernando Oliva Bobadilla, interceptaron al Rodolfo Romero Moyano quien se había subido a su vehículo marca Citroën C3, dominio EXP-729, estacionado en el lugar, y mientras uno de los sujetos le abrió la puerta y lo sacó del mismo, el otro lo apuntó con un arma de fuego, para luego sustraerle el vehículo, dándose a la fuga por calle Necochea hacia el norte, de Godoy Cruz. El vehículo sustraído fue guardado posteriormente por el ciudadano Juan Marcelo Cepeda Gómez, previo acuerdo» (autos n° P-71429/18).

Hecho n° 2:

«[e]n fecha 2 de septiembre de 2018 siendo las 10:30 horas, Juan José Godoy Echenique y Esteban Oliva se conducían en el vehículo marca Citroen C3 dominio EXP-729, conducido por Godoy Echenique, por calle Talcahuano hacia el sur frente a la plaza del Barrio La Madera del Departamento de Guaymallén, impactando de manera dolosa en la parte de atrás de la camioneta marca Fiat modelo Fiorino de color blanco, con dominio AC 960 CH, conducida por Juan Carlos Valdez. Al momento en que la víctima detuvo la marcha de la camioneta, Godoy Echenique se aproximó al mismo, y abriéndole la puerta del rodado, lo obligó a descender, tras lo cual le exigió su teléfono celular y su billetera, en tanto que Esteban Oliva le propinó un golpe de puño en la espalda, y le apuntó con un arma de fuego tipo revolver de color negro, para luego sustraer y darse a la fuga en el vehículo de la víctima. Que, minutos más tarde, y debido a que la camioneta Fiorino se detuvo, los sujetos mencionados abandonaron al mismo en calle Damián Hudson N° 1410 de Guaymallén, siendo rescatados en las cercanías por un vehículo conducido por Juan Marcelo Cepeda Gómez» (autos n° P71770/18).

Hecho n° 3:

«[e]n fecha 19 de Septiembre de 2018 siendo las 17:30 horas aproximadamente, en calle Santiago del Estero 777 de Ciudad, Mendoza, se hicieron presentes Juan José Godoy Echenique, Emanuel Cepeda Gómez y un tercer sujeto NN. En tal oportunidad uno de ellos, previo tocar el timbre, le manifestó a Carmen Josefa Ontiveros, que tenía una encomienda y debía firmar, por lo que la víctima abrió la puerta, tras lo cual el sujeto le colocó un arma de fuego en el pecho e ingresó al domicilio, y detrás de él los otros dos sujetos. Luego, el primer sujeto que ingresó, empujó a la víctima, la tiró al piso, la tomó de los pelos y la arrastró hasta el baño dándole patadas, donde se encontraba Concepción Nanfra, a quien otro de los sujetos la estaba apuntando en la cabeza con un arma de fuego. Posteriormente, con las víctimas encerradas en el baño, los sujetos revolvieron toda la casa, sustrayendo un teléfono celular marca Samsung JS5, color blanco con carcasa plástica de color beige con corazoncitos y luz led cambia de colores,

de la empresa Francesa Orange, entre otros elementos.; para luego darse a la fuga en una camioneta marca Toyota Hilux de color blanco, conducida por Juan Marcelo Cepeda Gómez, que se encontraba a la espera de los demás sujetos» (autos n° P-76382/18).

Hecho n°4:

«[e] n fecha 03 de Octubre de 2018 siendo aproximadamente las 08:30 horas, Juan José Godoy Echenique previo dañar el portón de la vivienda ubicada en calle Mariano Moreno 1419 de San José, Guaymallén, ingresó a la misma y sustrajo dos bicicletas 24 marca Bianchi, una notebook marca Dell de color negro; una notebook marca Toshiba de color plateado; entre otros elementos. Posteriormente se dio a la fuga junto a Juan Marcelo Cepeda Gómez, quien lo esperaba afuera» (causa n° P-81025/18).

Hecho n° 5:

«[e] n fecha 4 de septiembre de 2018 siendo aproximadamente las 20:00 hs. Juan José Godoy Echenique y Esteban Oliva Bobadilla, quienes se conducían con Juan Marcelo Cepeda Gómez, en una camioneta blanca marca Hilux que permaneció en la esquina del lugar, se constituyeron en la puerta del domicilio de calle Dr. Bermejo N° 2570 de Ciudad de Mendoza, y uno de ellos apuntó con un arma de fuego a la víctima Norma Hilda Puga, mientras que otro la tomaba del brazo, obligándola ambos a ingresar al domicilio. Una vez en el interior de la vivienda, sustrajeron distintos elementos» (causa n° P-72.001/18).

Hecho n° 6:

«[e] n fecha 31 de agosto de 2018 entre las 10 y las 12 horas, Juan Marcelo Cepeda Gómez, Emmanuel Cepeda Gómez y un sujeto no habido ni identificado, quienes se conducían en una camioneta marca Hilux, dominio GAE 004, y Michael Cepeda Gómez junto con Juan José Godoy Echenique, quienes se conducían en un vehículo marca Chevrolet Corsa, color gris, con vidrios polarizados, llegaron al domicilio sito en calle Chaco n° 462 de Las Heras, y previo saltar por la medianera del patio de la vivienda, dañar la leonera del mismo y violentar la cerradura de una mampara, ingresaron al mismo y sustrajeron diversos elementos» (causa n° P-70.861/18).

Hecho n° 7:

«[e] n fecha 03 de Octubre de 2018, siendo las 12:30 horas aproximadamente, Manuel Bustos Catalano y su esposa, Lilia Electra Deguer, llegaban a su domicilio sito en calle Río Cuarto n° 3046 de Dorrego, Guaymallén, y al momento de cerrar el portón de la vivienda luego de entrar el vehículo, fueron sorprendidos por Juan José Godoy Echenique y un sujeto NN aún no individualizado, quienes llevaron a las víctimas al baño, le colocaron un arma de fuego en la boca a Lilia Deguer, mientras revisaban toda la casa y le pedían dinero. Luego de sustraer diversos elementos, se dieron a la fuga junto a Juan Marcelo Cepeda Gómez, quien los esperaba afuera» (causa n° P-81013/18).

Hecho n° 8:

«[e] n fecha 08 de Septiembre de 2018 siendo las 18:00 horas aproximadamente, en calle Soler n° 373 de Capital, Mendoza, donde funciona un inyectable de nombre «Inyectable Soler», se hicieron presentes Emmanuel Cepeda Gómez y Juan José Godoy Echenique, alias «Tato», quienes le manifestaron a Eliana Adela del Carmen Gómez Moreno que necesitaban colocarse una inyección. Una vez dentro del lugar, uno de los sujetos agarró a la víctima del cuello con un brazo, y la llevaron a otra habitación, oportunidad en que ingresaron dos sujetos más no individualizados, quienes revisaron toda la propiedad, sustrayendo distintos elementos, tras lo cual se dieron a la fuga en un vehículo conducido por Juan Marcelo Cepeda Gómez, quien los estaba esperando afuera» (causa n° P-73041/18).

Para así decir, el juez de la instancia previa valoró, entre los elementos de juicio más relevantes, las distintas declaraciones testimoniales de las víctimas de los distintos hechos atribuidos por los acusados, las actas de procedimientos y, en particular, **las escuchas telefónicas** de las líneas de teléfonos atribuidas a los acusados.

II.- Recurso de Casación interpuesto en favor de Juan Marcelo **Cepeda Gómez**

El defensor de Juan Marcelo **Cepeda Gómez** promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 475, incs. 1 y 2 del C.P.P. por considerar que existen vicios in procedendo y vicios in iudicando en la resolución que cuestiona.

II.1.- Como vicios de forma

Como vicios de forma sostiene que existió una errada aplicación de la ley de rito, en tanto el **art. 411, inc. 1 del CPP** expresa que deben consignarse los **defensores presentes** en el debate. Señala que se consignó de manera errónea este dato ya que en el acta figura su nombre, Dr. Carlos Moyano.

Sin embargo quienes estuvieron presentes en el debate fueron las Dras. Agustina Maddiona y María Elena Quintero.

Entiende que si bien la defensa es una, esto es a los fines del ejercicio de la defensa, pero no en los términos que la norma procesal lo indica.

Con relación a los cuestionamientos vinculados a la errónea valoración de la prueba realizada por el juez de sentencia, analiza cada una de las causas en las que resultó condenado Cepeda Gómez del siguiente modo:

a.- Causa N° P-71.429/18

En primer orden, la defensa alega que en los presentes autos se le atribuyó a Cepeda Gómez la calidad de partícipe secundario en el delito de robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de modo alguno por acreditada. Sin embargo, la representante del Ministerio Público Fiscal solicitó la pena **como partícipe primario** al momento de los alegatos.

Cuestiona que el juez de sentencia se limitó a coincidir con la fiscal, sin advertir que la sentencia dictada recae en la misma incongruencia que la parte acusadora. Sostiene que en virtud de ello se le aplica una pena como partícipe primario, siendo ésta nula por no cumplir con las normas previstas en el código de rito.

En segundo orden, y vinculado a la tarea valorativa realizada por el sentenciante, sostiene que el magistrado realizó una valoración errada de las pruebas en las que sustenta la responsabilidad de Cepeda Gómez en la presente causa. En este sentido, entiende que la única prueba que sustenta la condena es **una comunicación mantenida** entre Godoy Echenique, quien supuestamente habría llamado a Cepeda Gómez en el hecho incriminado.

Señala que el sentenciante no hizo más que ratificar la acusación fiscal sin valorar adecuadamente la prueba.

Agrega que no existe prueba directa que vincule a su defendido con el hecho en su calidad de partícipe secundario.

b.- Causa N° P-70.861/18

En las presentes actuaciones en donde se le atribuye a Juan Marcelo Cepeda Gómez el delito de robo agravado por escalamiento en concurso ideal con robo agravado por ser cometido en poblado y en banda, entiende que el sentenciante también ha incurrido en un análisis errado de las pruebas. Sostiene que no existe prueba directa que vincule a su defendido con el hecho. Señala que la prueba existente y las

declaraciones testimoniales prestadas en el debate no fueron adecuadamente valoradas por el juzgador. Concluye que de las probanzas incorporadas al debate no pueden obtenerse indicios para la determinación de la participación punible de Cepeda Gómez en los hechos y para sustentar su condena.

c.- Causa N° P-76.382/18

Con relación a la condena impuesta a Cepeda Gómez en las presentes actuaciones (robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de modo alguno por acreditada en concurso ideal con robo agravado por ser cometido en poblado y en banda), la defensa reitera los agravios sobre la inexistencia de prueba directa que vincule al acusado con el hecho y a la deficiente valoración de la prueba ventilada en el debate por parte del sentenciante.

En este caso, precisa que la víctima, Carmen Ontiveros, manifestó que la camioneta que intervino en el hecho era blanca, modelo Hilux, con caños cromados y nueva. Asegura que la víctima refirió que no escuchó al vehículo porque las camionetas nuevas no hacen ruido. Agregó que al ser consultada la testigo sobre si conocía de vehículos, ésta respondió que ese tipo de automóviles los conocía por provenir de una zona rural donde éstos son los más utilizados. Con base a esta testimonial, la defensa resalta que la camioneta secuestrada a Juan Marcelo Cepeda Gómez, de la cual sólo tiene autorización de manejo, es una camioneta vieja, modelo 2005, la cual no tiene las características mencionadas por la víctima, entre ellas, que tiene los caños cromados y no hacia ruido. Señala que tampoco su defendido coincide con las características de los sujetos que habrían intervenido en el hecho, en tanto la testigo manifestó que los autores eran hombres entre treinta y cuarenta años de edad. Concluye que nada de esto fue valorado por el juez de la instancia previa, el que se limitó a sostener la hipótesis acusatoria, pero no realizó una adecuada valoración de las pruebas producidas en el debate.

d.- Causa N° P-71.770/18

Los hechos por los cuales resultó condenado Cepeda Gómez en la presente causa tuvieron la misma calificación legal y el mismo grado de participación que la causa precedentemente referida. En este caso, el recurrente reitera los agravios vinculados a la que, considera, deficiente valoración probatoria del juez de sentencia. Señala que la única prueba existente son las escuchas telefónicas, de las cuales surge la comunicación de Godoy Echenique con Cepeda Gómez a las 10:19 hs.. Destaca que, no obstante ello, con posterioridad, no surgieron comunicaciones entre ambos, y las comunicaciones no son con su defendido. De acuerdo con ello, asegura que no surge de las comunicaciones que efectivamente Juan Cepeda Gómez pasara a buscar a Oliva y Godoy Echenique por calle Damián Hudson de Guaymallén. Sostiene que no ha existido un acuerdo de la conducta endilgada a Juan Marcelo Cepeda Gómez. Por ello, entiende que la sentencia no ese encuentra correctamente fundada debido a que carece de un análisis de la prueba desde la sana crítica racional.

e.- Causa N° P-72.001/18

En la presente causa, donde los hechos por los cuales fue condenado el acusado recibieron la misma calificación legal que las dos causas anteriores, la defensa se agravia porque no hubo prueba directa y, por ende, el juez de sentencia sólo pudo valorar prueba indirecta para sustentar la responsabilidad de su asistido en el hecho atribuido. Sostiene que la víctima, Nora Puga, al declarar en audiencia de debate mencionó que le llamó la atención que el sujeto que llevó adelante el hecho tenía los dientes amarillos. Refiere que ante ello se solicitó que Cepeda Gómez mostrara su dentadura, advirtiendo en tal oportunidad que ésta era de color blanca. Asegura que ello no fue valorado ni mencionado por el juzgador y, por tal motivo, entiende que en la valoración de la prueba realizada se apartó de la sana crítica racional.

f.- Causa N° P-73.041/18

En estas actuaciones se le atribuye al acusado el delito de robo agravado por ser cometido en poblado y en banda. La defensa reitera los agravios referidos a la falta de prueba directa de la responsabilidad de Cepeda Gómez en los hechos atribuidos en su calidad de partícipe primario. Señala que el juez de la instancia previa realizó un análisis parcializado de la prueba indirecta, para lo cual remite a las pruebas existentes y las declaraciones testimoniales prestadas en el debate. Entiende que de estos elementos de juicio no pueden obtenerse indicios para la determinación de la participación punible de Juan Marcelo Cepeda Gómez. Alega que la víctima, Eliana Gómez, al relatar los hechos en la audiencia de debate, precisó que no escuchó ningún ruido de vehículo y que los sujetos venían caminando. Por tal motivo, sostiene que la conducta endilgada a su defendido no puede ser corroborada por esta prueba. Agrega que la víctima también describió a los sujetos, pero no los reconoció en rueda de reconocimiento, ni tampoco reconoció los objetos secuestrados. Destaca que la víctima en la audiencia de debate manifestó de manera espontánea que los autores del hecho no era ninguno de los que estaba en la rueda de reconocimiento y que puede identificarlos «porque no se los iba a olvidar más».

Concluye que no existe prueba que vincule a Juan Marcelo Cepeda Gómez con el hecho por el cual fue condenado.

g.- Causa N° P-81.013/18

En las presentes actuaciones Cepeda Gómez fue nuevamente condenado por el delito previsto y sancionado por los arts. 166 inc. 2, 54 y 167 inc. 2 del CP. Entiende que el sentenciante no contó con prueba que se produjera en el debate, ya que se incorporó únicamente la prueba producida durante la instrucción. Asegura que el juzgador no hizo más que adherir a la hipótesis de la acusación, sin valorar que no existe reconocimiento positivo, y que las escuchas no corresponden al hecho por el cual resultó condenado Juan Marcelo Cepeda Gómez.

h.- Causa N° P-81.025/18

En relación con estas actuaciones la defensa refiere que Cepeda Gómez fue condenado por el delito de robo simple, sin que exista ninguna prueba que determine su participación en los hechos investigados. Asegura que ni en la investigación penal preparatoria ni tampoco en el debate pudo determinarse cuál fue la conducta desplegada por su defendido. Señala que la víctima, Luis Bastan no vio a los autores del hecho, ya que llegó con posterioridad a que éste aconteciera, y la vecina de nombre Aguilera, quien vive enfrente de la casa de la víctima, no vio nada extraño, ni a nadie en el transcurso de la mañana. Destaca que las llamadas telefónicas que intentan sostener la acusación son de fecha 2 de septiembre de 2018, es decir, no son del día del hecho. Agrega que no existe comunicación telefónica entre Godoy Echenique y Cepeda Gómez en fecha 3 de octubre de 2018. Señala que el gráfico n° 8 de fs. 18, no sitúa a Cepeda Gómez en el lugar del hecho, ni tampoco cerca de este lugar. Entiende que todo ello lleva a sostener que no existen elementos para sostener la condena, y ésta se aparta de las pruebas y ratifica la errada valoración sostenida por la fiscalía en su acusación, sin valorar la prueba llevada a cabo en el debate en conjunto con toda la prueba obrante en autos.

II.2.- Como agravio sustancial

Como agravio sustancial **critica el método aritmético** utilizado en la unificación de la pena. Refiere que el legislador en ningún momento estableció que se deberían sumar las penas y, en consecuencia, se puede aplicar el método composicional, dado que la suma aritmética violenta el principio de culpabilidad. Cita en su apoyo doctrina.

En otro orden, sostiene que el juez de sentencia aplicó erróneamente la ley sustantiva a los fines de lograr una sentencia condenatoria, apartándose al momento de analizar el material probatorio conforme las reglas de la sana crítica. Señala que el sentenciante al intentar fundar la decisión, en consonancia con el razonamiento de la representante del Ministerio Público Fiscal, se limitó a mencionar cuál es el alcance de la norma, pero no explicó la vinculación con el caso concreto.

En definitiva, sostiene que el juez de sentencia describió las normas, pero no lo hizo a la luz de la plataforma fáctica de autos.

En función de ello, solicita se case la sentencia recurrida, se disponga su revocación y se dicte la absolución de Cepeda Gómez en las causas en las que resultó condenado. Formula reserva del caso federal.

III.- Recurso de casación deducido en favor de Esteban Fernando **Oliva Bobadilla**

El defensor de Esteban Fernando Oliva Bobadilla deduce su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 475, inc. 2 del C.P.P. por considerar que existen vicios in procedendo en la sentencia que cuestiona.

III.1.- En este sentido, sostiene que la sentencia **cuestionada contiene una errónea, parcial y arbitraria interpretación del plexo probatorio incorporado** a la causa, principalmente de las declaraciones testimoniales.

En primer orden, la defensa transcribe algunos tramos de la sentencia donde el juez de la instancia previa analiza elementos de juicio que son comunes a todas las causas, en particular los informes de escuchas telefónicas y la transcripción de algunos tramos relevantes de éstas.

Respecto de ello, concluye que en ninguna de las escuchas consideradas por el sentenciante tienen relación con Esteban Oliva. Destaca que el juzgador, en relación con las líneas telefónicas intervenidas y atribuidas a una persona de nombre Esteban, afirmó que con posterioridad iba a explicar que se trataba del acusado Esteban Oliva, extremo que no aclaró con posterioridad.

Sostiene que no se acreditó que las líneas telefónicas de celulares que se atribuyeron a Oliva, efectivamente hayan sido utilizadas por su defendido. Aclara que, además, las mencionadas líneas no están registradas a nombre del acusado.

Se agravia del tramo de la sentencia que indica que se realizó un allanamiento en la casa de Romina Godoy, quien es pareja del acusado Esteban Oliva, dato que se obtuvo de las redes sociales. Al respecto, entiende que no se ha acreditado en modo alguno que Romina Godoy sea la pareja de Esteban Oliva.

Agrega que no se secuestró en esa vivienda ningún elemento relacionado con los hechos investigados. En segundo orden, transcribe distintos tramos de los fundamentos de la sentencia, a partir de los cuales critica, en particular, la tarea valorativa del juzgador en las tres causas donde se consideró que existían elementos de juicio para sustentar su responsabilidad del acusado Oliva en los hechos atribuidos.

a.- Causa N° P-71.429/18

En estas actuaciones se le atribuye al acusado el delito previsto y sancionado por los arts. 166, inc. 2 tercer párrafo, 54 y 167 inc. 2 del CP. La defensa, luego de transcribir un tramo de los fundamentos del sentenciante donde hace referencia a una conversación telefónica entre los partícipes del hecho, reitera su agravio sobre las líneas telefónicas atribuidas a su defendido. Explica que tal información no se desprende de la totalidad de los fundamentos de la sentencia, en tanto el juzgador no explica cómo es que se le atribuye la utilización de esas dos líneas telefónicas a Oliva. Agrega que las líneas referidas no se encuentran registradas a nombre de su defendido, al cual tampoco se le secuestró ningún teléfono celular, ni chip que pudiera acreditar tales afirmaciones.

Por otro lado, asegura con relación a la llamada nº 29, que las líneas de origen y destino son la 2616774274 y 2617037065, respectivamente, números que no han sido vinculados a su defendido. En cuanto al

allanamiento realizado en el domicilio de Romina Godoy, reitera la críticas relativa a que no se logró el secuestro de ningún elemento vinculado a la causa. En otro orden, sostiene que el juez de la instancia previa no tuvo en cuenta prueba objetiva como el informe Serie «IC» 821-18, donde se concluyó que los rastros dactilares y palmares colectados en ambos rodados no presentan identidad dactiloscópica ni palmetoscópica con ninguno de los dígitos ni palmas estampadas en las fichas a nombre de Oliva Bobadilla.

b.- Causa N° P- 71.770/18

En la presente causa, donde los hechos investigados fueron calificados del mismo modo que la causa precedentemente referida, la defensa transcribe los fundamentos de la sentencia correspondiente a estas actuaciones.

Señala que el juez de sentencia afirma que la víctima Romera sostuvo que no pudo reconocer a los autores del hecho porque todo sucedió muy rápido. Sin embargo, la defensa destaca que el testigo en su primera declaración describió a los autores y afirmó que podría reconocer al sujeto que portaba el arma de fuego. Destaca que el día ocho de noviembre de 2018, a menos de dos meses de acaecido el hecho se realizó una rueda de reconocimiento integrada por Oliva Bobadilla, donde el testigo Valdez, luego de describir a los autores del hecho, no reconoció a su defendido como uno de los autores del hecho. Sostiene que en **las escuchas citadas por el sentenciante para sostener la responsabilidad de su asistido, no surge que éstas hayan sido las vinculadas con Oliva.**

Agrega que del informe de **las antenas de reposicionamiento** no surge que las líneas supuestamente utilizadas por Oliva hayan sido detectadas por aquéllas. Reitera el agravio respecto a que el juez de sentencia no valoró la prueba objetiva que se desprende del informe Serie «IC» 821-18 referido en la causa mencionada precedentemente.

c.- Causa N° P-72.001/18

El acusado fue también condenado en estas actuaciones por el delito robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede acreditarse en concurso ideal con robo agravado por ser cometido en poblado y en banda. En este caso, la defensa reitera los agravios vinculados a la línea telefónica atribuida a Oliva, como así también, la circunstancia de que su defendido prestó declaración, en donde negó su participación en el hecho.

Señala que la víctima, Norma Puga, no reconoció a su defendido en oportunidad de celebrarse la rueda de reconocimiento agregada a fs. 223. Con relación al tramo de la sentencia donde el juez de la instancia previa transcribe las comunicaciones mantenida entre los tres partícipes del hecho, afirma que las llamadas atribuidas a la línea cuya utilización se atribuye a Oliva habrían sido realizadas luego de acaecido el hecho investigado (20:16 hs. y 20:21 hs.).

Ello de acuerdo a lo manifestado por Norma Puga, quien aseguró que el hecho habría ocurrido alrededor de las 19:30 hs. y duró media hora aproximadamente. Concluye que las comunicaciones referidas por el magistrado no tendrían relación alguna con el hecho por el cual fue condenado.

III.2.- Como vicio sustantivo la defensa se agravia de los fundamentos brindados por el sentenciante al momento de mensurar el monto de la pena. Señala que el juez de sentencia realiza una errónea y acotada fundamentación, ya que cita como circunstancias agravantes la violencia desplegada en hechos que no se han atribuido a su defendido.

Entiende que ello es un error grave que fulmina de nulidad absoluta tal fijación de pena por ser violatoria del derecho de defensa en juicio, el debido proceso legal y de proporcionalidad. De tal manera, solicita se

haga lugar al recurso interpuesto y, en consecuencia, se anule la sentencia impugnada. Formula reserva del caso federal.

IV.- Recurso de casación presentado a favor de Juan José Godoy Echenique

El defensor de Juan José Godoy Echenique basa su impugnación en los dos incisos previstos por el art. 474 del C.P.P. En el aspecto formal la defensa, luego de referir los antecedentes de las causas y describir los hechos por los cuales resultó condenado su asistido, sostiene que en todos los expedientes se vincula a Godoy Echenique como autor responsable de los hechos investigados, por el solo y único motivo de las escuchas telefónicas de las líneas atribuidas a su defendido y su esposa, Sabrina Jofré.

Agrega que no existe ninguna prueba, directa ni indirecta, en las distintas actuaciones que incrimine a Godoy Echenique. Sostiene en relación con la eficacia probatoria de los teléfonos celulares, que se tiene que tener presente que este tipo de prueba no se puede resolver el problema de la autoría. Ello por cuanto, aunque resulta razonable pensar que el titular es el que envía mensajes, ello es sólo una presunción.

Concluye que si bien se ha podido acreditar la materialidad de los hechos, no se ha podido probar la participación de su defendido en los delitos en los que resultó condenado. En el aspecto sustancial, la defensa entiende que la pena de quince años impuesta a Godoy Echenique es excesiva, irrazonable, injusta y desproporcionada.

Explica que en la calificación más alta de los delitos endilgados, el mínimo no supera los tres años de prisión, por lo que –a su entender– se han violado los principios de legalidad, proporcionalidad y razonabilidad. Por lo precedentemente expuesto, solicita se case la sentencia y, en su consecuencia, se disponga la absolución de su defendido. En su defecto, solicita una reducción justa y equitativa del monto de la pena.

V.- Dictamen del Señor Procurador General

El Procurador General estima que los recursos de casación interpuestos por los defensores de los acusados deben ser rechazados, en tanto no se advierte en la sentencia cuestionada una inobservancia de las normas que pudiera acarrear la nulidad y tampoco una errónea aplicación de la ley penal sustantiva.

VI.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Por diversos motivos considero, por un lado, que debe confirmarse la sentencia cuestionada en lo que hace a la acreditación de la intervención criminal en los hechos de los acusados Juan Marcelo Cepeda Gómez, Juan José Godoy Echenique y Esteban Fernando Oliva Bobadilla, como así también en los aspectos sustanciales planteados por los dos primeros.

Por otro lado, y en relación con Oliva Bobadilla, considero que debe prosperar el recurso en cuanto al agravio vinculado con la pena que se le impuso. Paso a explicarlo.

De modo preliminar, debo aclarar que a fin de facilitar el tratamiento de los agravios deducidos por los recurrentes, procederé a abordarlos analizando cada causa en forma separada, al igual que lo efectuaron las defensas de Cepeda Gómez y Oliva Bobadilla en sus presentaciones.

Dentro de este esquema explicaré, en primer lugar (a), los fundamentos en virtud de los cuales el sentenciante consideró acreditada la responsabilidad de los acusados.

Ello por cuanto los impugnantes, en términos y con alcances de alguna manera similares, han cuestionado el valor probatorio que el sentenciante le otorgó a los desgrabados de las escuchas, derivadas de las intervenciones telefónicas de las líneas pertenecientes a los acusados, medida de prueba que constituye

el principal sustento de la responsabilidad de los acusados en los hechos que se les atribuye. Seguidamente, abordaré los agravios, tanto formales como sustanciales, presentados por Cepeda Gómez y por el acusado Oliva Bobadilla (b).

Por último, trataré el recurso presentado por Godoy Echenique (c) , en tanto –en general– realizó una crítica conjunta de todas las causas que se le atribuyen a su defendido.

a.- Cuestiones previas

En primer lugar, entiendo necesario destacar que las defensas de los acusados no cuestionan la materialidad de los hechos, sino que dirigen sus agravios a los fundamentos en virtud de los cuales el sentenciante sostuvo la participación de los acusados en los hechos que fueron objeto de investigación en las causas referidas.

También me interesa destacar, como crítica común que obstaculiza la tarea revisora en esta instancia, que los recursos carecen –en general– de argumentos suficientes como para desgranar los fundamentos con los que el sentenciante tuvo por corroborado los distintos objetos de conocimiento.

Sentado ello, comenzaré con el análisis que realizó el juez de sentencia previo a valorar los elementos de juicio que dieron sustento a la responsabilidad de los acusados en cada causa en particular.

En efecto, el sentenciante realizó un análisis de la prueba que resultó común a todas las causas, en tanto daban cuenta de la razón por la cual se iniciaron las presentes actuaciones, la forma de proceder de los acusados y **los distintos de roles** que ocupaban en la perpetración de los hechos, entre otros aspectos.

Así, el sentenciante explicó que las causas bajo estudio tuvieron su génesis en una compulsión ordenada por el Fiscal Federal, Dr. Fernando Alcaraz, en el marco de una investigación de su competencia por un secuestro extorsivo.

Precisó que a raíz de esta compulsión se inició la investigación penal preparatoria que llevó a cabo la Dra. Florencia Díaz Peralta, en tanto del informe de la **División Escuchas Telefónicas, surgieron novedades respecto de hechos de competencia provincial.**

De dicho informe se determinaron las líneas telefónicas utilizadas por los acusados Juan José Godoy Echenique, Juan Marcelo Cepeda Gómez, Oliva Bobadilla y Sabrina Alessandra Jofré (pareja de Juan José Godoy Echenique), como así también, de otros sujetos sindicados como partícipes, entre ellos, Michael Nahuel Cepeda Gómez y Emmanuel Cepeda Gómez, cuya responsabilidad en algunos de los hechos investigados fue determinada mediante el procedimiento de juicio abreviado.

Precisó además que personal policial señaló que «[...] se logró identificar a los usuarios de las líneas intervenidas por las características de las voces (tono, ritmo e intensidad), contactos frecuentes, contexto de las pláticas, etc.». (ver, fundamentos pág. 5).

Aclaró también que de las referidas escuchas no sólo surge la identidad de los interlocutores, sino también que planificaban y cometían delitos contra la propiedad en forma organizada y con distribución de roles. Vinculado con estos aspectos, el juez de la instancia previa –a modo de ejemplo– luego de transcribir un tramo de la comunicación que mantuvo Sabrina Jofré (pareja de Juan José Godoy Echenique) con una persona llamada Cristian, concluyó que «[c]laramente surge de este diálogo que no era un hecho aislado el que habían cometido y que Sabrina estaba cansada de decirle a su pareja (Juan José Godoy Echenique) que no se baje, que era el único que ponía la cara, mientras que el de la camioneta nunca se exponía tal como lo señala Cristian» (ver, fundamentos pág. 6).

Por otro lado, sostuvo que **a raíz de las interceptaciones telefónicas** también se pudieran determinar los domicilios que fueron allanados.

De este modo, el sentenciante destacó que como consecuencia de los ocho allanamientos se logró la detención de los acusados y el secuestro de la camioneta Toyota Hilux utilizada para perpetrar varios de los hechos, como así también, se logró el secuestro de parte de la res furtiva que fue reconocida por las víctimas. Agregó que del informe de búsqueda de personas prófugas, surgió que la camioneta Toyota Hilux de color blanco, dominio GAE 004, era de titularidad de Érica Enrique, pareja de Juan Marcelo Cepeda Gómez, y que éste tenía autorización para conducir este vehículo.

También surgió de la investigación que Miguel Cepeda Gómez poseía el vehículo Chevrolet Corsa de color gris, dominio HFU-075, vinculado con el hecho investigado en la causa N° P-70.861. Destacó así que en el interior de la camioneta Toyota Hilux secuestrada a Juan Marcelo Cepeda Gómez se encontró un revolver calibre .22, marca Peuen, cuyo secuestro se logró cuando la camioneta estaba en la playa de secuestro, ya que se encontraba escondida en el rodado.

Vinculado con este hallazgo, el juez de sentencia valoró que de la escucha telefónica n° 13429 se desprendió que Sabrina Jofré, desde el celular de Juan José Godoy Echenique, le comentó a una persona llamada Cristian que «[...] est[aba] muy preocupada por el allanamiento y ella logr[ó] esconder el celular y que en ese celular están todas las llamadas de Juan con el de la camioneta y todos los contactos y que el juguete (por el arma) estaba escondida en la camioneta; señalando que Juan José Godoy Echenique era el pelotudo que se exponía al entrar a los lugares».

Con base en esta conversación, el sentenciante –en criterio que comparto– reiteró que de estas escuchas se advierte que la actividad que realizaban no era al azar, sino que obedecía a un plan de acción, donde había reparto de roles y planes alternativos (ver fundamentos, pág. 7).

Referido, entonces, el análisis que realizó el sentenciante sobre los distintos elementos de prueba que conformaron el contexto común de las distintas causas traídas a esta instancia, corresponde analizar los agravios conforme al esquema propuesto. Veamos.

b.- Los recursos de Cepeda Gómez y Olivia Bobadilla

b.1.- Causa N° P-71.429/18

En la presente causa el juez de sentencia entendió que el testimonio prestado por la víctima, Carlos Romera, resultaba creíble no sólo desde el punto de vista intrínseco, sino también extrínseco, en tanto su testimonio se corroboraba con el resto de la prueba, en especial, con las escuchas de las comunicaciones de los encartados vinculadas con este hecho.

De este modo, el juez de la instancia previa señaló que de las escuchas telefónicas obrantes a fs. 16/29, se desprendía que el mismo día del hecho, siendo las 16:22 hs., es decir, antes que éste ocurriera (20:00 hs.), se comunicó Juan José Godoy Echenique con Esteban Oliva Bobadilla, y le dijo: «¿qué vamos a hacer?, ¿vamos a hacer eso?. Para mañana si no lo hacemos así allí».

A su vez, en la llamada n° 29 surge la siguiente conversación: «ahora vemos si rescatamos un auto, me entendés». Y luego de cometido el hecho se comunicó Juan José Godoy Echenique con Juan Marcelo Cepeda Gómez y éste le dijo: «No pasa nada, todo tranquilo, bueno vamos para la cochera».

El sentenciante sostuvo que de estas escuchas surgió claramente la participación en el hecho de los acusados.

En la primera llamada se comunicó Juan José Godoy Echenique con Esteban Oliva Bobadilla para ir a robar el vehículo; y en la segunda, el primero de los nombrados se comunicó con Juan Marcelo Cepeda Gómez para que los esperara en la cochera y ocultar el vehículo sustraído, conforme habían planificado.

Por su parte, el sentenciante valoró que las referidas escuchas fueron captadas por las antenas que están a escasos metros del lugar del hecho; una en la calle Mexica –ubicada a 700 metros del lugar del hecho–,

y la otra, ubicada en calle Maipú, también ubicada en las cercanías del lugar donde se cometió el hecho (ver, fs. 502/503).

Consideró también que los acusados necesitaban sustraer este vehículo para utilizarlo al día siguiente para cometer el hecho investigado en los autos N° P- 71.770/18, tal como se desprende de estas actuaciones en donde se logró el secuestro del vehículo marca Citroën sustraído en los presentes autos. Advirtió así que tanto los hechos como los domicilios donde se realizaron los allanamientos y se logró la detención de los acusados surgen de las distintas escuchas telefónicas que fueron desgravadas (ver fundamentos, págs. 8 y 9).

Con base a estas probanzas el juez de sentencia consideró acreditada la participación de los acusados en los hechos atribuidos en la presente causa.

En el aspecto formal la defensa de Cepeda Gómez, en primer orden, cuestiona la participación de su defendido en la calidad de partícipe secundario en el hecho investigado en el expediente aquí individualizado.

Para ello sostiene que el sentenciante basó la responsabilidad de su asistido en una supuesta comunicación telefónica realizada el día del hecho a las 20:10 hs., en donde Godoy Echenique habría llamado a Cepeda Gómez y éste le habría manifestado: «no pasa nada todo tranquilo», y Echenique le dijo que se fueran para la cochera.

Entiende que las pruebas e indicios concordados con los datos objetivos recabados por la investigación, no alcanzan el grado de certeza necesario respecto de la participación secundaria de Juan Marcelo Cepeda Gómez en el hecho incriminado. Asegura que el sentenciante no hizo más que ratificar la acusación fiscal sin valorar adecuadamente la prueba.

Las siguientes consideraciones me permiten sostener que el agravio esgrimido en este sentido debe ser desestimado.

En efecto, la defensa no explica cuáles serían los elementos de juicio que fueron –a su criterio– valorados de manera arbitraria y perjudicial para los intereses del acusado.

Tampoco aporta elementos o brinda razones suficientes que logren desvirtuar el resultado de las escuchas telefónicas –ver fs. 16/17– y plano de antenas –ver fs. 502/503– en las que el sentenciante fundó principalmente la participación de Cepeda Gómez en los hechos atribuidos. Del mismo modo, no brinda mayores razones respecto de la duda que abonaría una solución absolutoria.

No obstante ello, y como referí, el análisis de los motivos que llevaron al sentenciante a imponer condena me permite advertir que la sentencia se muestra íntegra en el abordaje del caudal probatorio incorporado, y adecuada en los argumentos que sustentan la certeza a la que llegó.

En segundo orden, la defensa sostiene que en los presentes autos se le atribuyó a Cepeda Gómez la calidad de partícipe secundario en el delito por el cual resultó condenado.

Sin embargo, advierte que la representante del Ministerio Público Fiscal solicitó la pena como partícipe primario al momento de los alegatos. Cuestiona que el juez de sentencia se limitó a coincidir con la fiscal, sin advertir que la sentencia dictada recae en la misma incongruencia que la parte acusadora. Entiendo que el planteo de la defensa no puede prosperar.

Ello por cuanto su crítica no se condice con las constancias de autos en donde tanto de los fundamentos de la sentencia como de la parte resolutive se advierte claramente que el sentenciante le atribuyó a Cepeda Gómez la calidad de partícipe secundario en la perpetración de los hechos acontecidos en la presente causa.

Del mismo modo, debe desestimarse la pretensión de la defensa de considerar nula la sentencia por haber –a su criterio– **vulnerado el art. 411, inc. 11 del CPP**. Si bien de los fundamentos de la sentencia se desprende que el Dr. Carlos Moyano – quien representa en esta instancia al acusado Cepeda Gómez– participó en el debate, también advierto que se consignó el nombre de la Dra. María Elena Quintero, quien junto a la Dra. Agustina Maddiona representaron al acusado durante el debate y en la etapa de los alegatos, por lo cual aquella consignación debe interpretarse como un **error material** que de ningún modo habilita la nulidad requerida.

En este sentido coincido con el Procurador en el sentido de que los abogados referidos trabajaban conjuntamente en la defensa del acusado Cepeda Gómez, y que sus distintas intervenciones en el devenir del proceso fueron realizadas conforme a las obligaciones que asumieron con el acusado.

En razón de ello, no advierto vulneración a normativa mencionada, en tanto no se ha vulnerado la defensa en juicio ni el debido proceso legal. En otro orden, dentro de los cuestionamientos comunes a todas las causas en las que intervino Esteban Oliva Bobadilla la defensa, luego de transcribir algunos tramos de los fundamentos de la sentencia, cuestiona que ninguna de las escuchas telefónicas consideradas por el sentenciante vinculan a Oliva Bobadilla con los hechos atribuidos.

Entiendo que los agravios esgrimidos en este sentido tampoco pueden prosperar. En efecto, en el tramo de los fundamentos cuestionados por la defensa, el juzgador hizo referencia a elementos de juicio comunes a todas las causas, en donde indicó el origen de las actuaciones, el modo en que cometían los delitos los acusados y los distintos roles que ocupaban, mencionando –sólo a modo de ejemplo– algunos tramos de las escuchas telefónicas.

No obstante ello, advierto que en aquel tramo de la resolución cuestionada, el juez de sentencia hizo referencia al **acusado Oliva Bobadilla, al señalar que las líneas telefónicas de los imputados fueron intervenidas a fs. 51 por el juez de garantías**, y que a raíz de tales intervenciones se pudo determinar la identidad de los autores y los domicilios que fueron posteriormente allanados (ver fundamentos, pag. 6). Del mismo modo, no resulta de recibo el agravio vinculado con que el juzgador no explicó cómo vinculaba las líneas telefónicas atribuidas a un tal Esteban con su defendido.

Señala al respecto la defensa que tampoco se logró acreditar que los referidos números de celulares –los que no estaban registrados a nombre de Oliva Bobadilla– hayan sido efectivamente utilizados por su asistido.

En este sentido, cabe referir que el sentenciante llegó a tal conclusión a partir de los informes de División de Escuchas Telefónicas de la Dirección de Investigaciones, quienes determinaron los usuarios de las líneas telefónicas intervenidas. Respecto de Esteban Oliva Bobadilla indicaron que éste utilizaba las líneas telefónicas 2615384233 y 3625190437.

A su vez el sentenciante precisó que personal policial señaló que «[...]se logró identificar a los usuarios de las líneas intervenidas por las características de las voces (tono, ritmo e intensidad), contactos frecuentes, contexto de las pláticas, etc.» (ver, fundamentos, pág. 5).

Por otra parte, destacó el sentenciante –en razonamiento que comparto– que tanto la participación del acusado Oliva Bobadilla en los hechos atribuidos como el domicilio donde se llevó a cabo su detención, surgieron de las escuchas telefónicas que la defensa pretende impugnar en esta instancia revisora.

Tampoco puede prosperar el cuestionamiento vinculado con el allanamiento realizado en el domicilio de Romina Godoy.

Al respecto, la defensa entiende que no se pudo acreditar que ésta haya sido pareja de Esteban Oliva. Además, destaca que no se logró el secuestro de ningún elemento relacionado con los hechos investigados.

Cabe señalar que el juzgador fue claro al momento de determinar que tal información surgió de las redes sociales (Facebook).

Por otro lado, el recurrente no explica de qué manera este elemento de prueba y la ausencia de secuestro de elementos vinculados a los hechos desvirtuaría el plexo probatorio que incrimina a su asistido. La defensa también asegura con relación a la llamada número n° 29, señalada por el juez de sentencia como un elemento que incrimina a su defendido Oliva Bobadilla, que ésta no fue vinculada a ninguna de las líneas telefónicas atribuidas a su asistido. Entiendo que el cuestionamiento no resulta procedente.

En efecto, si bien le asiste razón a la defensa en el sentido que el magistrado transcribe la referida llamada en la que no participó su asistido, surge de la compulsa del informe de División Escuchas Telefónicas (fs. 16/17, autos N° 71.429) que la primera llamada a la que hace referencia el juez de sentencia es la número 14 (CD n° 2). En ella se indica que la línea de destino es la 2615384233, es decir, la perteneciente a una de las líneas atribuidas a Oliva Bobadilla.

Por último, no asiste razón a la defensa cuando otorga un valor determinante a la circunstancia vinculada con que el juez de la instancia previa no tuvo en cuenta prueba objetiva como el informe Serie «IC» 821-18, donde se concluyó que los rastros dactilares y palmares colectados en ambos rodados no presentaban identidad dactiloscópica ni palmetoscópica con ninguno de los dígitos ni palmas estampadas en las fichas a nombre de Oliva Bobadilla.

En efecto, si bien el sentenciante **omitió valorar este elemento de juicio, lo cierto es que la defensa no explica la relevancia de tal ponderación.**

Ello no sólo en razón del valor en términos relativos de lo informado en este punto, sino en función de la contundencia del plexo probatorio que incrimina a su defendido en las presentes actuaciones.

b.2.- Causa N°P-71.770/18

En las presentes actuaciones, y en lo referido a la participación de los acusados en los hechos que fueron objeto de investigación, el juez de la instancia previa consideró que de las escuchas telefónicas mantenidas entre los acusados surge la participación de estos en el hecho, la manera en que lo planificaron y el rol que ocupó cada uno de ellos.

El juez sostuvo que la víctima Juan Carlos Valdez mantuvo la misma versión de los hechos en las distintas oportunidades en las que prestó declaración testimonial. Agregó que este relato de los acontecimientos concordaba con el resto de la prueba incorporada al debate.

En este sentido, y luego de transcribir las conversaciones mantenidas entre los acusados, destacó que de éstas se advierte lo que los encartados «[...] hablaban antes y en el momento en el que con el Citroën impactaran en el vehículo en que se conducía la víctima, como luego se dan a la fuga». Sostuvo que «[q]ueda suficientemente claro que Godoy Echenique conducía el Citroën C3 en compañía de Oliva Bobadilla, siendo éstos los que impactaron la Fiorino de Valdez y cómo iban planificando el devenir de las cosas con Cepeda Gómez, quien los iba guiando respecto del momento en que Godoy Echenique debía embestir la Fiorino». Señaló también que «[...] fueron contundentes las conversaciones que tuvieron entre ellos inmediatamente después y la ofuscación de ellos, sobre todo de Godoy Echenique, al ver frustrado el resultado de «este laburo», como lo llamó» (ver fundamentos, págs. 14/17).

Agregó que las referidas escuchas se encontraban corroboradas con el plano de las antenas de reposicionamiento obrantes a fs. 277/278 que «[...] dan cuenta que los que hablaban lo hacían en la zona

donde aconteció el asalto» (ver fundamento, pág. 14). Con base a estas pruebas el juez de sentencia entendió que corresponde tener por acreditada la intervención de los acusados en el hecho.

En las presentes actuaciones la defensa de Juan Marcelo Cepeda Gómez cuestiona la tarea valorativa del juzgador, por cuanto entiende que la única prueba que incrimina a su defendido son las escuchas telefónicas. Aclara que si bien de este elemento de juicio surge que se comunicaron Godoy Echenique con Cepeda Gómez a las 10:19 hs., asegura que con posterioridad, no surgen conversaciones entre ambos. Agrega que no se desprende de las conversaciones que Cepeda Gómez efectivamente haya pasado a buscar a Oliva y Godoy Echenique por calle Damián Hudson de Guaymallén.

Entiendo que los argumentos de la defensa no son suficientes para desvirtuar la relevancia probatoria de las comunicaciones telefónicas referidas por el sentenciante.

Ello por cuanto – tal como lo analizó el juez de la instancia previa– éstas describen con claridad la secuencia de los hechos que surge no sólo de lo descrito por la víctima, sino también del resto de la prueba ponderada por el sentenciante.

En este sentido, cabe advertir que de las conversaciones vinculadas al presente hecho, y que fueron transcritas por el juez de sentencia, se advierte que las comunicaciones antes y durante el hecho fueron mantenidas entre Godoy Echenique, quien se encontraba con Oliva Bobadilla y Cepeda Gómez quien tenía a su cargo el rol de apoyarlos y luego «rescatarlos» cuando se detuvo el vehículo marca Fiorino que pretendían sustraer (ver fundamentos, págs.14/16).

Esta circunstancia, como ya referí al analizar los fundamentos del sentenciante, fue corroborada con el plano de las antenas de reposicionamiento, de donde se desprenden las aludidas comunicaciones.

Del mismo modo, surgen de las llamadas n° 27 (10:39 hs) y n° 28 (10:41 hs.), ambas correspondiente al CD n° 3, las conversaciones mantenidas entre Godoy Echenique y Cepeda Gómez con posterioridad a que se detuviera el vehículo Fiorino, donde este último le iba indicando dónde debían dirigirse para lograr encontrarlo a fin de lograr huir del lugar de los hechos.

De tal manera, y como adelantara, no pueden prosperar los agravios de la defensa en tanto sus críticas no alcanzan para desvirtuar el plexo probatorio que incrimina a su defendido.

En otro aspecto, debe señalarse que en los presentes autos la defensa de Esteban Oliva Bobadilla sostiene que la víctima en su primera declaración describió a los autores y afirmó que podría reconocer al sujeto que portaba el arma de fuego.

Destaca que el día 8 de noviembre de 2018, a menos de dos meses de acontecido el hecho, se realizó una rueda de reconocimiento integrada por Oliva Bobadilla, donde el testigo Valdez, luego de describir a los autores del hecho, no reconoció a su defendido como uno de los partícipes.

Sostiene que en las escuchas citadas por el sentenciante para tener por acreditada la responsabilidad de su asistido, no surge que éstas hayan sido vinculadas a las líneas supuestamente utilizadas por Oliva.

Agrega que del informe de las antenas de reposicionamiento tampoco se desprende que las líneas atribuidas a Oliva hayan sido detectadas por éstas. Entiendo que los agravios esgrimidos deben desestimarse.

Al respecto, el recurrente realiza un análisis aislado y sesgado del acerbo probatorio y, por ende, no constituye una crítica razonada de los fundamentos en virtud del cual se tuvo por probada la intervención de su defendido. Al respecto, el juez de sentencia señaló que la víctima Juan Carlos Valdez manifestó en la audiencia de debate, en relación con los autores del hecho, que «[...] no los pudo reconocer porque todo fue en unos minutos» (ver fundamentos, pág. 14).

Entiendo que las modalidades del acontecer criminoso y –tal como lo señala la defensa– la realización de la rueda de reconocimiento después de haber transcurrido casi dos meses del hecho, es lo que justificó –según entiendo– que a este elemento de prueba no se le brindara el valor pretendido por la defensa en función de la ponderación integral del plexo probatorio de la causa.

Por otro lado, tampoco puede prosperar el agravio según el cual, tanto las escuchas de las comunicaciones vinculadas al hecho que fue objeto de investigación en las presentes actuaciones, como el plano de reposicionamiento, no vinculan a Oliva Bobadilla como uno de sus partícipes.

En efecto, y tal como referí al tratar los agravios del acusado Cepeda Gómez, la falta de intervención de la línea telefónica atribuida a Oliva Bobadilla y su consecuente falta de geolocalización a través de las referidas antenas en el lugar del hecho, se justifica razonadamente, por cuanto quienes mantenían permanente contacto eran los acusados Godoy Echenique –con quien se encontraba ejecutando el hecho Oliva Bobadilla– y Cepeda Gómez.

Sin embargo, omite considerar el recurrente la llamada nº 36, CD nº 3 (17:07 hs) realizada el mismo día del hecho, donde el acusado Oliva Bobadilla se comunica con Godoy Echenique, y ambos hacen referencia al hecho acontecido, en tanto se lamentan del resultado obtenido (ver fundamentos, pág. 16).

Por último, la defensa reitera el agravio vinculado a que el juez de sentencia no valoró la prueba objetiva que se desprende del informe Serie «IC» 821-18 referido en la causa mencionada precedentemente. En este punto me remito a lo ya explicado en oportunidad de abordar los agravios vinculados a los hechos investigados en autos Nº P-71.429/18.

En definitiva, se advierte, que la defensa no logra desvirtuar el razonamiento del juez de la instancia previa en relación a la valoración de la prueba realizada, por lo que su impugnación no resulta procedente.

b.3.- Causa Nº 72.001/18

En la presente causa el juez de la instancia previa consideró acreditada la participación de los acusados Godoy Echenique, Cepeda Gómez y Oliva Bobadilla, a partir de las escuchas telefónicas de las comunicaciones que mantuvieron los encartados antes e inmediatamente después del hecho, las que fueron realizadas en cercanías del domicilio donde perpetraron el acontecer ilícito (ver plano de reposicionamiento de fs. 211/212).

Dentro de las escuchas realizadas con anterioridad al hecho, el juez de sentencia transcribió cuatro llamadas, en las dos primeras Godoy Echenique se comunica con Cepeda Gómez y acuerdan el horario en que cometerían el hecho. En las otras dos, las que tienen lugar inmediatamente antes de perpetrar el ilícito, se comunica Godoy Echenique con Oliva Bobadilla.

En ambos casos coordinaron cómo arribar al lugar. Del mismo modo, el magistrado transcribió una comunicación entre Godoy Echenique y Cepeda Gómez realizada inmediatamente después del hecho, en donde hacen referencia a la víctima y su nieta, la que se encontraba en el domicilio al momento de los acontecimientos.

Sostuvo que la responsabilidad de Cepeda Gómez también se corroboraba con el reconocimiento en rueda de personas, donde la víctima señaló al acusado como uno de los autores del hecho. Agregó que en la camioneta marca Toyota Hilix en la que se conducía Cepeda Gómez, se secuestró un revolver de similares características al utilizado para perpetrar el hecho (ver fundamentos, pág. 30).

Con base a estos elementos arribo a una solución condenatoria respecto de los acusados en autos. La defensa de Cepeda Gómez sostiene que el juez de sentencia sólo pudo valorar prueba objetiva para sustentar la responsabilidad de su asistido en los hechos atribuidos.

Por otro lado, centra sus agravios en la circunstancia de que la víctima Norma Puga habría manifestado que el sujeto que la abordó tenía los dientes amarillos. Agrega que, ante ello, se solicitó a Cepeda Gómez que mostrara su dentadura, advirtiéndose que no tenía la característica indicada por la testigo. Se agravia así porque ello no fue valorado por el juzgador, apartándose de este modo de las reglas que impone la sana crítica racional.

De acuerdo a lo explicado precedentemente al comienzo de este apartado entiendo que los fundamentos brindados por el sentenciante para fundar la participación de Cepeda Gómez en los hechos investigados, resultaron suficientes y ajustados a los criterios exigidos para la valoración de la prueba.

El agravio de la defensa aparece de esta manera como una valoración aislada en relación con los demás elementos de prueba que dan cuenta de la intervención del acusado en el hecho.

Así, la percepción que pudo tener la víctima al momento de los hechos sobre el color de los dientes del acusado, no resulta un dato relevante a la luz del plexo probatorio analizado y, principalmente, de la sindicación que realizó la víctima del acusado en reconocimiento en rueda de personas.

Por las razones expuestas, no pueden prosperar los agravios en esta instancia revisora. En otro orden, la defensa de Oliva Bobadilla reitera los agravios vinculados a que no existe prueba de que la línea telefónica atribuida a su defendido haya sido efectivamente utilizada por Oliva Bobadilla.

Destaca que la víctima no reconoció a su defendido en rueda de reconocimiento. Por otro lado, y como argumento central, afirma que las llamadas de la línea cuya utilización atribuyen a Oliva Bobadilla habrían sido realizadas luego de acontecido el hecho (20:16 hs. y 20:21hs.).

Explica que según consta en el acta de denuncia de Norma Puga el hecho habría acontecido a las 20:00 hs. pero, sin embargo la víctima en la audiencia de debate declaró que el ilícito ocurrió alrededor de las 19:30 hs., y duro unos veinte minutos, es decir, hasta las 19:50 o 20:00 hs. como máximo. Conforme a ello entiende que las llamadas atribuidas a Oliva, vinculadas con el hecho, fueron posteriores a éste.

Entiendo que los agravios expresados en este sentido deben desestimarse. En efecto, en primer orden, tal como surge de la plataforma fáctica descripta, quedó acreditado que el hecho aconteció aproximadamente a las 20:00 hs.

En segundo orden, cabe referir que el horario es aproximado y que –de acuerdo a las antenas de reposicionamiento– las comunicaciones que mantuvieron Godoy Echenique con Oliva Bobadilla fueron realizadas en las cercanías del domicilio donde se perpetró el hecho (en el caso de Oliva Bobadilla, su línea fue localizada en la antena ubicada a trescientos sesenta y ocho metros del lugar del hecho).

Por esta razón, resulta razonable sostener que no transcurrió mucho tiempo entre estas comunicaciones y la ejecución del hecho. Todas estas circunstancias desvirtúan la pretensión de la defensa de desvincular a su asistido del hecho a partir de intentar precisar el horario exacto del acontecimiento criminoso, lo que no se condice con la hipótesis fáctica del Ministerio Público Fiscal ni con las constancias de autos.

Por último, y vinculado con el agravio sobre las líneas de teléfonos atribuidas al acusado, me remito a ya lo explicado al respecto.

Del mismo modo, entiendo que no resulta relevante la falta de reconocimiento de Oliva Bobadilla por parte de la víctima, a la luz del plexo probatorio analizado, cuya valoración por el sentenciante la defensa no ha logrado desvirtuar. Además, la defensa cuestiona el procedimiento de determinación judicial de la pena mediante el cual el sentenciante fijó el monto de siete años de prisión efectiva.

Ello en razón de entender que el juez de sentencia valoró, como circunstancias agravantes, los hechos – particularmente violentos– que constituyeron el objeto de investigación de dos causas en donde su defendido no fue condenado.

Por tal motivo, entiende que debe proceder la nulidad absoluta de la pena impuesta a su defendido, por constituir un grave error que vulnera el derecho de defensa en juicio, el debido proceso legal y de proporcionalidad.

Según advierto, los argumentos de la defensa en este aspecto resulta de procedencia, puesto que le asiste razón al postular que la pena ha sido determinada de manera arbitraria.

En efecto, a fin de fijar la pena aplicable en siete años de prisión, el juez de la instancia anterior consideró como circunstancias agravantes la multiplicidad de los hechos atribuidos, la falta de dificultad del acusado para ganarse el sustento por ser una persona joven, y la particular violencia con la que fueron cometidos los hechos.

En este punto, el sentenciante destacó el hecho en el cual los autores le colocaron a la víctima un arma de fuego en la boca (causa N° P-81.013), como así también, la particular violencia demostrada en la causa N° P-76.382/19 con las dos víctimas mujeres y mayores de edad.

Surge de la parte resolutive de la sentencia N° 1.651 y su aclaratoria, el acusado Oliva Bobadilla no fue condenado en las dos causas que el juez de la instancia previa valoró, como agravante, debido a la intensa violencia desplegada por los autores.

Por todo lo expuesto, debe hacerse lugar parcialmente al recurso interpuesto por la defensa de Oliva Bobadilla, ordenando la anulación de la sentencia impugnada sólo en lo relativo a la determinación de la pena (punto III y V, sentencia n° 1.651).

b.4.- Causa N° P-70.861/18

En los autos arriba individualizados el sentenciante consideró que existieron elementos de juicio suficientes para considerar en grado de certeza la participación de Godoy Echenique en calidad de coautor junto a Emmanuel Cepeda Gómez, y Michael Cepeda Gómez (estos últimos fueron condenados en el marco de un juicio abreviado) del delito previsto y sancionado por los arts. 167 incs. 2 y 4, y art. 54 de CP. En relación con la participación de Juan Marcelo Cepeda Gómez consideró que ésta fue en calidad de partícipe primario.

Del mismo modo que en las demás causas analizadas en esta instancia revisora, el juez de la instancia previa considero relevante, en orden a determinar la participación de los acusados, las desgravaciones de las escuchas telefónicas correspondiente a líneas atribuidas a los acusados.

A su vez consideró que tal elemento de juicio se corroboraba con la antena de reposicionamiento ubicada a setecientos metros del lugar donde aconteció el hecho.

Destacó que estas antenas captaron los celulares con los que se comunicaban los encartados en el momento en que acontecían los hechos.

Entre ellas, el sentenciante refiere dos llamadas realizadas entre Godoy Echenique y Juan Marcelo Cepeda Gómez, una a las 10:12 hs. y la otra a las 10:22 hs. (el hecho aconteció entre las 10:00 y las 12:00 hs).

Destacó que en la presente causa los acusados utilizaron dos vehículos, la camioneta Toyota Hilux color blanca, en la que se trasladaban Juan Marcelo Cepeda Gómez junto a Emmanuel Cepeda Gómez y un sujeto no identificado.

En el otro vehículo Chevrolet Corsa, color gris y vidrios polarizados, se trasladaban Juan José Godoy Echenique y Michael Cepeda Gómez. Señaló el sentenciante que a partir del testimonio de Patricia Moreno, vecina de la víctima, se pudo determinar el número de dominio de la patente del primero de los vehículos utilizados en todos los hechos por Juan Marcelo Cepeda Gómez.

De este modo, refirió que del informe de fs. 13 se desprende el titular registral del mencionado vehículo y la autorización para manejar a favor del acusado. Agregó que la testigo Emilce Pelaitay, también vecina

de la víctima, pudo observar a los dos vehículos en el lugar del hecho y la manera en que los autores se comunicaban.

A partir de ello el sentenciante consideró, acertadamente a mi criterio, que el plexo probatorio analizado acreditaba en grado de certeza la participación de los acusados en los hechos atribuidos en las presentes actuaciones.

Corresponde señalar que la defensa de Juan Cepeda Gómez en su impugnación no explica concretamente cuál es el vicio que atribuye a la sentencia en esta causa, cómo se produjo y cuál es su decisividad en relación con resultado del fallo que ataca.

Así, la defensa se limita a expresar ideas genéricas, tales como que el sentenciante ha incurrido en un análisis errado de las pruebas y que de las probanzas incorporadas al debate no pueden obtenerse indicios para la determinación de la participación de Cepeda Gómez, todo ello sin realizar una crítica de los fundamentos desarrollados por el sentenciante en la resolución que cuestiona.

No obstante ello, y tal como desarrollé al comienzo del análisis del cuestionamiento de esta causa, el juez de la instancia anterior valoró adecuadamente cada una de las pruebas incorporadas al debate, no advirtiéndose en el razonamiento del juez de sentencia vicios que conduzcan a sostener que estamos frente a una decisión arbitraria, como señala de manera genérica la defensa.

b.5.- Causa N° P-76.382/18

En la presente causa se investigó el delito de robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de modo alguno por acreditada en concurso ideal con robo agravado por ser cometido en poblado y en banda.

El sentenciante consideró a Godoy Echenique como coautor del hecho objeto del proceso junto a Emanuel Cepeda Gómez (quien fue condenado en autos mediante el procedimiento de juicio abreviado) y otro sujeto no identificado. Por su parte, atribuyó la calidad de partícipe primario al acusado Cepeda Gómez, quien fue el que aguardó fuera del domicilio al mando de la camioneta Toyota Hilux color blanco utilizada en varios de los delitos investigados.

De manera similar que en las causas precedentemente analizadas, las escuchas telefónicas de las líneas atribuidas a los acusados y los planos de reposicionamiento que indicaron que estas comunicaciones fueron realizadas en una zona cercana al domicilio de la víctima y los horarios en que aconteció el hecho, constituyeron para el sentenciante pruebas relevantes en orden a acreditar la participación de los acusados Godoy Echenique y Cepeda Gómez en los hechos que fueron investigados en las presentes actuaciones (ver fundamentos, pág. 21/22).

También valoró el juez de la instancia previa el reconocimiento que realizó la víctima Carmen Ontiveros de la funda del celular que le fue sustraída, entre los elementos que fueron secuestrados a los acusados, tal como surge de fs. 220 de autos.

Entendió el juez de sentencia que los elementos de juicio analizados resultaron suficientes para sostener la responsabilidad de los encartados en los hechos atribuidos y, de este modo, sostener una solución condenatoria. La defensa de Juan Marcelo Cepeda Gómez centra sus argumentos en cuestionar la descripción que habría realizado la víctima de la camioneta marca Toyota Hilux conducida por Cepeda Gómez, las que –a su criterio– no coincidiría con la que fue secuestrada.

Destaca que la utilizada por el acusado, es una camioneta del año 2005, la que por ser un modelo antiguo no tiene las características mencionadas por la víctima, entre ellas, los caños cromados y la ausencia de ruido. Señala que tampoco su defendido coincide con las características de los sujetos que habrían

intervenido en el hecho, en tanto la testigo manifestó que los autores eran hombres entre treinta y cuarenta años de edad, y de cabellos rubios.

Tal como he referido al analizar los agravios de las anteriores causas, la defensa no realiza una crítica razonada de la totalidad del plexo probatorio en base al cual el sentenciante llegó a una solución condenatoria. En el presente caso, la defensa no cuestiona los elementos de juicio de carácter objetivo y que resultaron relevantes para el juzgador para considerar la responsabilidad de Cepeda Gómez en el hecho que fue objeto de investigación.

En este orden de ideas, entonces, entiendo que las apreciaciones de la víctima sobre las particulares características de la camioneta que los autores utilizaron en el hecho –respecto de la cual coincidió la marca y el color con la secuestrada a Cepeda Gómez– no alcanzan para enervar el plexo probatorio analizado. Del mismo modo, no puede tener acogida favorable las críticas vinculadas con las características de los autores descriptas por la víctima.

Ello no solo por lo considerado precedentemente, sino también por el rol que desempeñó el acusado Cepeda Gómez, quien permaneció en el vehículo a fin de que los coautores pudieran lograr perpetrar el hecho tal cual aconteció.

De tal modo, resulta atendible que tal aspecto –la descripción de la víctima de los autores que –a criterio de la defensa– no se condice con las de Cepeda– no haya sido considerado por el sentenciante, en tanto la víctima no tuvo la oportunidad de observar al encartado.

Por las razones expuestas, y como adelantara, corresponde desestimar los agravios propuestos por la defensa.

b.6.- Causa Nº P-73.041/18

En las presentes actuaciones el magistrado atribuyó a Juan José Godoy Echenique y Emmanuel Cepeda Gómez (éste último condenado en la presente causa mediante el procedimiento de juicio abreviado) la calidad de coautores junto a dos sujetos no identificados, por la comisión del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de modo alguno por acreditada en concurso ideal con robo agravado por ser cometido en poblado y en banda. En tanto a Juan Marcelo Cepeda Gómez le atribuyó la calidad de partícipe primario, por ser quien –al igual que en la mayoría de los hechos– esperó en su vehículo fuera del domicilio de la víctima, a fin de asegurar la consumación del hecho y la impunidad de los autores.

En efecto, el sentenciante consideró que la responsabilidad de los acusados Juan José Godoy Echenique y Juan Marcelo Cepeda Gómez se acreditaba con las desgrabaciones de las comunicaciones que mantuvieron los acusados mientras estaban cometiendo el hecho, de las cuales se desprenden las circunstancias relatadas por la víctima, tales como que la dejaron encerrada en el baño.

Del mismo modo que en el análisis de las anteriores causas, los planos de las antenas de reposicionamiento indican que las mencionadas comunicaciones fueron realizadas en las cercanías del lugar del hecho.

Por otro lado, consideró el sentenciante que quedó acreditado a través de las cámaras de seguridad y el ticket de compra en una farmacia, que los autores adquirieron un medicamento y una jeringa, las que llevaron a local de la víctima para simular un pedido de atención de enfermería.

Agregó que del informe de delitos tecnológicos surge que Cepeda Gómez fue quien realizó la compra en la farmacia (ver fundamentos, págs. 42/44).

Conforme al plexo probatorio reseñado, el sentenciante entendió –en razonamiento que comparto– que la participación de los acusados quedaron debidamente acreditadas.

La defensa de Juan Marcelo Cepeda Gómez, luego de realizar cuestionamientos generales de los argumentos sostenidos por el sentenciante para arribar a la solución condenatoria en relación a su defendido, sostiene que la víctima Eliana Gómez refirió que no escuchó ningún ruido de vehículo y que los sujetos venían caminando.

Por tal motivo, entendió que la conducta que se le atribuyó a su defendido –en tanto se determinó que conducía su vehículo– no pudo ser corroborada por la testimonial de la víctima.

Agrega el recurrente que las características de los autores descritas por la víctima no coincidirían con las de su representado, como así tampoco reconoció a ninguno de los acusados en reconocimiento en rueda de personas. Entiendo que los agravios esgrimidos en la presente causa no pueden prosperar.

Debo señalar que los agravios merecen el mismo tratamiento que la causa precedentemente analizada. Ello por cuanto, en primer orden, no controvierte las pruebas que resultaron relevantes para el juzgador y, en segundo orden, cuestiona aspectos que no se condicen con las circunstancias de los hechos acreditados.

En efecto, tal como refiriera el juez de la instancia previa quedó acreditado que Juan Marcelo Cepeda Gómez permaneció en los alrededores del domicilio e, incluso, fue quien se comunicaba con Godoy Echenique mientras éste junto a los demás coautores perpetraban el hecho.

De tal manera, que los agravios de la defensa resultan ineficaces en orden a desacreditar el acerbo probatorio que sostiene la responsabilidad de Juan Marcelo Cepeda en las presentes actuaciones.

b.7.- Causa N° P-81.013/18

En los autos aquí individualizados el sentenciante consideró acreditada la responsabilidad de Juan José Godoy Echenique en la calidad de coautor por la comisión del delito previsto y sancionado en los arts. 166 inc. 2°, tercer párrafo, 54 y 167 inc. 2 del CP. Respecto de Juan Marcelo Cepeda consideró que actuó como participe primario, en tanto –al igual que en los restantes hechos– esperó a Godoy Echenique y al otro sujeto no identificado fuera del domicilio donde aconteció el ilícito.

El sentenciante consideró que la participación de los acusados se encontraba acreditada con las desgrabaciones de las escuchas telefónicas. La primera correspondiente al día anterior al hecho, donde una persona de nombre Néstor Ilamó a Godoy Echenique para darle información sobre la suma de seiscientos mil pesos, la que deberían compartir con la informante.

El sentenciante vinculo esta llamada a los hechos objeto de la presente causa, en tanto esta suma de dinero coincidió con la que los autores le pedían a las víctimas. La segunda llamada descrita por el sentenciante, al igual que en el hecho anteriormente analizado, fue la comunicación que mantuvieron Godoy Echenique y Cepeda Gómez mientras se estaba perpetrando el hecho.

Esto se encuentra corroborado con el plano de reposicionamiento de las antenas, que dan cuenta de la proximidad al lugar del hecho, y en donde se identifica las líneas correspondientes a los acusados (ver fundamentos, págs. 37/39). En virtud ello, el juez de sentencia –en criterio que comparto– consideró acreditada la participación de Juan Marcelo Cepeda Gómez y Juan José Godoy Echenique en las presentes actuaciones.

La defensa de Cepeda Gómez cuestiona que no se contó con prueba que se produjera en el debate, y que únicamente se incorporó la producida en la instrucción. En segundo orden, refiere que no hubo reconocimiento positivo de los acusados y que las escuchas no pertenecen al hecho por el cual fue condenado su defendido.

Nuevamente la defensa no controvierte la prueba que resultó relevante para sostener la intervención de los acusados en los hechos, y sólo señala que las escuchas no pertenecen al hecho por el cual fue condenado Cepeda Gómez, sin realizar ninguna precisión al respecto.

En este aspecto me remito a lo señalado al comienzo del apartado, en lo relativo al análisis efectuado por el juzgador sobre las dos llamadas que fueron vinculadas al hecho.

En otro orden, no resulta procedente el agravio sobre la falta de producción de prueba durante el debate. Ello por cuanto, tal como se desprende de los fundamentos de la resolución cuestionada, se incorporó por lectura, con la anuencia de las partes, las declaraciones de las víctimas producidas durante la investigación penal preparatoria, quienes no pudieron asistir al debate, de acuerdo con el certificado médico expedido por el Dr. Profilli del Cuerpo Médico Forense.

Sin embargo, la defensa no explica, no obstante la conformidad prestada a tal fin- en qué medida tal disposición perjudicó los intereses de su asistido. Por ello, entiendo que deben desestimarse los agravios propuestos en la presente causa.

b.8- Causa Nº P-81.025/18

En las presentes actuaciones el juez de la instancia previa tuvo por acreditada la responsabilidad de Godoy Echenique como autor del delito de robo simple, y a Juan Marcelo Cepeda Gómez como partícipe primario.

Tal como he sostenido al revisar las anteriores causas, el sentenciante consideró probada **la intervención de los acusados con los desgrabados de las escuchas telefónicas realizadas el mismo día del hecho, pero con posterioridad a su perpetración.**

En las cinco escuchas transcritas por el sentenciante, se advierte que el acusado Godoy Echenique **ofrece los elementos robados**, en particular, las notebooks marca Toshiba y las bicicletas marca Bianchi que fueron sustraídas a las víctimas. Destaca también la llamada nº 1, realizada el mismo día del hecho, a las 16:24, donde Godoy Echenique luego de ofrecerle a una persona llamada Cristian las dos notebooks y las dos bicicletas marca Bianchi, manifestó en relación con las bicicletas «mansa bicicleta me laburé esta mañana [...] dos ranchos me hice».

En relación con esta última circunstancia resulta razonable considerar que Godoy Echenique hizo referencia a los hechos acontecidos en los presentes autos (el mismo día de las llamadas, aproximadamente a las 8:30 hs.) y a los perpetrados en los autos Nº 81.013/18, los que también fueron perpetrados en fecha 3 de octubre, pero aproximadamente a las 12:30 hs.

El sentenciante sostuvo que todas estas conversaciones tienen correlación con el informe de fs. 18, donde obran los planos de las antenas que captaron las comunicaciones referidas y que fueron realizadas a un kilómetro del lugar del hecho (ver fundamentos, págs. 25/26).

Ahora bien, la defensa de Juan Marcelo Cepeda Gómez refiere como argumento central, que no existió comunicación alguna entre Godoy Echenique y Cepeda Gómez en fecha 3 de octubre de 2018. Destaca que el gráfico nº 8 de fs. 18 no sitúa a su asistido en el hecho ni cerca del mismo.

Entiendo que el agravio esgrimido en este sentido no puede prosperar. En efecto, –como lo afirma la defensa– no se registró ninguna comunicación entre Godoy Echenique y Cepeda Gómez con posterioridad al acontecimiento de los hechos.

Cabe referir que ello no fue negado por el magistrado, quien sólo hizo referencia a las comunicaciones que tuvo Godoy Echenique con distintas personas para ofrecer los elementos sustraídos con posterioridad a la perpetración de los hechos. Sin embargo, el juez de sentencia valoró también el plano de reposicionamiento agregado a fs. 18 de autos.

Del referido informe se desprende que la antena ubicada en Av. Mathus Hoyos y Maure, cuya distancia respecto del domicilio de la víctima es de 1,24 kilómetros, registró el día del hecho cuatro llamadas pertenecientes a línea telefónica atribuida a Cepeda Gómez en los horarios previos al hecho (7:39 hs., 7:50 hs., 7:51 hs. y 8:18 hs). En tanto la antena de calle Emilio Civit 1278, ubicada a 1,14 kilómetros del lugar del hecho, registró dos llamadas de la línea referida con posterioridad a la perpetración del ilícito (8:44 y 9:06 hs).

Por lo analizado, entiendo que el sentenciante contó con suficientes elementos para tener por acreditada la intervención de Cepeda Gómez en el hecho.

Por ello, advierto que los agravios de la defensa no resultan más que la derivación de una valoración parcial de los elementos de prueba aludidos, propia del rol procesal que ocupa el impugnante, pero alejada de las constancias de la causa.

Relacionado con lo señalado, la defensa se agravia por entender que el juez de la instancia anterior aplicó erróneamente la ley sustantiva apartándose, al momento de analizar el material probatorio, de las reglas de la sana crítica.

Señala que el sentenciante describió las normas, pero no lo hizo a la luz de la plataforma fáctica de autos. Las apreciaciones de la defensa respecto de los presuntos errores en la aplicación de la ley sustantiva deben ser desestimadas puesto que, por un lado, se vinculan con la valoración de la prueba en la que, como se dijo, no se advierte vicio alguno, y por el otro, lejos de explicar cómo los extremos fácticos ameritan una calificación distinta a la propiciada por el magistrado de sentencia, realiza cuestionamientos generales a través de las cuales no logra concretar los vicios que denuncia.

Cuestiona el método aritmético. Precedente Vega Ríos.

Por su parte, la defensa de Juan Marcelo Cepeda Gómez cuestiona la labor del juez de la instancia previa respecto de la determinación de la sanción penal impuesta a su defendido, en tanto recurrió **al método aritmético para unificar** la pena que se le atribuyó a su defendido en las presentes causas (doce años de prisión), y la que le fue impuesta mediante sentencia dictada por la entonces Segunda Cámara del Crimen (tres años de prisión de ejecución condicional), unificando en la pena única de quince años de prisión.

Entiendo que el agravio esgrimido en este sentido no puede recibir acogida favorable en esta instancia. En efecto, se desprende de las constancias de autos que Cepeda Gómez fue condenado en fecha 28 de agosto de 2017, por la entonces Segunda Cámara del Crimen a la pena de tres años de ejecución condicional en el marco de los autos N° P-61.907/15 y acumulados.

Con posterioridad, en fecha 19 de mayo del 2021, el acusado fue condenado a la pena de doce años de prisión en las actuaciones que son objeto de impugnación en esta instancia.

Luego de ello, y tras considerar que el acusado contaba con un antecedente de condena previo, **revocó la condicionalidad de la pena anterior (art. 27 del CP), y unificó aritméticamente ambas penas a los términos del art. 58 del Código de fondo.**

Conforme lo explicado no se advierte que asista razón a la defensa toda vez que el juez ha seguido el criterio de este Tribunal en materia de unificación de penas, donde la regla general para la unificación es la aplicación del método de suma aritmética (**ver «Vega Ríos»**).

Por ello, la unificación realizada por el juez de la instancia anterior luce debidamente fundada. Por lo señalado, tampoco respecto de esta causa resultan procedentes los cuestionamientos expuestos por las defensas de los acusados.

c.- El recurso de **Godoy Echenique**

La defensa de Godoy Echenique se queja por cuanto el sentenciante fundó la responsabilidad de su asistido **sólo en las escuchas telefónicas** de las líneas atribuidas a su defendido y su esposa, Sabrina Jofré. Agrega que no existe ninguna prueba directa ni indirecta en las distintas actuaciones que incrimina a Godoy Echenique.

Cuestiona la eficacia probatoria de las escuchas de teléfonos celulares, por cuanto entiende que si bien resulta razonable pensar que el titular es el que envió mensajes, esto es sólo una presunción.

Concluye que si bien **se ha podido acreditar la materialidad de los hechos**, no se ha podido probar la participación de su defendido en los delitos en los que resultó condenado.

En el aspecto sustancial, la defensa entiende que la pena **de quince años impuesta a Godoy Echenique** es excesiva, irrazonable, injusta y desproporcionada.

Ello por cuanto **el mínimo que resulta del concurso de los delitos endilgados no supera los tres años de prisión.**

En primer orden, debo señalar que el recurso planteado por la defensa técnica resulta ineficaz para privar de eficacia al acto sentencial en trato, toda vez que alega de modo genérico la existencia de vicios formales, que no encuentran sustento en las constancias de la causa, ni en los fundamentos atacados por vía recursiva.

Por ello, y de acuerdo a lo analizado en los puntos anteriores vinculado con los elementos de juicio que sustentan la responsabilidad de Godoy Echenique en los hechos atribuidos, a los que me remito, la prueba que entiende ha sido omitida o mal valorada fue correctamente abarcada por los razonamientos expresados en la resolución, esgrimiéndose el recurso como un desacuerdo de la parte defensiva con la solución a la que arriba el tribunal.

En definitiva, entiendo que la motivación es suficiente para mantener el dictum como acto jurisdiccional válido, desde que no adolece de **falencias que impliquen su anulación.**

Ello a tenor de la jurisprudencia reiterada de esta Sala que ha establecido que, para que **los defectos en la fundamentación conlleven tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos** (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177), lo que en la especie no ocurre.

En lo relativo a la **individualización de pena**, debe decirse que la defensa no brinda razones suficientes para explicar por qué el monto de la sanción impuesta a su defendido constituye una imposición arbitraria o excesiva atento a los parámetros previstos en los arts. 40 y 41 del CP.

Esto por cuanto en la sentencia cuestionada se han detallado de manera adecuada las circunstancias para individualizar la pena aplicada, resultando suficiente la fundamentación en la que se sustenta el razonamiento judicial.

De este modo, el juez de la instancia anterior consideró como circunstancias agravantes, la multiplicidad de los hechos realizados (ocho hechos), respecto de los cuales destacó su grado de participación (autor). Precisó también como otra circunstancia agravante, la particular violencia desplegada en algunos hechos, tales como la circunstancia de colocarle a la víctima mayor de edad un arma de fuego en la boca, «[...] logrando de esa forma una fuertísima intimidación e incluso un nivel de sometimiento particularmente denigrante» (causa N° P-81.013/18).

Igualmente, consideró la modalidad de los hechos descriptos en los autos N° 76.382/18, en donde también se desplegó una violencia intensa con las dos víctimas mujeres y mayores de edad.

Dentro de las circunstancias personales del acusado, el sentenciante consideró que «[...] **por su edad y por no tener ninguna dificultad para ganarse el sustento proveniente de alguna enfermedad, su conducta debe alejarse del mínimo de la pena impuesta en concreto para el concurso de delitos por él cometidos**» (ver fundamentos, pág. 47).

Estimo que todas estas circunstancias han sido correctamente valoradas por el juez de sentenciante. En este sentido debe señalarse que el recurrente se limita a formular una serie de apreciaciones generales, sin reconducir estos aspectos al caso concreto y sin tener en cuenta las circunstancias antes apuntadas.

d.- Conclusión

Por todo lo expuesto en los puntos anteriores considero que debe confirmarse la sentencia cuestionada en todos sus aspectos, salvo en relación con la pena impuesta al acusado Oliva Bobadilla. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

Sobre la misma cuestión el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere, por los fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de la cuestión anterior, corresponde anular la sentencia n° 1.651 y sus fundamentos sólo en lo relativo a la determinación de la pena respecto al acusado Esteban Oliva Bobadilla (punto III y V), debiendo confirmarse la resolución en todo lo demás. Consecuentemente, deberán remitirse las presentes actuaciones al Tribunal Penal Colegiado n° 1 a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado.

En tal sentido, resultando en este caso una situación análoga a la prevista en el art. 38 de la ley n° 9106, y por ser esta ley posterior a la ley 6730 –y sus modificaciones–, corresponde, en tanto resulte compatible, aplicar el procedimiento previsto en el inc. “b” de la citada norma para la determinación de la pena aplicable. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas por su orden y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, RESUELVE:

1.- Rechazar los recursos de casación interpuestos por las defensas de Juan Marcelo Cepeda Gómez y Juan José Godoy Echenique.

2.- Hacer lugar parcialmente el recurso de casación interpuesto por la defensa de Esteban Fernando Oliva Bobadilla sólo en lo relativo a la determinación de la pena respecto al acusado, debiendo confirmarse la resolución en todo lo demás. En consecuencia, revocar el punto III y V de la sentencia N° 1.651.

3- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal Penal Colegiado N° 1, en función del resolutivo 2, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado. En tal sentido, resultando en este caso una situación análoga a la prevista en **el art. 38 de la ley n° 9106**, y por ser esta ley posterior a la ley 6730 y sus modificaciones, corresponde, en tanto resulte compatible, aplicar el procedimiento previsto en el inc. “b” de la citada norma para la determinación de la pena aplicable.

4.- Imponer las costas por su orden y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.

5.- Tener presente las reservas del caso federal.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 14 de junio de 2022.-

19- VILDOZA SORIA y otros.. 15-06-22. (JJ)

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	-	M	AF	PCE	-	-	A P1°	-	CR	-	-	-	N	474 458

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=856>

Lex: Art. 80 inc. 7 y 166 inc. 2, 2° párrafo del CP. 165 CP. Art. 7 de la ley 4.969. Art. 458, primer párrafo del CPP. Art. 38 inc. “b”, 41 inc. c y d de la ley n° 9106.

Vox: Homicidio criminis causa en concurso real con robo agravado por el uso de arma. Homicidio en ocasión de robo. Juicio por Jurados. Juicio de cesura. Nulidad. Efecto extensivo del recurso. Función revisora. Plus de legitimidad que rodea al veredicto del jurado popular. Audiencia de Voir dire. Autoría. Participación primaria. **Plenario.**

Summa:

El TPC condenó a:

a-Agüero Toledo a la pena de **veintitrés años de prisión**, e inhabilitación absoluta por igual término de la condena, con costas y accesorias legales, como autor penalmente responsable del delito de homicidio en ocasión de robo (art. 165 del Código Penal),

b-los coimputados Vildoza Soria y Villanueva Figueroa a la pena de **veintidós años de prisión**, e inhabilitación absoluta por igual término de la condena, con costas y accesorias legales, como partícipes primarios del delito de homicidio en ocasión de robo (art. 165 del Código Penal)

Las defensas interponen recursos de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP). Los cuestionamientos centrales son la valoración de la prueba y el monto de la pena.

El Procurador General entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La SCJM rechazó el recurso de casación de Agüero y Villanuevo, haciendo lugar parcialmente al recurso de Vildoza. Anuló la sentencia cuestionada **sólo respecto de la determinación judicial de la pena de los tres acusados** (art. 458, primer párrafo del Código Procesal Penal). En tal sentido, y de acuerdo a lo previsto en el art. art. 38 inc. “b” de la ley n° 9106), remitiendo las actuaciones al TPC (arts. 458 y 486 del CPP).

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1724, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Petean Pocoví. 07-02-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=276>
- Tizza. 08-01-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=449>
- Acuña. 07-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=710>

b-CSJN

- «Canales». 02-05-19: <https://incip.org/wp-content/uploads/000084206.pdf>

La sentencia resulta una unidad lógica en la que en la que su parte dispositiva es la conclusión necesaria de las premisas fácticas y normativas efectuadas en sus fundamentos (ver, al respecto, CSJN,

Fallos 118:243; 113:64; 111:339 y 28:129). Enunciación que se ha visto reafirmada por la aseveración de que la sentencia constituye un todo indivisible (Fallos: 330:4040; 330:1366; 328:412; 315:2291).

b-CIDH

- «VRP VPC vs Nicaragua» 08-03-18:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_350_esp.pdf

Precedentes relacionados

a-SCJM

- Carranzani Ochoa. 26-03-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=21>
- Oro Sergio. 26-03-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=23>
- Minati Krier. 08-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=172>
- Arzuza. 24-06-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=540>
- Vazquez Correa. 20-09-21. <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/fallos89581.pdf>
- Zuñiga. 29-03-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=803>
- Farias Toledo y ots. 19-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=805>
- Di Cesare. 28-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=814>

Parágrafos destacados.

De tal manera, ese **particular respecto que merece la decisión del jurado popular** determina que la tarea de revisión encomendada a esta instancia no consiste en un control de la deliberación del jurado popular –la cual es secreta, conf. art. 33 de la ley 9.106–, sino en una evaluación de la plausibilidad de la teoría del caso que el jurado popular consideró acreditada o que dio lugar a su veredicto de culpabilidad.

Ese control debe revisar específicamente si «[...] la sentencia condenatoria o la que impone medidas de seguridad se derive[a] de un veredicto de culpabilidad del Jurado que **sea arbitrario o se aparte manifiestamente de la prueba** producida en el debate» (conf. art. 41, inc. d, ley 9.106).

Doctrina citada.

Schiavo, Nicolás, “El juicio por jurados. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2016, pág. 649.

SCJM. Dres.: Garay, Adaro, Gómez, Palermo, Valerio, Llorente. Dra. Day (Disidencia).

Ver Capítulo I.

20- RUGGIERI RUBEN. 22-06-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	-	M	AI	PCE	-		A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=854>

Lex: Art. 166, inc. 2°, 1° párrafo, 150 y 55 del CP

Vox: Robo. Arma impropia. Violación de domicilio. Concurso real. Momento consumativo. Tentativa.

Summa:

El **TPC** condenó al nombrado a la pena de **cinco años y tres meses de prisión** como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma y violación de domicilio en concurso real (art. 166, inc. 2, primer párrafo, primer supuesto; art. 150 y art. 55, todos del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 CPP). Estima que el robo quedó en grado de conato, solicitando una pena de un año y ocho meses de prisión.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. Pone de relieve que el sindicado después de desapoderar a la víctima, **fue perdido de de vista**, no existiendo una solución de continuidad entre el robo y la posterior aprehensión.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1626, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- «Campos Castro»
- «Bullones Baeza»

Parágrafos destacados

Se señalan a continuación párrafos sobresalientes de la sentencia:

<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>

- CONSUMACION DEL DELITO - DESAPODERAMIENTO – TENTATIVA

El **momento consumativo de un robo se determina cuando el autor se encuentra en condiciones materialmente pacíficas de disponer sobre los bienes objeto del ilícito, no bastando con que la víctima quede desposeída de ellos. Es decir, el autor debe encontrarse en una situación apta para decidir el destino de la cosa.** Por lo tanto, no puede considerarse que existe el delito contra la propiedad cuando el acusado no logra apropiarse definitivamente del bien objeto del ilícito, fracasando su plan antes de darse a la fuga. (Voto Dr. Palermo)

- TENTATIVA - CUSTODIA DE BIENES - LEGITIMA DEFENSA

Sostener que la consumación del delito se produce con la pérdida de la custodia del bien por parte de la víctima traería como consecuencia sistemática que ante ello no podría actuarse en **legítima defensa**, pues ella sólo tiene lugar durante la ejecución del ilícito, mas no luego de su consumación. La legítima defensa sólo puede tener lugar hasta la consumación del delito luego de ello, la agresión cesa y pierde su actualidad. El criterio según el cual el robo se consuma con el desapoderamiento de la víctima hace materialmente imposible actuar ante él en legítima defensa. Por ello, debe considerarse que la tentativa

se mantiene hasta el momento en que se obtiene una posesión pacífica sobre los bienes y, por ende, hasta ese momento cabe la defensa contra esa agresión. (Voto Dr. Palermo)

▪ CONSUMACION DEL DELITO - DESAPODERAMIENTO - TENTATIVA - VOTO EN DISIDENCIA

En el marco del Derecho penal, el robo es consumado pues, aunque hubieran sido unos pocos minutos, existe desapoderamiento, ya que en ese lapso el autor **sustraer la cosa de la esfera de custodia de la víctima y cuenta con la posibilidad de disponer del bien**, por lo que la conducta debe subsumirse en el tipo de robo consumado. (Voto Dr. Valerio, en disidencia)

▪ DESAPODERAMIENTO - DISPOSICION DE LA COSA - TENTATIVA - VOTO EN DISIDENCIA

El momento consumativo del robo requiere no sólo que la víctima quede desposeída de aquellos bienes de su pertenencia que le son sustraídos por el obrar delictivo del agente, sino, además, que **el autor tenga la posibilidad física de disponer del objeto sustraído, aún por breves instantes**. (Voto Dr. Valerio, en disidencia).

SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio (Disidencia).

Fallo.

CUIJ: 13-06720712-7/1((018602-53943)) FC. C/ RUGGIERI RUBEN JAIR HILARIO O Ruggieri JAIR RUBEN P/ ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA, VIOLACION DE DOMICILIO E INFRACCION AL ART. 205 C.P. TODO EN CONCURSO REAL P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN (53943) *105980838*

En Mendoza, a los veintidós días del mes de junio del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-06720712-7/1, caratulada "F. C/ RUGGIERI, RUBÉN S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero DR. OMAR A. PALERMO; segundo, DR. MARIO D. ADARO y tercero, DR. JOSÉ V. VALERIO.

La defensa técnica de Rubén Jahir Hilario Ruggieri interpone recurso de casación (véase expte. digital) contra la sentencia n° 1.626 y sus fundamentos, mediante la cual el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción condenó al nombrado a la pena de cinco años y tres meses de prisión como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma y violación de domicilio en concurso real (art. 166, inc. 2, primer párrafo, primer supuesto; art. 150 y art. 55, todos del CP) que se le atribuye en los autos n° P-53.943/20.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver: PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto? SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde? TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

I.- Sentencia recurrida

El juez de la instancia anterior tuvo por acreditado, con la certeza requerida para el dictado de una sentencia condenatoria, que «[...] el 20 de julio de 2020 siendo aproximadamente las 13:30 horas, en las inmediaciones de la intersección de calles Sarmiento y Godoy Cruz, de Guaymallén, Rubén Jair Hilario Ruggieri ó Jair Rubén Ruggieri empuñando un cuchillo con el que amenazó a la ciudadana Arce Pinto Lucia Norma manifestándole "dame el teléfono o te mato" y colocándole el cuchillo en el cuello, le sustrajo un celular marca J2 Prime, de color plateado con funda rosada, activado con la compañía Movistar con el número 2616099134 para posteriormente darse a la fuga. En su huida, Rubén Jair Hilario Ruggieri o Jair Rubén Ruggieri al advertir la presencia policial en la zona ingresó sin autorización del propietario al domicilio ubicado en calle Belgrano N° 2752 de San José, Guaymallén. Todo, encontrándose además Rubén Jair Hilario Ruggieri ó Jair Rubén Ruggieri en franco incumplimiento a lo ordenado por el Decreto de Necesidad y Urgencia 297/2020, artículo 4, y Decreto de Necesidad y Urgencia 576/2020 del Poder Ejecutivo Nacional y Decreto Provincial N° 894/2020 del Poder Ejecutivo de la Provincia de Mendoza, teniendo por objeto esta normativa evitar la propagación de una enfermedad epidémica, mitigar el impacto sanitario de Covid 19 y preservar la salud pública» (véase constancia audiovisual del día 23.06.2021).

Para decidir en tal sentido, el juez valoró, entre los elementos de prueba más relevantes, la declaración de la víctima, las declaraciones testimoniales brindadas en sede de debate –en particular del personal policial–, las actas de procedimiento y el acta de aprehensión.

II.- Recurso de casación

La defensa interpone su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 474, inc. 1 del CPP.

En ese sentido, sostiene que el delito de robo agravado imputado no habría sido consumado sino que, de acuerdo con la prueba rendida en la audiencia de debate, la doctrina y la jurisprudencia se **encontraría en grado de tentativa**.

Solicita así que se le aplique a su defendido la pena de **un año y ocho meses**. Argumenta en apoyo de su tesis que Ruggieri fue aprehendido a doscientos cincuenta metros del lugar del hecho después de ser perseguido por personal policial, lo cual surge de las declaraciones de los testigos.

No existiría, en consecuencia, posibilidad de disposición del elemento sustraído y, por lo tanto, tampoco un robo consumado. Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del Procurador General

El Procurador General entiende que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto y convalidar en su totalidad la sentencia impugnada (fs. 5/6).

Una vez resumidos los agravios vertidos por la defensa considera que si bien el recurso procede formalmente, debe ser rechazado en el fondo.

Más allá de los argumentos defensivos, los cuales no serían más que una mera discrepancia con los argumentos del juez de la instancia previa en la sentencia condenatoria, el Procurador explica que no caben dudas que el robo fue consumado.

Basa su tesis en los testimonios de las víctimas, los cuales fueron debidamente valorados por el tribunal de juicio.

Pone de relieve que Ruggieri, después de desahogar a la víctima, **fue perdido de de vista, no existiendo una solución de continuidad entre el robo y la posterior aprehensión**.

Lo cual impide afirmar que el hecho permaneció en grado de tentativa.

Por lo expuesto, estima que debe rechazarse el recurso de casación de la defensa.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante

Puesto a resolver el recurso de casación interpuesto, y en adelante de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que **corresponde hacer lugar recurso casatorio impetrado** y, en consecuencia, **anular la sentencia condenatoria**.

La defensa articula un único agravio relativo al grado de realización del delito: mientras el juez condenado al acusado por robo consumado, el recurrente considera que el ilícito alcanzó únicamente el grado de tentativa.

Si bien coincido con la valoración de la prueba realizada por el juez de la instancia previa que verifica la intervención de Ruggieri en el hecho, discrepo en relación con el análisis realizado respecto del momento consumativo del robo.

Precedente «González Araya»

Tal como expuse en el **precedente «González Araya»**, el momento consumativo del robo se determina cuando el autor se encuentra **en condiciones materialmente pacíficas de disponer sobre los bienes objeto del ilícito**, no bastando con que la víctima quede desposeída de ellos.

Dicho de otro modo, el autor debe encontrarse en **una situación apta para decidir el destino de la cosa**.

En el caso traído a decisión en esta instancia, se advierte que la ejecución del hecho comienza cuando el autor se aproximó a la víctima y, empuñando un cuchillo amenazó a Lucía Arce al grito de «dame el teléfono o te mato».

Inmediatamente, le colocó el cuchillo en el cuello y le sustrajo un teléfono celular. Sin embargo, el autor fue aprehendido, de acuerdo con las constancias obrantes en la causa, a los pocos minutos de emprender la fuga y a escasos metros –doscientos cincuenta– del lugar del hecho.

Puestos en consideración esos hechos, entiendo que en ningún momento el acusado se encontró en condiciones de disponer del teléfono objeto del ilícito, más allá de que la víctima haya perdido la posesión inmediata de aquél hasta que Ruggieri fuera aprehendido.

Es que, si sostenemos que estamos frente a un delito contra la propiedad, no puede afirmarse válidamente que el acusado se apropió definitivamente del teléfono celular de Lucía Arce, en tanto el plan fracasó antes de que pudiera darse a la fuga.

En efecto, el hecho de que se detuviera al acusado a doscientos cincuenta metros del lugar del hecho, es demostrativo de que, hasta ese momento, el plan delictivo no había tenido éxito.

De tal manera, como sostuve en el precedente citado, «el razonamiento contrario –esto es, sostener que la consumación del delito se produce con la pérdida de la custodia del bien por parte de la víctima– traería como consecuencia sistemática que ante ello no podría actuarse en legítima defensa, pues ella sólo tiene lugar durante la ejecución del ilícito, mas no luego de su consumación.

En otras palabras, **la legítima defensa sólo puede tener lugar hasta la consumación del delito. Luego de ello, la agresión cesa y pierde su actualidad.**

El criterio según el cual el robo se consuma con el desapoderamiento de la víctima haría materialmente imposible actuar ante él en legítima defensa. Por ello, debe considerarse que la tentativa se mantiene hasta el momento en que se obtiene una posesión pacífica sobre los bienes y, por ende, hasta ese momento cabe la defensa contra esa agresión».

En definitiva, las consideraciones expuestas me llevan a concluir que, si bien la prueba ha sido adecuadamente valorada por el juez de la instancia previa y a partir de esa ponderación es posible tener por acreditada la intervención de Ruggieri en el robo, corresponde hacer lugar al agravio propuesto por la defensa en orden al grado de realización alcanzado por el delito referido, en tanto tentativa. Por lo dicho, la primera cuestión debe contestarse afirmativamente respecto del grado de realización del delito.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Disidencia.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, **EN DISIDENCIA, DIJO:**

Por diversos motivos no comparto la solución a la que llega el ministro preopinante.

Si bien, coincidido con la afirmación según la cual es **correcta la valoración de la prueba** realizada por el juez de la instancia previa en relación con la acreditación de la intervención de Ruggieri en el hecho, discrepo en relación con el análisis respecto del momento consumativo del robo.

La defensa postula que el delito no se perfeccionó en tanto consumación, permaneciendo tentado al no conseguir el autor desapoderar a la víctima.

Corresponde entonces determinar el grado de desarrollo alcanzado por el comportamiento reprochado dentro del iter criminis, esto es, si el hecho delictivo fue consumado, tal cual es postulado en la hipótesis acusatoria o si, por el contrario, permaneció en grado de tentativa, tal cual pretende la defensa.

A mi criterio y respecto de este tema, la cuestión central reside **en determinar si existió o no el desapoderamiento típico** previsto en la figura legal en que se encuadró el hecho.

Desde su interpretación de los hechos, el recurrente considera que la prueba que acompaña la causa impedía tener por cierto que Ruggieri haya tenido un poder de disposición real sobre la cosa sustraída ya

que, después de algunos minutos, fue aprehendido a doscientos cincuenta metros del lugar del hecho por personal policial.

Para así razonar, repasa ciertos fragmentos de la declaración de la víctima, para concluir que, no obstante que el acusado se apoderó del teléfono durante algunos minutos y a una distancia de doscientos cincuenta metros, esa sola circunstancia no permite inferir que hubo poder de disposición.

Esto por cuanto, mientras el acusado escapaba con el teléfono, era perseguido primero por la víctima y, después, por personal policial, circunstancias éstas que impidieron una disposición real (véase el recurso defensivo).

Ahora bien, sobre el tópico en cuestión, el tribunal de sentencia explicó que el hecho **fue consumado pues, aunque hubieran sido unos pocos minutos** (ver, al respecto, audiencia de fundamentos, a partir del minuto 00:14:00), existió desapoderamiento, pues en ese lapso el autor sustrajo la cosa de la esfera de custodia de la víctima y contó con la posibilidad de disponer del bien, sin dejar de subrayar que el autor fue aprehendido con el teléfono después de que la víctima diera aviso al personal policial.

Centrado así el objeto de la discusión, considero que la explicación brindada en la sentencia atacada para concluir que la conducta debe subsumirse en el tipo de robo consumado resulta adecuada, todo lo cual me conduce necesariamente al rechazo del agravio planteado. Ello, por las consideraciones que se exponen a continuación.

Precedente «Robledo Vergara»

El **momento consumativo del robo** requiere no sólo que la víctima quede desposeída de aquellos bienes de su pertenencia que le fueron sustraídos por el obrar delictivo del agente, sino, además, que el autor haya tenido la **posibilidad física de disponer del objeto sustraído, aún por breves instantes**, tal cual he explicado en el precedente **«Robledo Vergara»**.

En el caso traído a decisión en esta instancia, se advierte que las circunstancias de tiempo y lugar consignadas en el expediente corroboran –contrariamente a lo sostenido por la defensa– que el robo perpetrado por Ruggieri logró alcanzar su grado de consumación, en tanto se verificaron, aún **durante un breve espacio temporal**, las condiciones necesarias como para disponer de manera cierta, concreta, real y efectiva del bien sustraído.

Es decir, el acusado pudo no sólo ocultarlo, destruirlo o ejercer sobre él cualquier otro acto que implique su disposición material; incluso, y en atención a la naturaleza propia del bien sustraído –un teléfono–, pudo servirse de él utilizándolo para realizar una llamada –aunque en el caso en concreto esto no sucediera–.

En consecuencia, si bien no quedó determinado con total exactitud el lapso por el que se comprobó esta circunstancia, la propia del defensa del acusado, reconoce la existencia de este tiempo y aunque le quita entidad por el exiguo lapso –algunos minutos–, ello no desvirtúa lo afirmado en el párrafo que precede.

A su vez, la **distancia espacial o geográfica** que transitó el agente teniendo el objeto sustraído bajo su poder, en procura de huir del lugar, no hace más que aportar otro elemento circunstancial en abono de la posición que sostengo.

El análisis integral de la prueba incorporada da cuenta que desde las inmediaciones de la intersección de calles Sarmiento y Godoy Cruz, de Guaymallén, hasta el lugar preciso de su detención a menos de doscientos cincuenta metros en el domicilio de Morán ubicado en calle Belgrano N° 2752 de San José, Guaymallén, el acusado fue perdido de vista por la víctima, quien dio aviso al personal policial que se encontraba en las inmediaciones para proceder a la persecución. Así lo confirmó la víctima y ello fue

corroborado por los funcionarios policiales en sus respectivas declaraciones testimoniales (ver, al respecto, audiencia de fundamentos, a partir del minuto 00:11:00).

En conclusión, de acuerdo con la postura asumida por la doctrina especializada – reseñada en el precedente citado–, la prueba obrante en autos verifica que el teléfono objeto del ilícito salió de la esfera de custodia de su legítima propietaria, como así también, el ejercicio de poder de disposición, ambos aspectos configurativos del aspecto objetivo del delito enrostrado.

Esto es, por un lado, el desapoderamiento por parte del acusado respecto de quien ejercía la tenencia de la cosa, quitándola de su esfera de custodia y, por otro, el apoderamiento material de aquella por parte del agente, con la posibilidad de que realice actos materiales de disposición.

Con base en las consideraciones anteriores, entiendo que el agravio esgrimido por el recurrente no puede prosperar.

Por todo ello, y en opinión coincidente con la vertida por el señor Procurador General, debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazarse el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere al voto del Dr. Valerio.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO, adhiere por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

Conforme el tratamiento de la cuestión anterior, corresponde omitir pronunciamiento en este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse como afirmativa por el Tribunal. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de esta Suprema Corte de Justicia de Mendoza, fallando en forma definitiva se

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Rubén Jair Hilario Ruggieri.
- 2.- Imponer costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese.

DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

21- CARPITERO SBARBAT. 23-06-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	-	M	-	PCE	-	EGT	A	R	-	UP	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=857>

Lex: Art. 164, 42 y 44 del CP. Art. 17 y 58 del CP.

Vox: Robo simple. Tentativa. Unificación de pena. Plenario.

Summa:

El **JPC** condenó al nombrado a la pena de **tres meses de prisión** de cumplimiento efectivo y al pago de costas como autor penalmente responsable del delito de robo simple en grado de tentativa. La sentencia también revocó la libertad condicional que había sido concedida al sindicado por sentencia n° 5.342. Unificó penas imponiendo así la pena única de **dos años y nueve meses** de prisión de cumplimiento efectivo y declaró reincidente al nombrado.

El **MPF** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

El **Procurador General** mantiene el recurso.

La **SCJM** resolvió: Establecer que la reducción de la escala penal para los delitos tentados prevista en el primer párrafo del art. 44 del Código Penal debe entenderse disminuyendo desde un tercio del mínimo hasta la mitad del máximo, quedando por tanto el mínimo de la **escala en los dos tercios**, resultante de la deducción del tercio, y el máximo reducido a la mitad.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 7905, pronunciada por el JPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- «Geredus».
- «Giñazu Samo».
- «Díaz Castro, Franco». 24-07-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=334>
- «Ibáñez Benavidez».08-01-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=447>

Dr. Palermo

- «Geredus».
- «Bracamonte Contreras»
- «Sagal Lagos»
- «Driuzzi»

b-CSJN

- . «Acosta», Fallos 331:858.
- «Boggiano», Fallos 339:323.
- «Veira, Héctor Rodolfo s/ violación»(CSJN, Fallos 315:2056). 08-09-92
- «Firpo», «Germano», «Keiler» y «Acosta», Fallos 312:1484, G. 763 XLVI RHE, 333:796 y 331:858

c-CNCP. Cámara Nacional de Casación Penal

- «Villarino, Martín» de la (CNCP, Plenario Acuerdo n°3/1995),

Doctrina citada.

JOFRÉ, T., 1922, El Código penal de 1922. Concordancias, bibliografía, jurisprudencia, comentarios, Bs. As., Valerio Abeledo, p. 110;

JOFRÉ, Tomás, El Código Penal de 1922, Bs. As., 1922, p. 110;

SOLER, Sebastián, Derecho penal argentino, Bs. As., 1945, t. 2, p. 240, respectivamente

MORENO, R., 1923, El Código Penal y sus antecedentes, t. II, Bs. As., H. A. Tommasi Editor, p. 418;

SOLER, S., 1967, Derecho Penal Argentino, t.II, Bs. As., T.E.A., p. 240;

RAMOS, J.P., 1937, Curso de derecho penal, t. IV, Bs. As., Bibliográfica Jurídica Argentina, p. 297.

FONTÁN BALESTRA, C., 1966, Tratado de Derecho Penal, Parte General, t. II, Bs. As., Abeledo-Perrot, p. 400).

GONZÁLEZ ROURA, O., 1925, Derecho penal, t. II, Valerio Abeledo, Bs. As., p. 172;

ODERIGO, M. A., 1957, Código Penal anotado, Depalma, Bs. As., p. 59;

MALAGARRIGA, C. C., 1927, Código Penal argentino, t. I, Librería Cervantes, Bs. As., p. 307;

ARGIBAY MOLINA, J. F.; **DAMIANOVICH, L.**; **MORAS MON, J. R.**, 1972, Derecho Penal, t. I, Ediar, Bs. As., p. 343.

NÚÑEZ, R., 1978, Tratado de Derecho Penal, parte general, t. II, Córdoba-Bs. As., Lerner, p. 469;

JIMÉNEZ DE ASÚA, L., 1950, Tratado de Derecho Penal, t. VII, Buenos Aires, Losada, p. 622;

DE LA RÚA, J., 1972, Código Penal Argentino. Parte General, Córdoba-Bs.As., Lerner, p. 602;

DE LA RÚA, J., "La pena de la tentativa en el Código Penal", JA, t. 1965-I, secc. doctrina, p. 70;

ZAFFARONI, E. R., 1982a, Tratado de Derecho Penal. Parte General, t. V, Bs. As., Ediar, p. 338;

ZAFFARONI, E. R., 1982b, "Pena de la tentativa e interpretación restrictiva", Doctrina penal, p. 163;

ZAFFARONI, E. R.; **PIERANGELLI, J. H.**, "Da tentativa. Doutrina e jurisprudencia", Editora Revista Dos Tribunais, Sao Paulo, 1992, p. 131/133;

ELBERT, C. A., "El problema del cómputo de la pena de la tentativa", LL, t. 156, p. 700;

TERÁN LOMAS, R. A. M., 1980, Derecho penal, pte. general, t. II, Bs. As., Astrea, p. 122;

TERÁN LOMAS, R. A. M., "La escala penal de la tentativa", JA, t. 1977-III, p. 390;

CARRERA, D., "Tentativa: escala penal", Semanario Jurídico, 1981, p. 303;

PINTO, H. I., "La pena del delito tentado", LL, t. 1988-B, p. 467;

GONZÁLEZ NOVILLO, J., "La individualización de la pena en la tentativa", ED, t. 120, p. 135).

ORTEGA, "Tentativa y cooperación. Régimen punitivo previsto en el Código Penal argentino", LL, t. 1983-B., p. 1079).

WRÓBLEWSKI, Jerzy; Constitución y teoría general de la interpretación jurídica, Civitas, Madrid, 1985, p. 18

Precedentes relacionados

Tentativa. Art. 42 del CP.

- Gallos Torres. 11-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=883>
- Ruggieri. 22-06-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=854>
- Guerra Mora. 29-07-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210729_FcGuerra.pdf
- González Araya.15-08-17. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>

CSJM. Plenario. Disidencias.

Fallo

CUIJ: 13-06784764-9/1((018502-31042)) F C/ CARPINTERO SBARBAT LUIS ALFREDO Y OTROS P/ ROBO CON ESCALAMIENTO P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN P/ PLENARIO (ART 44 1 PARRAFO) *106039747*

En Mendoza, a los veintitrés días del mes de junio del año dos mil veintidós, reunida la Suprema Corte de Justicia en acuerdo plenario tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06784764-9/1 caratulada “F. C/ CARPINTERO SBARBAT, LUIS ALFREDO Y OTROS P/ ROBO AGRAVADO CON ESCALAMIENTO P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN P/ PLENARIO”.

La Fiscal Jefe de la Unidad Fiscal de Robos y Hurtos Agravados y el Fiscal titular de de la Fiscalía de Instrucción n° 20 de la Unidad Fiscal de Robos y Hurtos plantean recurso de casación en los autos CUIJ n° 13-06722853-1/1 caratulados “CARPINTERO SBARBATI, LUIS ALFREDO Y OTROS P/ ROBO CON ESCALAMIENTO P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN” contra la sentencia n° 7.905 pronunciada en los autos n° P-31.042/21 por el Segundo Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial, por cuanto declaró penalmente responsable del delito de robo simple en grado de tentativa a Luis Alfredo Carpintero Sbarbati y lo condenó a la pena de tres meses de prisión de cumplimiento efectivo y al pago de costas.

La sentencia también revocó la libertad condicional que había sido concedida a Carpintero Sbarbati por sentencia n° 5.342, unificó ambas sentencias, impuso la pena única de dos años y nueve meses de prisión de cumplimiento efectivo y declaró reincidente al nombrado.

Los recurrentes solicitaron la resolución del recurso en acuerdo plenario, petición que fue refrendada por el señor Procurador General (fs. 5).

El entonces Presidente de la Sala Segunda de este Tribunal, Dr. JOSÉ V. **VALERIO**, en uso de las facultades conferidas por la ley 4.969, resolvió convocar a la Suprema Corte de Justicia a expedirse en acuerdo plenario a efectos de expedirse sobre la siguiente pregunta: **¿Cómo debe interpretarse la disposición del art. 44, primer párrafo, del Código Penal, en cuanto establece el modo en que debe reducirse la escala penal en los casos de tentativa?**

Asimismo, dispuso el siguiente orden de votación: primero Dr. DALMIRO GARAY CUELI, segundo Dr. JOSÉ V. VALERIO, tercero, DR. PEDRO J. LLORENTE, cuarto Dr. MARIO D. ADARO, quinta Dra. MARÍA TERESA DAY, sexto Dr. OMAR A. PALERMO y séptimo Dr. JULIO R. GÓMEZ; y dispuso la formación del presente incidente.

SOBRE LA CUESTIÓN A RESOLVER, LOS DRES. DALMIRO GARAY CUELI, JOSÉ V. VALERIO, PEDRO J. LLORENTE Y MARÍA TERESA DAY DIJERON:

Voto de los Dres. Garay, Valerio, Llorente y Dra. Day.

1.- El problema en tratamiento

i.- La presente sentencia plenaria tiene por objetivo fijar la interpretación de la reducción de la escala penal prevista en el primer párrafo del art. 44 del CP (conf. Art. 7, ley 4.969).

Si bien esta decisión tiene carácter general y excede las circunstancias del caso concreto que motivó el llamado a plenario, conviene repasar brevemente cómo se planteó el caso, en la medida en que ello permite comprender la relevancia institucional de este acuerdo plenario y circunscribir el thema decidendum.

En punto al modo de interpretar la escala penal de los delitos tentados, la jueza de instancia previa sostuvo que no aplicaría el criterio que surge **del precedente «Guiñazú Samo»**, de este Tribunal, sino el dictado con posterioridad en el **caso «Díaz Castro, Franco Agustín»**, de fecha 24/06/2020, donde la mayoría de la Sala Segunda aplicó el criterio adoptado por mayoría en el caso **«Geredus»**.

Esto es, reduciendo la pena mínima a un tercio del mínimo previsto para el delito consumado –v. constancias audiovisuales, min. 22:23 a 24:11–.

ii.- Por su parte, los representantes del Ministerio Público Fiscal afirmaron que la aplicación de la ley que efectuó la jueza de instancia previa era errónea, por cuanto se basa en una igualmente errónea interpretación del art. 44 del CP. Un primer desacierto consistiría en considerar que la jurisprudencia que emana del fallo «Geredus» es obligatoria, cuando según el **art. 151 del Código Procesal Civil, Comercial y del Trabajo sólo los fallos plenarios de la Suprema Corte pueden ser considerados de aplicación obligatoria**. Invocó el precedente de este Tribunal registrado en L.S. 331:214.

Sostuvieron que la escala para los delitos tentados debe ser reducida en un tercio del mínimo –y no «a un tercio»– y en la mitad del máximo, con cita de la obra de Roberto Terán Lomas. Esa interpretación, afirmaron permite evitar incongruencias dentro del sistema penal. Con mención de la obra de **Ricardo Núñez**, explicaron que la inconsistencia no se presume en el legislador y, por eso, la interpretación debe realizarse siempre evitando dar a las normas un sentido que ponga en pugna sus disposiciones.

Por otra parte, explicaron que esta posición fue la adoptada por esta Suprema Corte de Justicia en el **caso «Guiñazú Samo»**, en el que los jueces José V. Valerio y Jorge H. Nanclares entendieron que el sentido de las expresiones «de» y «a» empleadas en el art. 44 del CP debía ser asumido como reemplazo de las preposiciones «desde» y «hasta»; y que, conforme a la jurisprudencia de la Corte Federal, la primera fuente interpretativa es la letra misma de la ley.

En este último sentido, refirieron que la CSJN ha destacado en los **fallos «Acosta» y «Boggiano»** que, para determinar la validez de una interpretación debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis es la letra de la ley, a la que se debe dar un sentido armonizador que no ponga en pugna sus disposiciones (conf. «Acosta», Fallos 331:858); y que la primera regla interpretativa es asignar pleno efecto a la voluntad del legislador, cuya fuente inicial es la letra de la ley (conf. «Boggiano», Fallos 339:323).

Tras remitir a los restantes argumentos contenidos en el precedente «Guiñazú Samo», agregaron que Zaffaroni, Alagia y Slokar en su obra conjunta arriban a la misma conclusión respecto de la interpretación del art. 44 del CP, pues entender que la escala de los delitos tentados es «desde un tercio del mínimo hasta la mitad del máximo» o «desde la mitad del mínimo hasta un tercio del máximo» excedería la resistencia semántica del texto legal.

iii.- El Procurador General mantuvo el recurso fiscal y adhirió a sus argumentos.

iv.- **En síntesis, estamos convocados a Plenario para resolver entre dos posturas sustentadas en sentencias de la Sala Segunda que, con diversa integración y en forma contradictoria, ha resuelto respecto a la reducción de la escala penal contenida en el primer párrafo del artículo 44 del CP cuando establece que «[l]a pena que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito se disminuirá de un tercio a la mitad».**

Así, en **«Guiñazú Samo»**, sustenta que se dispone que en caso de tentativa la escala penal para el delito consumado debe ser reducida en un tercio el mínimo a la mitad del máximo (por tanto, queda efectivamente como escala penal dos tercios del mínimo a la mitad del máximo).

Por su parte, en **«Geredus»**, se le atribuye como significado que la escala penal del delito consumado debe ser reducida a un tercio el mínimo a la mitad del máximo. Con ello, queda circunscripto el análisis lógico jurídico a la interpretación operativa de la norma en cuestión y respecto sólo de las dos posturas sustentadas y motivadoras del presente llamado: cómo debe ser entendida la reducción de la escala penal en el caso de la tentativa.

En consecuencia, corresponde descartar tanto el extensísimo debate doctrinario, como las diversas posturas judiciales o jurisprudenciales que sostienen otras ideas, posturas o concepciones sobre el tema; también queda fuera del objeto las cuestiones referidas a la determinación de la pena (arts. 40 y 41 del C.P.); y, asimismo, toda cuestión referida a la conveniencia u oportunidad de la forma en la cual el poder legisferante reglamentó la cuestión; incluso las preferencias subjetivas (individuales o colectivas) sobre cuál sería la mejor o más justa forma de establecerlo.

2.- La correcta interpretación del primer párrafo del art. 44 del Código Penal

Puestos a resolver la cuestión interpretativa formulada y, tras deliberar en torno a las dos posibles formas de interpretar el precepto legal contenido en el primer párrafo del art. 44 del CP, acordamos que la interpretación normativa fundada en la Constitución y la Ley, sostenida en el precedente «Guiñazú Samo» es la correcta solución oportunamente proporcionada al asunto, por cuanto es el significado inherente a la regla legal en cuestión.

Es decir, la interpretación del texto legal según la cual la escala prevista para los delitos consumados se reduce a dos tercios en su mínimo y a la mitad en su máximo, cuando el delito queda en grado de tentativa.

En función de ello, en lo sucesivo, se explicarán las razones que sustentan dicha lectura de la norma. Ante todo, es conveniente distinguir la interpretación en abstracto de la interpretación en concreto.

La primera tiene lugar cuando se interpreta para establecer –descubrir o atribuir– el significado de un texto normativo conforme al sentido en que más se lo utiliza.

La segunda, cuando es necesario calificar jurídicamente un hecho que ha sido tenido por acreditado, subsumiéndolo en una norma que previamente ha sido identificada e interpretada en abstracto (**v. GUASTINI, Riccardo; Teoría e ideología de la interpretación constitucional, Trotta, Madrid, 2010, pp. 29/30»**).

En el caso que nos ocupa, la tarea a realizar es del primer tipo. Ahora bien, la interpretación en abstracto reconoce diversos métodos, aunque –como afirma Wróblewski– no podemos desconocer que esta actividad está fuertemente influida por problemas prácticos y por la ideología operativa en la aplicación del Derecho. Y aquí el autor mencionado reconoce dos tendencias opuestas para combinar los problemas ideológicos, prácticos y teóricos en la interpretación.

Una de ellas presenta a la **interpretación como el «descubrimiento»** del significado inherente a la regla legal en cuestión, y considera a la actividad interpretativa como la reconstrucción de ese sentido. Otra, presenta a la interpretación como la **«atribución»** de un significado (determinada por varios factores) y considera que la interpretación es una actividad creadora, similar o análoga a la del legislador (**v. WRÓBLEWSKI, Jerzy; Constitución y teoría general de la interpretación jurídica, Civitas, Madrid, 1985, p. 18**).

Para adoptar una posición al respecto conviene tener presente que la vaguedad es una propiedad objetiva del lenguaje, y no solo del lenguaje jurídico (v. GUASTINI, ob. cit., pp. 30/34); y que lo equívoco de los textos normativos no depende solamente de ciertos defectos objetivos en su formulación, sino también –y sobre todo– de otras cuestiones, en particular de la multiplicidad de métodos interpretativos, la dogmática jurídica, los juicios de valor de los intérpretes y de sus sentimientos de justicia (v. GUASTINI, ob. cit., pp. 30/33).

Debe tenerse claro que el punto de partida interpretativo está dado por entender que se trata de un **proceso interpretativo** que comienza con una actividad cognitiva que alude al acto de conocimiento, ya que es la primer actividad que nos permite identificar el significado de un texto normativo o en su caso los posibles diversos significados; cuando nos encontramos con más de un significado es imprescindible

una actividad decisoria que refiere al acto de decisión que tiene por lugar elegir un significado determinado dentro de los posibles identificados por la interpretación cognitiva; finalmente, cuando es imposible una decisión interpretativa jurídicamente válida o se carece de un significado, se realiza una actividad creativa que es un acto de creación que implica atribuir al texto normativo un significado nuevo, no identificable mediante la interpretación cognitiva.

Esta última no se trata estrictamente de un acto de interpretación, sino de uno de creación legislativa (v. GUASTINI, ob. cit., pp. 35/36).

A partir de ello, es posible identificar un error muy común en la **actividad interpretativa**, al tenerse equivocadamente como que existe una habilitación para el intérprete para que pueda elegir como opciones válidas alternativas a cualquiera de estas tres operaciones mencionadas ut supra o combinarlas según su preferencia, en lugar de saber que se trata de sucesivas instancias en el proceso interpretativo; decimos error, porque en el caso de nuestra provincia está expresamente previsto el proceso interpretativo en el art. 149 de la Constitución cuando dispone: «Las sentencias que pronuncien los Tribunales y Jueces Letrados se fundarán en el texto expreso de la ley, y a falta de ésta en los principios jurídicos de la legislación vigente en la materia respectiva, y en defecto de éstos, en los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso».

Entonces, la interpretación normativa que toma a la Constitución como cumbre y sostén del ordenamiento jurídico, «constituye un sistema porque en él no pueden coexistir normas incompatibles... “sistema” equivale a validez del principio que excluye la incompatibilidad de las normas» y «[...] las normas que lo componen están, en relación de coherencia entre sí» (**BOBBIO, Norberto Teoría general del derecho, Ed. Temis, Colombia, pp. 183 y 175**). En nuestro sistema jurídico el art. 1 de la C.N. dispone que «La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución», con lo que se constituye, define y limita nuestra forma de gobierno representativa republicana federal; este sintagma jurídico constituye una unidad lógico-jurídica que no se puede fragmentar a gusto del intérprete, desuniendo la fórmula para hacer prevalecer una parte por sobre las otras (sea pretendiendo imponer lo republicano sobre lo federal y/o representativo; o lo federal sobre lo republicano y/o representativo; o lo representativo sobre lo republicano y/o federal).

Además, se establece que la primera fuente de conocimiento de nuestro ordenamiento es el texto de la Constitución («[...] según la establece la presente Constitución»); por ello, no se debe razonar nuestro derecho vigente en función de otras formas de gobierno o de estado, o doctrinas o jurisprudencia extraña a nuestro derecho.

En resguardo de nuestro sistema constitucional normativo el art. 27 de la Constitución Nacional establece la «cláusula argentina», que impone al Gobierno Federal (legislativo, ejecutivo y judicial) el deber de que toda norma incorporada (tratados) debe estar en conformidad con los principios de derecho público establecidos en ella. Así, el art. 1 de la C.N. establece el principio normativo constitucional, que se corresponde con el principio normativo convencional (art. 31 y 32 de la Convención de Viena) y con el principio normativo legal (art. 19 de la C.N. y art. 34 de la C. de M.).

En consecuencia, nuestro sistema jurídico es normativo, porque está constituido por reglas escritas a través de las cuales debemos comprender su sentido y se deben configurar sus teorías (ALVAREZ GARDIOL, Ariel; Estructura de una Teoría General del Derecho; Editorial Fundación para el desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Rosario, Santa Fe, Argentina, 2012, p. 79). Ahora bien, nuestro sistema jurídico constituye un ordenamiento jurídico al establecer en primer lugar la unidad que nace de la supremacía de la Constitución (arts. 31, 75 inc. 22, 27 y 28, C.N.).

Ello, como expresamente el art. 148 de la Constitución provincial dispone, en tanto establece que los jueces «[...] deben resolver siempre según la ley, y en el ejercicio de sus funciones procederán aplicando la Constitución, las leyes y tratados nacionales como ley suprema en todos los casos, y la Constitución de la Provincia como ley suprema respecto de las leyes que haya sancionado o sancionare la Legislatura». Con lo cual se consagra sin lugar a dudas la supremacía de la Constitución, que está sobre todos y descarta absolutamente de nuestro derecho la supremacía legislativa (soberanía parlamentaria), la supremacía del ejecutivo (autocracia), la supremacía judicial (de los jueces) o la supremacía del pueblo sin reglas (que no se trata de la soberanía popular sometida en su ejercicio a las reglas establecidas).

En segundo lugar, impone la coherencia, con el principio de inalterabilidad (art. 28, C.N.) y la cláusula argentina de conformidad de los tratados al derecho público establecido (art. 27, C.N.). Finalmente, la plenitud, constituyendo un sistema jurídico dinámico (arts. 14, 14 bis, 27, 28, 33, etc., C.N.) y en el art. 149° de la Constitución de Mendoza antes mencionado. Así, se establece una norma general inclusiva con **dos métodos de autointegración: 1°) la analogía, y 2°) los principios generales del derecho** (conf. BOBBIO, Norberto, Teoría general del derecho”; Temis; Colombia, p. 233).

En consecuencia, en nuestro ordenamiento normativo, jurídicamente sólo es posible y conveniente una interpretación normativa siguiendo el proceso interpretativo constitucionalmente establecido, como se concreta en “Guiñazú Samo”; porque tiene como presupuesto que el sistema jurídico vigente es consecuencia de un derecho democrático; es decir que tiene legitimidad democrática de origen y cuenta con legalidad de ejercicio (formal y sustancial, de manera incuestionada e ininterrumpida desde 1983); y como condición, que ese sistema jurídico expresamente establece la supremacía de las normas y la obligación de cumplirlas.

Si bien la obligación de cumplir con el ordenamiento normativo nace del vínculo jurídico de cada representante con la función que materializa, impuesta a los legisladores (arts. 28, 29 y 67, C.N.), al presidente (arts. 93 y 94 inc. 2, C.N.), a los jueces (art. 112, C.N.) y como a los gobernadores (art. 128, C.N.). Al gobierno federal (legislativo, ejecutivo y judicial) en el art. 27 de la C.N. como a los gobiernos provinciales (arts. 5, 121, 122 y 123, C.N.). En la Constitución de Mendoza, a los legisladores (art. 98, C. de M.), el gobernador (art. 119, C. de M.) y a los jueces (arts. 148, 149 y 157, C. de M.).

En el caso de los jueces, el cumplir con las normas es un deber jurídico reforzado porque deben «aplicar la ley», tal como se establece en la Constitución Nacional (art. 112) y la Constitución de Mendoza, que especifica –como se dijo– que «los Tribunales y jueces deben resolver siempre según la ley» (art. 148) y que «las sentencias que se pronuncien se fundarán en el texto expreso de la ley» (art. 149). Ello es condición del buen desempeño de las funciones de la magistratura encomendada (art. 161 C. de M.).

Así, Luigi Ferrajoli, padre del garantismo, al abordar las «fuentes de legitimación del Poder Judicial y de su independencia», establece que «[e]l primer fundamento es la sujeción del juez únicamente a la ley. Es a través de esta sujeción a la ley que la jurisdicción se conecta, en una democracia, con la voluntad política expresada por las representaciones parlamentarias [...]» (**FERRAJOLI, Luigi, «Constitucionalismo y jurisdicción», en Escritos sobre derecho penal - Nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal, Hammurabi, Buenos Aires, 2014, tomo 2, p. 438**).

Otro dato de fundamental importancia antes de transitar el proceso interpretativo, es que esta Suprema Corte de Justicia provincial no se encuentra obligada por ningún precedente sobre la norma en cuestión. Establecido con precisión el punto de partida, en lo sucesivo se transitará el proceso interpretativo que comenzará por el acto de cognición que justifica la interpretación propiciada para el problema en cuestión (i); y, por otra, se explicitarán los motivos por los cuales la interpretación diversa propuesta en el

precedente «Geredus» presenta problemas irresolubles (ii). i.- En cuanto a lo primero, debe tenerse presente que en el mismo sentido aquí propuesto –es decir, de fijar la escala penal de los delitos tentados en dos tercios del mínimo y la mitad del máximo de la pena de los delitos consumados– se ha pronunciado este Cuerpo en anterior conformación. Así, en el precedente «Flores Noguera» se afirmó, para justificar por qué debe reducirse primero el mínimo de la escala y luego el máximo, que tal es el criterio que informa a la parte especial del Código Penal: expresar primeramente el mínimo de la escala y después su máximo. Puntualmente el art. 44 del CP bajo análisis, en sus párrafos 2° y 3°, enuncia esas escalas aludiendo primero al mínimo y después al máximo. En ese entendimiento, el sentido gramatical de las expresiones «de» y «a» de la norma del art. 44, debe ser asumido como reemplazo de las preposiciones «desde» y «hasta», en relación a fijar los topes mínimos y máximos de la escala respectivamente (conf. «Flores Noguera», LS 340-070).

Esta interpretación es acorde con la sistemática del Código Penal. Tomando en cuenta que el art. 44 dispone que «se disminuirá de un tercio a la mitad» la pena que correspondería al agente si hubiere consumado el delito, conduce a la conclusión que la palabra «de» significa que se reduce el tercio y la mitad de los mínimos y los máximos de las escalas penales, por lo que no cabe la interpretación que la palabra «de» importe que se lleve la escala «a» un tercio del mínimo y a la mitad del máximo. Este criterio también es propugnado por gran parte de la doctrina, pudiendo citarse, entre otros, a: Núñez, Ricardo C., Tratado de Derecho Penal, Parte General, t. II, Lerner, Córdoba-Bs.As., 1978, pág. 469; también en Manual de Derecho Penal, Parte General, Lerner, Córdoba-Bs.As., 1978, pág. 274; como en Disposiciones generales del Código Penal, Marcos Lerner, Córdoba, 1988, pág. 179; Jiménez de Asúa, Luis, Tratado de Derecho Pena”, T. VII, Losada, Buenos Aires, pág. 622; De la Rúa, Jorge, Código Penal Argentino, Parte General, Lerner, Córdoba-Bs.As., 1972, pág. 602, también en “La pena de la tentativa en el Código Penal”, J.A., t. 1965-I, secc. Doctrina, pág. 70; Zaffaroni, Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal, Parte General, t. V, Ediar, Bs.As., 1982, pág. 338, también en “Pena de la tentativa e interpretación restrictiva”, Doctrina penal, 1982, pág. 163; Elbert, Carlos Alberto, “El problema del cómputo de la pena de la tentativa”, L.L., t. 156, pág. 700; Terán Lomas, Roberto, Derecho penal, Parte General, t. II, Astrea, Bs. As., 1980, pág. 122, también en “La escala penal de la tentativa”, J.A. t. 1977-III, pág. 390; Carrera, “Tentativa: escala penal”, Semanario Jurídico, 1981, pág. 303; Pinto, “La pena del delito tentado”, LL, t. 1988-B, pág. 467; o González Novillo, “La individualización de la pena en la tentativa”, ED, t. 120, pág. 135. Este también ha sido el criterio seguido por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba (S. n° 31 del 24/09/76 “Chávez”; S. n° 3 del 02/04/81 “Quiroga”, S. n° 25 del 27/11/81 “Romero”; S. n° 10 del 07/05/93 “Rodríguez”; S. n° 46 del 08/10/95 “Bautista”; S. n° 48 del 18/09/97 “Cejas”; S. n° 4 del 20/02/98 “Orella”; S. n° 99 del 16/11/2000 “Aguero”, F.S.A. S/ PSA Homicidio Agravado en grado de tentativa– Recurso de Casación, 23/4/2013, elDial.com – CA1FD2, entre otros), la Suprema Corte de Entre Ríos (R.,H.V. – Robo Calificado por el uso de armas – Recurso de Casación) y la Cámara de Casación Penal de esa provincia (P.R.E. – Robo Agravado s/ Rec. de Casación), del 4/6/2015. En síntesis, se comparte aquí la conclusión a la que arriba Roberto A. M. Terán Lomas en el sentido de que «[e] s oportuno destacar la interpretación, a la vez sistemática y gramatical, que formula De la Rúa:

a) El sentido gramatical de las expresiones “de” y “a” está referido como “desde” y “hasta” a la disminución y no a la escala resultante; se disminuye desde un tercio del mínimo hasta la mitad del máximo. El mínimo de la escala queda en los dos tercios del mínimo, luego de la deducción del tercio, y el máximo queda reducido a la mitad; b) en la Parte Especial, el sistema del Código Penal consiste en la

formulación del mínimo en primer lugar, y después del máximo (autor citado, Derecho Penal – Parte general, Editorial Astrea, Buenos Aires, tomo 2, 1980, p. 126).

ii.- En cuanto a lo segundo –es decir, las razones por las cuales debe desestimarse la posición sostenida, por mayoría, en el caso «Geredus»–, debe tenerse presente que en algunos casos no hay dudas de interpretación y no se discute ningún problema referente al significado de las reglas utilizadas, pero también se dan situaciones en las que surgen controversias sobre el significado de esas reglas. A lo primero se le puede llamar «situación de isomorfía», a lo segundo «situación de interpretación» (WRÓBLESWKI. ob. cit, p. 23).

De tal manera, si admitimos la posibilidad de estar ante una situación de interpretación debemos examinarla, actividad que en el ejercicio de la función judicial debe ser operativa. Una «interpretación operativa» es la que se realiza en la aplicación del derecho cuando existen dudas referentes al significado de las reglas a aplicar relevantes para tomar una decisión» (WRÓBLESWKI. ob. cit, p. 35).

La decisión interpretativa se justifica por referencia a las directivas interpretativas que han sido concebidas como reglas para determinar el significado del texto interpretado. La elección de las directivas en cuestión, y frecuentemente su uso, dependen de valoraciones y, por tanto, la justificación de la decisión en cuestión tendría que explicitar las valoraciones (o valores) aceptados por quien toma la decisión (ob. cit., p. 35/36).

Esas directivas interpretativas determinan el modo en que el intérprete debería atribuir significado a una regla legal teniendo en cuenta los contextos relevantes de la regla, a saber, contextos lingüístico, sistémico y funcional (ob. cit., p. 36). Pero cuando –como en nuestro sistema jurídico– las directivas nacen de las normas, la interpretación debe ser normativa dentro del proceso normativo de interpretación.

Cabe, entonces, aplicar tales directivas al problema que nos ocupa.

a.- Contexto lingüístico

En este punto debe recordarse que los artículos 148 y 149 de la Constitución de Mendoza contienen directivas interpretativas expresas, para establecer el significado en el sub-lite, del primer párrafo del art. 44 Cód. Penal. Como así también para su justificación, por cuanto las sentencias deben fundarse en el texto expreso de la ley. Por ello, como señala Jerzy WRÓBLESWKI, «[...] es evidente que el significado de una regla interpretada no puede analizarse prescindiendo de las directivas de interpretación que se utilizan para determinar y/o justificar este significado» (ob. cit, p. 55), con mucha mayor razón cuando como en el sub examine, esas directivas interpretativas son constitucionales. De ahí que las dudas deben depender del contexto lingüístico de una regla interpretada (ob. cit. p.36) y, sin perjuicio de reiteración, no existen dudas de contexto lingüístico en cuanto al art. 44 primer párrafo del Código Penal.

b.- Contexto sistemático

Según WRÓBLESWKI «[...] el contexto sistémico, origina dudas interpretativas cuando el significado prima facie de una regla es inconsistente o incoherente con otras reglas válidas de este sistema» (ob. cit., p. 36). La aplicación del criterio adoptado en aquella oportunidad por la Sala Segunda in re «Geredus» lleva por lo menos a una inconsistencia del sistema jurídico, que impide su aplicación.

El caso que nos da una comprensión en su verdadera dimensión de la cuestión planteada es, cuando una persona, con la intención de matar a otra, después de haberle asestado varias puñaladas con un arma blanca, desiste voluntariamente de llevar a cabo la acción criminal y, arrepentido, lleva a la víctima al hospital salvándole la vida, pero ocasionándole la pérdida de un órgano, y con ello produce jurídicamente un desistimiento eficaz. La consecuencia jurídica a la hipótesis está establecida en el art. 43 del Código

Penal al establecer que no estará sujeto a pena, con respecto al delito tentado de homicidio; pero queda subsistente el delito de lesiones gravísimas (art. 91 C.P.).

Por aplicación del precedente «Geredus», el mínimo de la escala penal del delito de homicidio simple tentado sería de dos años y ocho meses de prisión, que es menor a la penalidad prevista para el delito de lesiones gravísimas consumadas –que ocasionó en la tentativa de homicidio– de tres años de prisión. Inconsistencia jurídica que viola la regla de la proporcionalidad, que no tiene solución jurídica, sino práctica y en violación al ordenamiento jurídico. Entonces este criterio lleva a la consecuencia absurda, que tiene una escala penal menor la tentativa de homicidio (en el supuesto que no fuera desistida eficazmente), que el delito de lesiones gravísimas consumadas previsto en el art. 91 del CP, circunstancia que no ha querido el legislador y que resulta jurídicamente insalvable.

La única forma de solucionar este problema sería falsear la realidad y hacer desaparecer el desistimiento eficaz, lo que configuraría una situación ilegal e inadmisibles desde el punto de vista de la justicia. De este modo, se entiende plenamente que en la interpretación que aquí se consolida la tentativa de homicidio tiene una pena mínima de 5 años y 4 meses de prisión, con lo cual se conserva el principio de proporcionalidad, según lo establecido por el legislador.

c.- Contexto funcional

Finalmente, el contexto funcional del derecho «[...] proporciona también factores relevantes sobre las reglas, valoraciones, opiniones diferentes en lo que respecta a los rasgos de la sociedad y del Estado, y de la “voluntad” del legislador y de quien decide, considerados como relevantes para el significado de las reglas interpretadas.

El caso típico de duda consiste en el conflicto entre las funciones de una regla utilizada en su significado prima facie y la ratio legis o los fines del legislador actual (como opuesto al histórico)» (ob. cit., p. 39). En este punto debe resaltarse una regla interpretativa que nace expresamente del 31 de la Convención de Viena que establece que conjuntamente con el contexto normativo (texto, preámbulo y anexos) comprenderá todo acuerdo o instrumento referente al tratado y habrá de tenerse en cuenta todo acuerdo ulterior, que se traduce internamente en las sucesivas disposiciones legislativas posteriores por parte del Congreso Nacional que determinan la política criminal.

En tal sentido, esta Suprema Corte de Justicia en el **plenario «Ibáñez Benavídez»**, destacó precisamente que la política criminal asumida en los últimos veinte años por el Congreso Nacional en ejercicio de la potestad punitiva evidencia un fenómeno de expansión del derecho penal, caracterizado por la tendencia al agravamiento de circunstancias, situaciones y la tipificación de hechos delictivos como calificados y, con ello, el agravamiento de penas. Sólo por señalar algunos ejemplos, se pueden mencionar los siguientes supuestos: a) la ley 25.297 de 2000 que introdujo el art. 41 bis al Código Penal; b) la ley 25.601 de 2002 que introdujo el inc. 8 del art. 80 del Código Penal; c) la ley 25.742 de 2003 que modificó los arts. 142 bis y 170 del Código Penal; d) la ley 25.767 de 2003 que introdujo el art. 41 quater al Código Penal; e) la ley 25.816 de 2003 que introdujo el inc. 9 del art. 80, y los arts. 163 bis y 167 bis del Código Penal; f) la ley 25.882 de 2004 que modificó el art. 166 del Código Penal; g) la ley 25.886 de 2004 que modificó el art. 189 bis del Código Penal; h) la ley 25.890 de 2004 que modificó los arts. 77, 163 inc.1 y 206 e introdujo los arts. 67 ter, quater, quinquie, 248 bis, 277 bis y ter, 293 bis del Código Penal; i) la ley 25.892 de 2004 que modificó los arts. 13, 14 y 15 del Código Penal; j) la ley 25.893 de 2004 que modificó el art. 124 del Código Penal; k) la ley 25.928 de 2004 que modificó el art. 55 del Código Penal; l) la ley 25.930 de 2004 que introdujo el inc. 15 del art. 173 y modificó el art. 285 del Código Penal; la ley 25.602 de 2002 que introdujo el inc. 6 y modificó el último párrafo del art. 174 del Código Penal; m) la ley 26.364 de 2008 que incorporó

los art. 145 bis y ter del Código Penal; n) la ley 26.388 de 2008 que modificó los arts. 77, 128, 153, 155, 157, 157 bis, 184, 97 y 255, e introdujo el art. 153 bis, el inc. 16 del art. 173 y el párrafo segundo del art. 183 del Código Penal; ñ) la ley 26.394 de 2008 que introdujo el inc. 10 del art. 80 y modificó el inc. 5 del art. 142 bis del Código Penal; o) la ley 26.679 de 2011 que introdujo el art. 142 ter del Código Penal; p) la ley 26.734 de 2011 que introdujo el art. 41 quinquies al Código Penal; q) la ley 26.791 de 2011 que introdujo diversos supuestos en los incs. 1 y 4 del art. 80 del Código Penal, así como las figuras de los incs. 11 y 12; r) la ley 26.738 de 2012 que modificó el art. 132 del Código Penal; s) la ley 26.842 de 2012 que modificó los arts. 125 bis, 126, 127, 140, 145 bis, 145 ter, 250 quater del Código Penal; t) la ley 26.847 de 2013 que introdujo el art. 148 bis del Código Penal; u) la ley 26.904 de 2013 que incorporó el art. 131 del Código Penal; v) la ley 27.347 de 2017 que modificó los arts. 84 y 94 y 193 bis, e introdujo los arts. 84 bis y 94 bis del Código Penal; w) la ley 27.352 de 2017 que modificó el art. 119 del Código Penal; x) la ley 27.401 de 2017 que establece el régimen penal de las personas jurídicas; y) la ley 27.735 de 2017 que modificó, a su vez, el art. 14 del Código Penal; y z) la ley 27.436 de 2018 que modificó el art. 128 del Código Penal. Las citadas leyes definieron una política criminal que marca una evolución del sistema legal penal. En ese desarrollo normativo, cuyo valor y sentido jurídico debe ser ubicado y asociado al contexto temporal que resulta propio a las circunstancias históricas, culturales y políticas -entre otras- al momento en que tuvieron lugar los debates legislativos dados en el seno del Congreso de la Nación en el proceso constitucional de formación y sanción de tales leyes, es indudable el aumento y agravamiento de las penas del modo señalado. Sin embargo, más allá de las opiniones personales que al respecto puedan esgrimirse, evidentemente los sucesivos integrantes de aquel poder del Estado, en tanto representantes del pueblo de la Nación Argentina, han condensado en el contenido de cada una de esas leyes el modo de ser y sentir de la sociedad argentina, es decir, representaron las características y cualidades de la mayoría de los individuos que habitamos el territorio nacional, porque los diversos sectores o frentes preponderantes legislativamente y que gobernaron el país fueron votados en las sucesivas elecciones bianuales (2001; 2003; 2005; 2007; 2009; 2011; 2013; 2015; 2017; y 2019) de renovación de mandatos de Diputados y Senadores (conf. «Plenario Ibáñez Benavídez»). Tal como afirma Ferrajoli, «[e]l paradigma garantista del derecho penal opera, por lo tanto, en dos direcciones, que se corresponden con los dos fines que, a mi parecer, justifican el poder punitivo: la prevención de los delitos y, por ende, de las ofensas injustas, y la prevención de las penas informales o excesivas, esto es, de los castigos injustos» (FERRAJOLI, Luigi, **Escritos sobre derecho penal, Volumen 2, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2014, p. 211**).

«Por ello, toda **hipótesis de abolicionismo penal equivale a una abdicación del rol garantista del derecho y de la razón; porque toda defensa garantista de las libertades fundamentales supone necesariamente la defensa del derecho penal** y de la pena contra las formas de control no jurídico, de tipo salvaje o disciplinar, a las cuales darían espacio las hipótesis abolicionistas. La sanción penal, en cuanto técnica de minimización de la violencia provocada tanto por los delitos como por los castigos informales, es la primera garantía del derecho penal. Repito: es, en realidad, una doble garantía: no sólo contra los delitos sino también contra las venganzas y las reacciones arbitrarias, desmedidas o excesivas, es decir, inspiradas en la lógica de la guerra, a la cual daría espacio la ausencia de derecho penal. Y es a la reducción de esta doble función que puede reconducirse toda crisis degenerativa del derecho penal: la cual consiste o en la impunidad de los delitos y/o en el uso de técnicas punitivas informadas por el arbitrio; o en el fracaso de las funciones de prevención de los delitos y de protección de las ofendidas; o en el fracaso de las funciones de prevención contra las penas arbitrarias y de tutela de los imputados; o en la ineffectividad (primaria)

del derecho penal sustancial o en la ineffectividad (secundaria) del derecho procesal penal» (FERRAJOLI, Luigi, ob. cit.; pp. 213/214).

En este punto, la Sala Segunda in **re «Moyano Peroni»** ha referido en relación con la determinación de la pena que «[...] es función del sistema judicial penal, en un escenario de inseguridad como el que se vive de manera cotidiana, responder con eficacia a fin de evitar la impunidad y repetición de hechos similares, siendo un mensaje al conjunto de la sociedad que tales hechos no deben ser tolerados y aceptados y, a su vez, disuadir a modo de contramotivación a aquéllos que pretenden cometerlos [...]» (CUIJ 13-03834923-0/1).

Ahora bien, debe ponerse de resalto que, de no adoptarse el criterio interpretativo sostenido, nos enfrentamos ante supuestos que afectan directa y gravemente el contexto analizado de la política criminal. Prueba de ello se refleja, como consecuencia, al confrontar la aplicación de los lineamientos interpretativos que son sostenidos en la actualidad in re «Geredus» con diversas figuras delictivas, las que, por la gravedad que en sí misma encierran, vienen a revelar ciertos resultados graves, como consecuencia de dicha operación.

Así, frente a casos como el que plantea el delito de robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo, previsto y sancionado por el art. 166, inc. 2°, segundo supuesto, en el que la escala penal prevista en abstracto va desde los seis años y ocho meses de prisión hasta los veinte años, conforme el criterio que se cuestiona –y siempre que tal ilícito no haya alcanzado la faz consumativa– el piso mínimo de la escala quedaría conformado a partir de los dos años, dos meses y veinte días de prisión.

A idéntica conclusión puede arribarse en el supuesto de delitos que vengan a vulnerar bienes jurídicos propios de la órbita de la integridad sexual, casos en los que, frente al tipo de abuso sexual con acceso carnal (art. 119, segundo párrafo, del C.P.), en igual estadio dentro del iter criminis, el quantum legal tendría, por mínimo, la pena de dos años de prisión; e incluso, yendo un poco más allá en cuanto a la gravedad del ilícito, lo que se presenta frente al posible encuadre del hecho dentro de alguna de las agravantes previstas en los diversos supuestos contemplados en el párrafo tercero del mismo art. 119 de la ley sustantiva, la resultante de la observancia de aquel criterio permitiría ingresar al ámbito de la punibilidad con una escala legal que tendría por límite inferior los dos años y ocho meses de prisión.

Y por último, y no por ello menos importante, a idéntica conclusión se arriba en el tratamiento del homicidio simple, figura típica que permitirá al juzgador, simplemente siguiendo un criterio de interpretación como el que aquí cuestiono, y al no existir una limitación legal que lo obstaculice, partir de una mínimo de punibilidad que no alcanza ni siquiera los tres años de pena privativa de libertad, puesto que, ante supuestos de tentativa, si bien el límite máximo quedaría determinado en doce años y seis meses de prisión, su piso arranca desde los dos años y ocho meses de idéntico tipo de pena.

Con estos ejemplos es posible concluir respecto de las nocivas consecuencias que en la praxis judicial pueden generarse a través del mantenimiento del criterio cuestionado. Sería tangible la seria lesión del contexto funcional bajo el que deben ser interpretadas las normas que componen el ordenamiento jurídico, ya que con sólo avalar esta interpretación, quedaría expedita la vía legal para que aquellos sujetos sindicados como responsables de tales ilícitos no consumados, sino tentados, puedan válidamente cumplimentar el requisito primigenio que exige la aplicación de una condena de ejecución condicional, puesto que, tal y como fuera precedentemente analizado, la amenaza de penalidad a imponer estaría sensiblemente por debajo de los tres años de prisión, siendo enteramente aplicable lo normado en el art. 26 del C.P. También, en tales casos, los presuntos autores podrían obtener el beneficio de la suspensión de juicio a prueba. Y por último, dicho criterio incidiría notablemente con relación al régimen de prisión

preventiva puesto que, los lineamientos dados por el art. 293, inc. 2° del C.P.P., el imputado puede, aún frente a la gravedad que suponen los delitos mencionados, alcanzar la libertad, y así permanecer hasta la realización del debate oral, en caso que el devenir del proceso culminare en el mismo. Todas estas referencias aparecen enfrentadas y disconformes respecto de las necesidades actuales que plantea el sistema de administración de justicia penal y, de igual modo, respecto de las apreciaciones del legislador determinada en la política criminal. E incluso, y ello merece mención especial, por los reclamos de la sociedad. Entonces, si del acto de conocimiento en el proceso interpretativo normativo llegamos a la conclusión que el párrafo primero del art. 44 del C.P. tiene un solo posible y correcto significado expresado en el precedente «Guiñazú Samo», se puede decir que «[s]i a una de las interpretaciones en cuestión se le considera como *lex*, la otra interpretación puede compararse con la primera y, si resulta diferente, se le puede calificar como *praeter* o *contra legem*» (WRÓBLESWKI, Jerzy Constitución y teoría general de la interpretación jurídica, Editorial Civitas, Madrid, 1985, p. 55), por tanto, no debe transitarse a la segunda etapa de acto decisorio y queda definitivamente descartada cualquier posibilidad de llegar a la tercera etapa de acto de creación normativa. En conclusión, a la pregunta ¿Cómo debe interpretarse la disposición del art. 44, primer párrafo, del Código Penal, en cuanto establece el modo en que debe reducirse la escala penal en los casos de tentativa? Entendemos que el sentido normativo de las expresiones «de» y «a» está referido como «desde» y «hasta» a la disminución y no a la escala resultante. En consecuencia, se disminuye desde un tercio del mínimo hasta la mitad del máximo, quedando por tanto el mínimo de la escala en los dos tercios del mínimo, luego de la deducción del tercio, y el máximo queda reducido a la mitad. Por tales motivos, proponemos al acuerdo unificar la jurisprudencia de esta Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza en el sentido de disminuir, para los delitos en grado de tentativa, el mínimo de la escala del delito consumado a dos tercios y el máximo a la mitad. ASÍ VOTAMOS.

Voto del Dr. Adaro

SOBRE LA CUESTIÓN A RESOLVER, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO: Motiva la reunión de este plenario la colisión de las soluciones a las que ha arribado esta Sala II de la Suprema Corte de Justicia y en las que he sostenido invariablemente la misma posición, la que –aun tras tomar conocimiento de la exhaustiva argumentación contenida en el voto precedente– considero sólida y adecuadamente justificada.

He manifestado esta posición en los fallos «Geredus» y «Guiñazú Samo», cuyos argumentos recapitularé en esta oportunidad.

En el primero de los fallos adherí a la posición del entonces ministro de este Tribunal, el Dr. Carlos Böhm. En su voto, el colega de sala explicaba que a su juicio la escala de los delitos tentados supone reducir **a un tercio el mínimo del delito consumado, y a la mitad su máximo.**

Tomaba en consideración que el asunto interpretativo en cuestión es uno capaz de poner en riesgo el principio de legalidad, y que su lectura de la norma propiciaba su protección.

A ello añadía que el sentido de la expresión «de» empleada en el artículo debe leerse como equivalente a «desde», es decir, señalado un punto de origen; y el de «a», como «hasta», señalando un término. Por eso «[...] la expresión debe descifrarse como desde un tercio hasta la mitad, lo que revela que la ley asigna un límite inferior (un tercio del mínimo) y uno superior (la mitad del máximo) a la escala penal dentro de la cual puede actuar el discernimiento judicial [...]». Al adherir a este temperamento, en «Geredus» aporté mis propias razones para sostener la posición propiciada por el Dr. Böhm. Preliminarmente realicé tres consideraciones que deben enmarcar el abordaje del problema.

Por una parte, expliqué que el problema de interpretación que presenta el primer párrafo del art. 44 CP debe ser escudriñado desde el marco de referencia de la estructura de la tentativa, que implica sancionar

conductas que no concretan un resultado dañoso, es decir, en casos donde no se encuentra integrado completamente el tipo.

Por otra parte, debemos tener presente que nos encontramos ante un supuesto donde el Estado anticipa la punición y, por tanto, la ley debe señalar un límite que el poder coercitivo no puede trasponer.

En tercer lugar, destaqué que la ley no ha sido clara en punto a la norma en discusión, y muestra de ello es la amplia diversidad de criterios existentes.

Desde este marco, consideré relevante la función del derecho penal: legitimar, contener y limitar el poder punitivo del Estado. Es en el ámbito de los principios que derivan de la exigencia constitucional de legalidad –legalidad formal, máxima taxatividad legal e interpretativa, entre otros– y de los principios que impiden groseras tensiones con los derechos humanos –el principio de buena fe y pro persona– donde encuentro el criterio legal que determina mi interpretación de la norma.

Así, considero que el criterio de reducción de la escala penal de los delitos tentados más acorde al Estado Constitucional de Derecho es aquel que, ante varios criterios en pugna, selecciona el más garantizador de derechos.

Además, esta dirección interpretativa encuentra asidero en numerosos precedentes de la Corte Federal (entre otros, «Firpo», «Germano», «Keiler» y «Acosta», Fallos 312:1484, G. 763 XLVI RHE, 333:796 y 331:858 respectivamente).

Mantuve la posición sostenida en el caso «Geredus» en ocasión de expedirme en «Guiñazú Samo».

En esta oportunidad disentí con los argumentos que fueron expuestos por el Dr. José V. Valerio, y los que adhirió el entonces ministro y presidente del Tribunal, Dr. Jorge H. Nanclares. Tras remitir a «Geredus» y a los argumentos allí expresados, me ocupé de aclarar las razones de mi discrepancia con las razones expresadas en el voto mayoritario.

En este orden, expliqué que una argumentación dirigida a demostrar incongruencias entre las escalas penales en abstracto omitiría considerar que los jueces tienen la facultad y el deber de determinar la pena concreta a imponer –entre el mínimo y el máximo legal–.

Para ello, deben ajustarse a los criterios previstos en los arts. 40 y 41 del CP, lo que supone tomar en consideración la naturaleza de la acción, la extensión del daño causado y las circunstancias personales del autor.

Cuando esas pautas lo requieran, el juez puede apartarse del mínimo legal, y debe exteriorizar las razones que lo llevan a definir una pena concreta.

Por otra parte, consideré que los marcos penales no sólo tienen por función poner límites a la discrecionalidad judicial, sino también reflejar el valor que el legislador le atribuye, dentro del orden social, a los bienes jurídicos protegidos por las normas penales.

Por eso la fijación de las escalas penales también refleja la voluntad de la ley, y representa la técnica elegida para que el juez pueda reconocer estos cambios sociales y reflejarlos en la pena. Por eso, no encontré convincente una argumentación –como la preopinante– construida en base a la comparación de escalas penales entre delitos.

Encuentro que nada de esto ha cambiado, motivo por el cual sostengo en esta ocasión el criterio anteriormente expuesto y propicio interpretar la norma contenida en el párrafo primero del art. 44 del CP en el sentido de disminuir la pena del delito consumado en los casos de conato a una escala definida por un tercio del mínimo y la mitad del máximo. ASÍ VOTO.

Voto del Dr. Palermo

SOBRE LA CUESTIÓN A RESOLVER, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO:

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, adelanto que a mi juicio la escala penal aplicable a los delitos tentados es la adoptada, por mayoría, por la Sala Segunda de esta Suprema Corte de Justicia en el fallo **«Geredus»**.

Es decir, considero que la escala para los delitos consumados debe ser reducida a un tercio en su mínimo, y a la mitad en su máximo.

En otras oportunidades he aplicado la posición adoptada en el caso «Geredus», aunque sin brindar a la cuestión un análisis específico, en tanto no había sido un punto discutido que requiriese un pronunciamiento al respecto (así, **«Bracamonte Contreras»**, **«Sagal Lagos»**, **«Driuzzi»**, entre otros).

A continuación expondré las razones que –tras un renovado estudio de la cuestión– me conducen a confirmar la aplicación del criterio que surge de aquel precedente.

Para ello, expondré sumariamente las posibles interpretaciones de la norma en cuestión y los principales argumentos que la doctrina especializada y los tribunales emplean para justificar la selección de alguno de los posibles criterios

(i). En segundo orden, explicitaré la naturaleza interpretativa del problema y justificaré los criterios que emplearé para definir mi criterio sobre el asunto

(ii). En tercer y último lugar, mostraré cómo un abordaje sistemático, racional y dogmático permite arribar a una interpretación de la norma coherente con los principios de nuestro Derecho constitucional y penal

(iii). Veamos.

i.- La regla que convoca a este plenario para su interpretación es la prevista en el primer párrafo del art. 44 del Código Penal y que se ocupa de los delitos tentados, es decir, aquellos que por circunstancias ajenas a la voluntad del autor no producen el resultado dañoso. En efecto, aquella norma dispone que, en los delitos con penas divisibles, «[l]a pena que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad [...]». El problema interpretativo aparece en tanto el precepto no es claro respecto al modo concreto en que debe reducirse la escala penal prevista para los delitos consumados. No se trata de un problema novedoso y las disputas interpretativas han proliferado en la doctrina y jurisprudencia.

Sin pretensiones de exhaustividad, y tomando como referencia la reconstrucción realizada en el plenario **«Villarino, Martín»** de la Cámara Nacional de Casación Penal (CNCP, Plenario Acuerdo n°3/1995), es posible identificar al menos cinco formas de entender la reducción «de un tercio a la mitad». Veamos.

1.a) Una posibilidad es reducir una hipotética pena concreta: puede disminuirse la pena que le hubiera correspondido al agente de haber consumado el delito, tras conjeturar cómo se hubiera consumado el hecho y cómo se habrían aplicado en ese caso los arts. 40 y 41 del Código Penal sobre mensuración de pena para, posteriormente, aplicar una reducción que debe oscilar entre un tercio y la mitad del monto de pena concreto hipotético (**JOFRÉ, T., 1922, El Código penal de 1922. Concordancias, bibliografía, jurisprudencia, comentarios, Bs. As., Valerio Abeledo, p. 110; MORENO, R., 1923, El Código Penal y sus antecedentes, t. II, Bs. As., H. A. Tommasi Editor, p. 418; SOLER, S., 1967, Derecho Penal Argentino, t.II, Bs. As., T.E.A., p. 240; RAMOS, J.P., 1937, Curso de derecho penal, t. IV, Bs. As., Bibliográfica Jurídica Argentina, p. 297**).

Esta tesis encuentra apoyo en la literalidad del art. 44 del CP, en cuanto dispone que lo que debe reducirse es «[...] la pena que correspondería al agente si se hubiera consumado el delito [...]». También se sostiene que la hipótesis sobre el delito consumado debe realizarse indefectiblemente, pues es necesaria para establecer el tipo penal acusado –del que se obtendrá la escala de referencia–.

Sin embargo, se objeta a esta tesis que la perspectiva en el hecho consumado socava el fundamento de la menor punibilidad de los delitos tentados; que requiere de un esfuerzo imaginativo para recrear el delito consumado que, por la necesaria subjetividad que implica, habilita un margen de arbitrariedad y discrecionalidad judicial amplio; y que la literalidad de la norma no debe interpretarse indebidamente, puesto que todo el Código Penal se vincula siempre a hipótesis futuras.

1.b) Una variante de este modo de aplicar la reducción en concreto afirma que la judicatura debe recurrir a su «buen sentido» al momento de determinar la pena concreta del delito tentado, tomando como referencia la pena del delito consumado (FONTÁN BALESTRA, C., 1966, Tratado de Derecho Penal, Parte General, t. II, Bs. As., Abeledo-Perrot, p. 400).

Sin embargo, se ha cuestionado esta propuesta por esconder una violación al mandato de clausura contenido en el principio de reserva que rige constitucionalmente en materia penal.

2) Otra alternativa es reducir la escala penal aplicable: es decir, sin conjeturar potenciales desenlaces, reducir en abstracto la escala penal. Aquí existen numerosas variantes:

2.a) Tomar como punto de partida la mitad del mínimo de la escala penal, y como máximo las dos terceras partes del máximo de la escala (GONZÁLEZ ROURA, O., 1925, Derecho penal, t. II, Valerio Abeledo, Bs. As., p. 172; ODERIGO, M. A., 1957, Código Penal anotado, Depalma, Bs. As., p. 59; MALAGARRIGA, C. C., 1927, Código Penal argentino, t. I, Librería Cervantes, Bs. As., p. 307; ARGIBAY MOLINA, J. F.; DAMIANOVICH, L.; MORAS MON, J. R., 1972, Derecho Penal, t. I, Ediar, Bs. As., p. 343).

Es decir, la pena de la tentativa quedaría definida como un intervalo entre la mitad del mínimo de la escala del delito consumado y dos tercios del máximo de esa escala. Esto puede expresarse brevemente del siguiente modo. Se afirma en defensa de esta tesis que habilita una escala penal más amplia para el juzgador y, con ello, la posibilidad de aplicar un mínimo legal más apropiado.

Sin embargo, debe enfrentarse a una sólida objeción que critica que su aplicación conduce a la incoherencia de que en el homicidio simple el máximo queda en dieciséis años y ocho meses de prisión, mayor a los quince años de prisión previstos expresamente por el segundo párrafo del art. 44 del CP para los delitos que prevén la pena de prisión perpetua.

Es decir, esta interpretación conduce a que un delito con pena divisible tentado pueda tener una pena mayor que un delito con pena de prisión perpetua tentado. Además, si se da el caso en que debe reducirse la escala del delito por tentativa y también por participación secundaria (en virtud del art. 46 del CP), la escala penal resultante es estrecha y puede lesionar el sistema de posibilidades de individualización.

2.b) De modo inverso, puede tomarse como punto de partida los dos tercios del mínimo y como límite mayor la mitad del máximo (NÚÑEZ, R., 1978, Tratado de Derecho Penal, parte general, t. II, Córdoba-Bs. As., Lerner, p. 469; NÚÑEZ, R., 1978, Manual de Derecho Penal. Parte General, Córdoba-Bs. As., Lerner, p. 274; NÚÑEZ, R., 1988, Disposiciones generales del Código Penal, Córdoba, Marcos Lerner, p. 179; JIMÉNEZ DE ASÚA, L., 1950, Tratado de Derecho Penal, t. VII, Buenos Aires, Losada, p. 622; DE LA RÚA, J., 1972, Código Penal Argentino. Parte General, Córdoba-Bs.As., Lerner, p. 602; DE LA RÚA, J., "La pena de la tentativa en el Código Penal", JA, t. 1965-I, secc. doctrina, p. 70; ZAFFARONI, E. R., 1982a, Tratado de Derecho Penal. Parte General, t. V, Bs. As., Ediar, p. 338; ZAFFARONI, E. R., 1982b, "Pena de la tentativa e interpretación restrictiva", Doctrina penal, p. 163; ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELLI, J. H., "Da tentativa. Doutrina e jurisprudencia", Editora Revista Dos Tribunais, Sao Paulo, 1992, p. 131/133; ELBERT, C. A., "El problema del cómputo de la pena de la tentativa", LL, t. 156, p. 700; TERÁN LOMAS, R. A. M., 1980, Derecho penal, pte. general, t. II, Bs. As., Astrea, p. 122; TERÁN LOMAS, R. A. M., "La escala penal de la tentativa", JA, t. 1977-III, p. 390; CARRERA, D., "Tentativa: escala penal", Semanario Jurídico, 1981, p. 303;

PINTO, H. I., "La pena del delito tentado", LL, t. 1988-B, p. 467; GONZÁLEZ NOVILLO, J., "La individualización de la pena en la tentativa", ED, t. 120, p. 135).

Esta posición también invoca la literalidad de la norma, y afirma que las expresiones «de» y «a» empleadas en el art. 44 del CP deben entenderse como reemplazo de las preposiciones «desde» y «hasta», de forma tal de reducir primero el mínimo y luego el máximo. }

Ello sería, además, coherente con toda la parte especial del Código Penal, que fija primero los mínimos de la escala penal y luego los máximos.

Cuando el legislador se ha alejado de esa forma de disponer las penas lo ha hecho de modo excepcional y expreso, como es el caso del art. 11 de la ley 23.737 para los agravantes del tráfico de estupefacientes. Interpretado el Código Penal de manera sistemática –afirman quienes sostienen esta solución– el art. 44 del CP debe leerse como integrante de un plexo y no de modo aislado.

2.c) Otra alternativa es emplear las reducciones en ese orden (es decir, dejando la reducción a la mitad para el máximo), pero reducir el mínimo en dos tercios –y no a dos tercios–; es decir, partir de un tercio del mínimo y llegar hasta la mitad del máximo (ORTEGA, "Tentativa y cooperación. Régimen punitivo previsto en el Código Penal argentino", LL, t. 1983-B., p. 1079).

Esta es la posición sostenida por esta Suprema Corte de Justicia por mayoría a partir del caso «Geredus». Lo cual me da pie para pasar a revisar sucintamente el devenir del problema que tratamos en el plano jurisprudencial.

A nivel nacional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación no se ha expedido específicamente sobre este tema, aunque sí ha aplicado un criterio en el **caso «Veira, Héctor Rodolfo s/ violación», del 8 de septiembre de 1992 (CSJN, Fallos 315:2056)**.

En esa oportunidad, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional condenó a Héctor Rodolfo Veira a la pena de seis años de prisión, accesorias legales y costas, por considerarlo autor del entonces delito de violación previsto en el art. 119 inc. 3 del CP. La defensa recurrió la decisión ante la Corte Federal, que luego de analizar los hechos y la prueba consideró que el delito había quedado tentado y no consumado. En función de ello, determinó la pena que se ajustaba a esa calificación legal.

Para ello, tomó en cuenta la falta de antecedentes penales, el tiempo transcurrido desde el hecho y la libertad de la que había gozado Veira durante el proceso, y encontró adecuado imponer el mínimo de la escala penal, teniendo en cuenta la reducción de la pena establecida por el art. 42 del CP, mínimo que fijó en tres años de prisión. Nada dijo la Corte Federal sobre el modo de interpretar el primer párrafo del art. 44 del CP, aunque si se considera que el delito de violación tenía una pena de seis a quince años de prisión, la Corte tuvo para sí que la pena mínima de la tentativa era la mitad del mínimo del delito consumado. Esta aplicación permite sostener dos de las interpretaciones de las antes reseñadas, donde el mínimo de la escala se reduce a la mitad y el máximo se reduce o bien en un tercio –quedando fijado en dos tercios del máximo–, o bien «a» un tercio. Sin embargo, existen buenas razones para relativizar el alcance de esta aplicación normativa realizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La primera es que la Corte no explicitó las razones por las cuales aplicó esa reducción y no otra. Es decir, no puede extraerse del fallo la fijación de un criterio jurisprudencial sobre el problema de la interpretación del art. 44 del CP que sea útil para resolver el plenario que ahora nos ocupa, puesto que la decisión de considerar que en ese caso el mínimo del delito tentado era la mitad del mínimo del delito consumado no fue resultado de razones expresas. La segunda razón es que el criterio corresponde al voto mayoritario de aquel Tribunal –los jueces Cavagna Martínez, Barra, Fayt, Belluscio y Nazareno– frente a la opinión minoritaria que votó por el rechazo formal del recurso –los jueces Levene (h), Moliné O'Connor y Boggiano– y a la abstención del juez

Petracchi. Considerando aquella ajustada mayoría y el hecho de que ninguno de aquellos jueces integra actualmente la Corte Federal, difícilmente puede considerarse al criterio aplicado como un antecedente jurisprudencial vinculante.

El asunto ha sido objeto de tratamiento específico por parte de la Cámara Nacional de Casación Penal (CNCP) –esto es, la última instancia federal especializada en materia penal–, que fijó la posición actualmente vigente en el plenario «Villarino, Martín» antes citado, el 21 de abril de 1994. En aquella oportunidad se estableció, por mayoría, que la reducción de la pena en un supuesto de delito tentado debe realizarse disminuyendo en un tercio el máximo y en la mitad el mínimo de la pena correspondiente al delito consumado. Esa posición se impuso a la que sostiene que el mínimo debe reducirse a dos tercios del mínimo del delito consumado, y el máximo a la mitad del máximo del delito consumado.

El mismo criterio había aplicado antes la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional en el plenario «Luna, Gustavo», del 19 de febrero de 1993. Por su parte, el Superior Tribunal de Justicia de Córdoba aplica la segunda forma de reducción (es decir, disminuye un tercio del mínimo y la mitad del máximo), según puede verse en el caso «Saquilán, Víctor Ricardo», del 25 de julio de 2012. Según el fallo «Velázquez, Manuel Leonardo» del 14 de marzo de 2006, el Superior Tribunal de Justicia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, la reducción debe realizarse del modo que propone la **Cámara Nacional de Casación Penal en «Villarino»**.

De este modo, es posible encontrar a lo largo y ancho de nuestro país tribunales que han sustentado una amplia variedad de interpretaciones, en base a argumentos más o menos recurrentes y con cierto predominio de la reducción a la mitad del mínimo y dos tercios del máximo. Lo dicho hasta aquí permite mostrar que las numerosas soluciones propuestas por la doctrina y la jurisprudencia se asientan todas ellas en argumentos racionales y convincentes, resultado de análisis meticulosos y sagaces de la norma; pero a la vez adolecen de incoherencias que, dentro del esquema de argumentos que invocan, resultan ineluctables. El núcleo del problema es la ambigua redacción de la norma, cuyo texto literal puede significar distintas cosas. Veamos: - La expresión «[...] si hubiere cometido el delito [...]» puede significar: a.- que la pena para los delitos tentados debe reducirse de un tercio a la mitad luego de hipotetizar cómo se podría haber consumado el delito, como sostiene las tesis 1.a) y 1.b), o b.- que para determinar la pena de los delitos tentados debe tomarse como referencia la escala penal prevista en la parte especial para el delito consumado, como afirman las tesis 2.a) a 2.c). - La expresión «[...] de un tercio a la mitad [...]» puede significar: a.- que la pena para los delitos tentados debe reducirse «desde» un tercio «hasta» la mitad, entendiendo «desde» como «en cuánto puede reducirse» el mínimo; como afirma la tesis **2.b)**. b.- que la pena para los delitos tentados debe reducirse «desde» un tercio «hasta» la mitad, entendiendo «desde» como «“a” o “hasta cuánto” puede reducirse» el mínimo; como afirma la tesis **2.c)**. Es decir, la literalidad de la norma, o el texto expreso de la ley, poco ayuda a dilucidar el problema interpretativo pues es precisamente la ambigüedad de sus términos lo que ocasiona las diferencias de criterio.

En nuestra provincia el abordaje judicial no es diferente al panorama nacional. La jurisprudencia permite ver la aplicación de la reducción en dos tercios del mínimo y la mitad del máximo **en «Poreiro, Francisco»** (12 de agosto de 1975, LS. 139-424), «Espejo, Jorge» (22 de noviembre de 1995, LS. 261-365), «Alvarado Funes» (9 de diciembre de 1996, LS. 269-234), «Flores Noguera» (28 de agosto de 2004, LS. 340-070), «Illa, Héctor» (13 de octubre de 2004, LS. 342-047), «Sáez Olgúin» (29 de abril de 2009, LS. 400-211) y «Salazar Cevallos» (30 de septiembre de 2009, LS 405-067). Varios de ellos fueron alcanzados por mayoría entre los jueces Herman Salvini, Pedro J. Llorente y Jorge H. Nanclares –alternativamente– y contaron con la disidencia del juez Carlos Böhm, quien consideraba que la escala reducida de la tentativa debía partir

de un tercio del mínimo del delito consumado y alcanzar la mitad del máximo. Esa disidencia se tornó mayoría en el precedente «Geredus», del 30 de agosto de 2012, oportunidad en la que el ministro Mario D. Adaro adhirió a la posición del ministro Carlos Böhm y amplió sus argumentos. Posteriormente, en «Guiñazú Samo» (14 de marzo de 2017) la Sala Segunda, integrada para ese caso por los jueces José V. Valerio, Mario D. Adaro y Pedro J. Llorente, retornó por mayoría a la primera de las interpretaciones. Desde entonces subsisten los criterios sostenidos en «Geredus» y «Guiñazú Samo» dependiendo de la integración que adopte la Sala Segunda para el caso, lo que pone de manifiesto dos extremos. Por un lado, que la discusión local difiere de la nacional en tanto no se encuentra en debate si la reducción a la mitad corresponde al mínimo o máximo de la escala, pues hay acuerdo respecto de lo segundo. Lo que se ha discutido en nuestra jurisprudencia provincial es cómo debe aplicarse **la reducción «de un tercio»** en el mínimo de la escala penal. Recapitulando, en el plano local el desacuerdo no radica en el modo de reducir el máximo de la escala del delito tentado –que es fijado en la mitad del máximo de la pena del delito consumado–, sino el mínimo. Por otro lado, lo hasta aquí relevado deja claro otro punto: la relatividad de las argumentaciones en pugna.

Ello, en tanto ambas se asientan en razones que han sido consideradas plausibles por diversos ministros de este Tribunal y que encuentran apoyo en la literalidad del art. 44 del CP. Todo ello demuestra, además, la conveniencia de definir la cuestión en una sentencia plenaria por parte de este Tribunal. Es tarea de los jueces brindar certeza respecto del modo en que se aplican las normas, tarea que cobra mayor relevancia en materia penal donde la seguridad jurídica es indispensable para una optimización del mandato constitucional de legalidad.

Constituye un desacierto, a mi criterio, intentar «descifrar» una forma de reducción «correcta», o «desentrañar» aquella que el legislador tenía en mente al redactar la ambigua fórmula legal. Según creo, como veremos luego, la tarea para la que hemos sido ahora convocados no puede erigirse sobre argumentaciones de esa naturaleza sin caer en cierto grado de arbitrariedad y decisionismo; por el contrario, debe asumirse el carácter adscriptivo de la interpretación y exponer los principios que se asientan detrás de la selección racional de un criterio de reducción de la pena. De esto me ocuparé en lo que sigue.

ii.- El punto que he intentado marcar en el apartado anterior no debe ser confundido con un radical escepticismo interpretativo, según el cual todas las lecturas que se hagan de la norma sean válidas o defendibles en igual medida.

Tal posición frente a la tarea de los jueces es poco constructiva y nada aporta a la seguridad jurídica de la comunidad. Por el contrario, he buscado mostrar las diferentes interpretaciones posibles de la norma –al menos, las más plausibles– y, muy sucintamente, los tipos de razones en que se apoyan. Está claro que el punto de partida para la interpretación de un texto legal es la literalidad de la norma, aunque la tarea no acaba allí. Así lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el conocido **caso «Acosta, Alejandro Esteban»**, donde dejó claro que «[...] para determinar la validez de una interpretación, debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra (Fallos: 304:1820; 314:1849), a la que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos (Fallos: 313:1149; 327:769).

Este propósito no puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas en la redacción del texto legal, las que deben ser superadas en procura de una aplicación racional (Fallos: 306:940; 312:802), cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho (Fallos: 310:937; 312:1484).

Pero la observancia de estas reglas generales no agota la tarea de interpretación de las normas penales, puesto que el principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional) exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la ultima ratio del ordenamiento jurídico, y con el principio pro homine que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal [...]» (CSJN, Fallos 331:858, considerando 6°).

Del pasaje citado queda claro que la «letra» de la ley es el primer elemento a considerar a la hora de asignarle sentido a la norma. Pero asignar sentido a la literalidad legal no es una tarea sencilla, pues – como afirma **SILVA SÁNCHEZ**– «[...] esa consideración del tenor literal del texto legal como límite absoluto, por mucho que se sostenga en el plano teórico, experimenta quiebras no insignificantes tan pronto como se desciende a niveles algo más concretos. A este respecto, los supuestos de erratas, errores de redacción y errores en el contenido de la ley son reveladores [...]» (**SILVA SÁNCHEZ, J. M., 2008, “La interpretación de las leyes y la cultura de los juristas”, en MONTEALEGRE LYNETT, E. & CARO JOHN, J. A. (eds.), El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 201-213, p. 210).**

Pero, además de los problemas de erratas y errores, el propio «tenor literal» puede ser ambiguo, pues la asignación de sentido a los términos legales puede hacerse según los usos sociales estables –es decir, las reglas del lenguaje ordinario– o bien en el marco de los conjuntos de sentido posibles, en uso y desuso – es decir, con criterio gramatical-normativo–; e incluso se presenta la disyuntiva entre la asignación de sentido según el uso del lenguaje ordinario de las palabras, o su sentido jurídico-técnico (**SILVA SÁNCHEZ, J. M., 2008, “La interpretación...”, cit., p. 212).**

Otro problema es si la asignación de sentido a la literalidad legal debe realizarse atendiendo a los propósitos del legislador original, o a los fines que pueden asignarse actualmente a la norma (**SILVA SÁNCHEZ, J. M., 2006, “Sobre la ‘interpretación teleológica’ en Derecho Penal”, en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO M. & GARCÍA AMADO, J. A. (eds.), Estudios de filosofía del Derecho penal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 367-395, p. 374).** En definitiva, la interpretación de enunciados normativos no es un mecanismo meramente formal, sino uno valorativo – aunque anclado a un presupuesto objetivo, que surge de la norma– (**YACOBUCCI, G., 2014, El sentido de los principios penales, Buenos Aires, BdeF, pp. 863).**

Por eso la Corte Federal, en el pasaje citado, a renglón seguido da mayor especificidad a las operaciones interpretativas que aquella que supone ajustarse al texto legal: debe buscarse que la norma no entre en pugna con otras disposiciones legales, sino que sean armonizadas; que la aplicación resultante sea racional; que no implique la pérdida de derechos; y, en materia penal, que la interpretación no pierda de vista que el principio de legalidad exige una interpretación restrictiva.

La tarea, como se advierte, es compleja y excede un mero intento de «descubrir» o «traducir» el sentido de la norma: interpretar implica «asignar sentido» a la ley dentro de un campo de sentidos literales posibles del texto legal. En ese sentido, coincido con **SILVA SÁNCHEZ** en que «[...] la interpretación es algo más que una operación cognitiva, sometida exclusivamente a criterios de verdad o falsedad.

En concreto, se considera que a la interpretación no le son ajenas las ideas de lo justo y lo injusto, lo correcto y lo incorrecto, en suma, un determinado concepto material de Derecho. De ahí que, seguramente, la realidad del proceso interpretativo se exprese mejor con los términos, usados en la doctrina alemana, de Rechtsfindung o Rechtsgewinnung (obtención del derecho). En suma, parece que la interpretación tiene algo que ver con la integración del enunciado legal en un esquema racional ordenado

a la realización de una idea (supralegal) de Derecho [...]» (SILVA SÁNCHEZ, J. M., 2006, “Sobre la ‘interpretación teleológica’...” cit., p. 370). El problema de la interpretación del párrafo primero del art. 44 del CP es un claro ejemplo de esta idea, según la cual interpretar implica «asignar sentido», más que «descubrirlo». Por mucho que pese a nuestro espíritu republicano y democrático que tiende, en su sentido más clásico, a ver a los jueces como meros aplicadores de Derecho creado por la comunidad, y no como co-creadores de ese Derecho o como co-legisladores (en este sentido, MONTESQUIEU, C. L. de S., 1748, El espíritu de las leyes, Libro XI, cap. VI, para quien «[...] los jueces de la nación, como es sabido, no son más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma [...]); lo cierto es que en la práctica de la aplicación de normas el rol subjetivo del juzgador adquiere relevancia.

Se exprese manifiestamente o no, aunque se la trate de esconder bajo un disfraz de objetividad y literalidad, la subjetividad del juez es la que, a fin de cuentas, acabará definiendo la balanza entre una u otra de las interpretaciones posibles dentro de la literalidad de la norma.

Esta concepción de «interpretar» como «asignar sentido» a la norma corresponde a una forma de poder que FERRAJOLI llama el «poder de denotación»: la interpretación de la ley, como se admite pacíficamente hoy, no es nunca una actividad solamente reconocitiva, sino que siempre es el fruto de una elección práctica respecto de hipótesis interpretativas alternativas; y «[...] esta elección, más o menos opinable según el grado de indeterminación de la previsión legal, concluye inevitablemente en el ejercicio de un poder [...]» (FERRAJOLI L., 2006, Derecho y razón, Madrid, Trotta, pp. 38-39).

Creo, en ese orden, que lo más coherente con el carácter republicano y democrático que funda nuestro Estado de Derecho es explicitar cuáles son los principios y valores a los que se orientará nuestra labor interpretativa.

De este modo, será posible a los justiciables y la ciudadanía conocer los criterios que definen la decisión y someterlos a juicios de valor. Es decir, sólo si se explicitan las premisas se permite el control intersubjetivo de la argumentación.

Sobre este punto me he expedido en otras oportunidades al explicar cómo el fundamento del deber judicial de motivar las decisiones se justifica desde el principio republicano de control de los actos estatales, desde la perspectiva de la seguridad jurídica y desde la concepción democrática e inclusiva del derecho (véase, a tales efectos, «Farres Paluj»; «Duarte Actis», «Álvarez Castillo», «Hernández, Daniel», entre otros, fallos a los que remito en honor a la brevedad).

Ahora bien ¿cómo debe orientarse la tarea del intérprete cuando la literalidad de la norma –como en este caso– no es suficiente? Según entiendo, debe tenerse en cuenta que, para que pueda ser considerada constitucionalmente legítima, una interpretación además de ser respetuosa con el tenor literal del enunciado legal también debe mostrar «razonabilidad» o coherencia, tanto axiológica como metodológica; lo que implica una adecuación a la orientación material de la norma y a los principios del método jurídico (SILVA SÁNCHEZ, J. M., 2006, cit., pp. 370-371).

Esto es lo que se conoce como «interpretación teleológica», que presupone algunas asunciones: 1) que los enunciados jurídicos responden a una finalidad (telos), un objetivo; 2) que esa finalidad puede o no estar expresada en el enunciado legal –normalmente, no–; 3) que ese objetivo puede ser descubierto o, mejor dicho, asignado; y 4) que una vez asignado un propósito a la norma, es posible reconstruir el sentido del enunciado jurídico en términos de racionalidad teleológica, es decir, ordenada a ciertos fines (SILVA SÁNCHEZ, J. M., 2006, cit., pp. 373-389).

Sólo obtenido un cierto fin es posible reconstruir el sentido de los enunciados de modo adecuado para alcanzar ese objetivo. Esto es lo central de la interpretación teleológica, pero no es sencillo por –al menos– dos motivos. Por una parte, porque los enunciados penales –como los enunciados normativos en general– pueden no perseguir un único objetivo, sino varios, y en ocasiones éstos pueden ser contrapuestos. En segundo lugar, porque identificar el objetivo demanda un razonamiento cuyos límites son poco claros (SILVA SÁNCHEZ, J. M., 2006, cit., pp. 387-388).

Sin embargo, creo que estos problemas son sólo aparentes, pues en verdad no hacen más que aportar criterios para valorar o meritar la labor interpretativa. En otras palabras, es precisamente la identificación de fines por parte del intérprete lo que permite justificar y cuestionar los parámetros en los que se desarrolla la asignación de sentido al enunciado normativo.

Dicho esto, me ocuparé entonces de identificar los fines de la norma que, a mi juicio, resultan relevantes a la hora de asignar sentido al párrafo primero del art. 44 del CP. En primer lugar, a mi juicio está claro que la norma pretende sancionar con menos penalidad la comisión de un hecho que no se concreta en el resultado dañoso y que potencialmente podría haber ocurrido. No interesa aquí el debate en torno al fundamento de la punición de la tentativa (un panorama al respecto puede verse en JAKOBS, G., 1995, Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación, Madrid, Marcial Pons, pp. 859-880; SANCINETTI, M., 1991, Teoría del delito y disvalor de la acción, Buenos Aires, Hammurabi, 15-115; SANCINETTI, M., 1995, Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa, Bogotá, Temis, pp. 123-174), sino que alcanza –para los propósitos de este fallo– con reconocer el hecho de que en nuestro Código Penal, los intentos frustrados de cometer un delito se reprimen con menos pena que los que alcanzan su objetivo. La razón que se encuentra detrás de esta menor punibilidad es que los delitos intentados merecen menos reproche que los consumados.

Este objetivo no está explicitado en la norma, pero sí aparece implícito y puede ser inducido a partir de ella. La inducción –o inducción incompleta, según la teorización de ALONSO– es el «[...] procedimiento según el cual se obtiene o justifica una generalización a partir de un conjunto finito de casos verificados con la pretensión de que la generalización obtenida se aplique a muchos otros más casos (que los verificados) [...]» (v. ALONSO, J. P., 2018, “Principios implícitos y fuentes sociales del derecho”, en DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 41, pp. 63-83). En este caso, las reglas contenidas en el art. 44 del CP –un artículo de la parte general de ese cuerpo normativo– permiten inducir que en nuestro sistema jurídico la tentativa debe sancionarse con menor penalidad que los delitos consumados. Una segunda finalidad que considero debe tenerse en cuenta –y con la cual es coherente la anterior– es el respeto del principio de culpabilidad. Este principio trasunta el diseño de nuestro sistema jurídico penal y exige –como mínimo– 1) que para que pueda imponerse una pena se verifique una conducta atribuible a una persona (atribuible en el sentido de que debe haber tenido alternativas de acción); y 2) que la medida de la pena se vincule con la magnitud de la responsabilidad del autor. Tampoco se trata de un objetivo expreso, en el sentido de que ninguna norma de nuestro sistema legal lo reconoce explícitamente. Sin embargo, existe un amplio acuerdo en relación a que se trata de un presupuesto o una asunción del sistema republicano, a la vez que un pilar del Estado de derecho, y en ese orden es un principio fundamental del diseño constitucional en materia penal contenido en los arts. 18 y 19 de la CN (véase BACIGALUPO, E., 1999, Principios constitucionales de derecho penal, Buenos Aires, Hammurabi, pp. 137-153; YACOBUCCI, G., 2014, El sentido de los principios ..., cit., pp. 339-343; ZIFFER, P., 2013, Lineamientos de la determinación de la pena, Buenos Aires, Ad Hoc, pp. 59-92 y 120-125; asimismo, en cuanto a su reconocimiento

jurisprudencial, puede verse CSJN «Gramajo», Fallos 329:3680; «Maldonado», Fallos 328:4343, entre otros; y de este Tribunal, mi voto en «Plenario Ibáñez Benavidez»).

De este principio se deriva un tercero que tendré en consideración por cuanto permite asignar una finalidad a la norma y al diseño del sistema penal: el principio de proporcionalidad. Este criterio para la determinación de la pena trasunta el Código Penal (y la tradición jurídica en que estamos insertos, es decir, el derecho comparado occidental) y exige que la magnitud de la pena sea definida en razón del hecho cometido. Existen diferentes modos de comprender el principio de proporcionalidad (véase, por caso, FEIJOO SÁNCHEZ; B., 2007, Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho penal, Buenos Aires, BdeF, pp. 691-692; HÖRNLE, T., 2001, “La concepción anticuada de la culpabilidad en la jurisprudencia y doctrina tradicionales de la medición de la pena”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, t. 54, n. 1, pp. 403-430); aunque todos ellos conducen a la misma conclusión, esto es, que el delito tentado no puede tener la misma pena que el consumado. Bien, hasta aquí he identificado los principales fines que deben considerarse para luego situar la interpretación teleológica que entiendo aplicable al caso. Encuentro pertinente, además, explicitar tres principios interpretativos que guiarán –ideológica y metodológicamente– la asignación de sentido al párrafo primero del art. 44 del CP a la luz de aquellas finalidades.

Me refiero, por un lado, al mandato de máxima taxatividad interpretativa y al Derecho penal como instrumento de reducción y contención de la violencia estatal, derivados del principio de legalidad – consecuencia, a su vez, del sistema republicano liberal que se encuentra en las bases de nuestra Constitución Nacional– (sobre el punto, véase ALBERDI, J. B., 2017 (1873), Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina, Buenos Aires, Biblioteca del Congreso de la Nación, cap. XVIII). Por otro lado, a la racionalidad como mecanismo de interpretación armónica de las normas (véase CSJN, Fallos 312:111, cons. 8; 320:1962, cons. 6; 329:2419; 310:1390; 312:1036 y 327:1507).

En este último plano encuentro que la dogmática jurídico-penal permite racionalizar la intervención de aspectos teleológicos y axiológicos en la construcción del sistema, y de ese modo evaluar cuáles son los valores de referencia en cada categoría, cuáles son las finalidades que inciden en la atribución de contenido a cada concepto y qué valores resuelven esas atribuciones de contenido, todo ello con la pretensión de sentar bases calculables para el Derecho penal (SILVA SÁNCHEZ, J. M., 1992, Aproximación al Derecho penal contemporáneo, Barcelona, Bosch Editor, p. 67).

El tipo de análisis sistemático y racional que ofrece la dogmática permite no sólo tomar en cuenta los valores del sistema normativo para asignar sentido a sus enunciados legales, sino también poner en relación unas normas con otras para armonizar su contenido.

Esa racionalidad debe entonces atender a un triple orden: el contexto inmediato de la norma (en este caso, el resto del art. 44 del CP, y no sólo el primer párrafo); el contexto general de la norma (el resto del articulado del Código Penal) y los principios que surgen de la Constitución Nacional y los tratados internacionales sobre derechos humanos.

iii.- Establecidas estas bases quedamos en posición de atribuir sentido al párrafo primero del art. 44 del CP. En este orden, entre las interpretaciones que se apegan a la literalidad de la norma encuentro que la adoptada en el fallo «Geredus» es la que más se ajusta a las finalidades antes referidas, esto es, que la escala penal de los delitos tentados debe reducirse a una escala fijada entre un tercio del mínimo y la mitad del máximo de la escala prevista para el delito consumado. Veamos.

a.- El primer argumento que me conduce a sostener esta interpretación frente a las demás posibles radica en la racionalidad interna del art. 44 del CP. Para esto será necesario tener presente el artículo completo:

«Artículo 44: La pena que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad. Si la pena fuere de reclusión perpetua, la pena de la tentativa será reclusión de quince a veinte años. Si la pena fuese de prisión perpetua, la de tentativa será prisión de diez a quince años. Si el delito fuera imposible, la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducirse al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelada por el delincuente». Atribuir sentido al párrafo primero es algo que debe hacerse de modo tal que las escalas de la tentativa imposible, la prisión y la reclusión perpetua y la tentativa en general (residual) sean todas coherentes entre sí y no presenten contradicciones axiológicas.

Esto supone que el mínimo posible será la no penalización prevista para la tentativa imposible, mientras que el máximo posible será de veinte años para las penas de reclusión, o quince años para las penas de prisión. Esos márgenes conforman el intervalo general dentro del cual debe ubicarse una lectura del párrafo primero que sea respetuosa del principio de proporcionalidad. Dicho con claridad: si los delitos más graves (aquellos conminados con prisión o reclusión perpetua) tienen una pena para los casos en que no son consumados sino tentados de veinte y quince años de prisión según el tipo de pena, la pena para los restantes delitos (conminados con penas divisibles) no puede superar ese límite. No sin, al menos, vulnerar el principio de proporcionalidad y tornarse irracionales. Lo mismo ocurre para el mínimo: si el mínimo para la tentativa imposible es la eximición de pena, la no penalización es la referencia límite para la base de la escala.

Esto nos permite excluir, como primera medida, la interpretación reseñada al comienzo –en el punto i de este voto– como «2.a.», según la cual debe tomarse como punto de partida la mitad del mínimo de la escala penal y como máximo las dos terceras partes del máximo de la escala. Ello por cuanto esta interpretación conduce a la incongruencia de que en el homicidio simple el máximo queda en dieciséis años y ocho meses de prisión, mayor a los quince años de prisión previstos expresamente por el segundo párrafo del art. 44 del CP para los delitos que prevén la pena de prisión perpetua.

De forma tal que asignar este sentido al primer párrafo del art. 44 del CP vulnera el principio de proporcionalidad, en la medida en que habilita que la tentativa de un delito conminado con pena divisible pueda tener más pena que la tentativa de un delito más grave, conminado con pena de prisión perpetua. Según el criterio aquí propiciado, la tentativa de homicidio simple –cuya consumación están conminada con prisión o reclusión de ocho a veinticinco años (art. 79 del CP)– queda sujeta a una escala de dos años y ocho meses a doce años y seis meses de prisión o reclusión. Esta reducción es coherente con la tentativa de homicidio agravado –conminada en caso de consumación con prisión o reclusión perpetua– que según el art. 44 del CP queda con una escala de prisión de diez a quince años de prisión o quince a veinte de reclusión. Ahora bien, no se me escapa que en el precedente «Guiñazú Samo» la mayoría del tribunal destacó una inconsistencia que el criterio que propicio produciría –y no evitaría–. El agudo ejemplo allí analizado consiste en el desistimiento de una tentativa de homicidio, que sin embargo alcanza a consumir lesiones gravísimas. El razonamiento subsiguiente cuestiona que, por imperio del art. 43 del CP, el desistimiento de la tentativa de homicidio no esté sujeto a pena, pero subsista el delito de lesiones gravísimas. La pena para este último delito es de tres a diez años (art. 91 del CP), cuyo mínimo es superior a los dos años y ocho meses de la tentativa de homicidio simple reducida según la escala que surge del precedente «Geredus» y a la que adhiero.

En razón de ello, la mayoría en «Guiñazú Samo» propugna el criterio según el cual el mínimo de la escala debe ser reducido a dos tercios, del que resulta como mínimo para el homicidio simple la pena de cinco

años y cuatro meses de prisión. Sin embargo, a mi juicio este ejemplo está basado en asunciones, no explicitadas, que no comparto.

Por eso, no creo que realmente demuestre una incongruencia que represente un problema para la interpretación que propicio. Veamos. En primer lugar, debe tenerse en cuenta el argumento ofrecido por la disidencia en «Guiñazú Samo» al respecto, que remarca la necesidad de incluir en el razonamiento a la individualización judicial de la pena. Es decir, el deber de la judicatura de tomar en cuenta –entre otros factores– la naturaleza de la acción, la extensión del daño causado y las circunstancias personales del autor, lo que puede tener como consecuencia un alejamiento del mínimo de la escala penal.

En segundo lugar, el ejemplo agrupa para el análisis dos situaciones que merecen distinto tratamiento jurídico: el desistimiento de la tentativa y la tentativa punible. Por un lado, debemos analizar los casos de desistimiento de la tentativa, no punible según el art. 43 del CP. Esta norma pretende proveer al autor de un motivo pro tanto para no cometer el resultado dañoso una vez que ha comenzado su ejecución.

Es decir, tiene **un claro fundamento políticocriminal, que radica en evitar la efectiva afectación de un bien jurídico**. Estemos o no de acuerdo con esta norma, lo cierto es que contiene la respuesta que el legislador ha acordado brindar a estos casos. Sin embargo, la lógica que está detrás de esta decisión legislativa no deja de lado la punición del autor, puesto que en casos como el ejemplificado en «Guiñazú Samo» la acción penal persiste por los demás delitos que puedan concurrir con el desistido, como es el caso de las lesiones gravísimas a las que se alude en el ejemplo.

Dicho en términos claros: la ley promueve que el autor desista de su intención homicida beneficiándolo con la impunidad, pero esa impunidad no es «absoluta», puesto que los demás delitos que haya implicado su conducta y que se hayan consumado –o tentado pero no desistido– son punibles.

Es decir, el ejemplo solamente demostraría una inconsistencia si se dejan de lado las reglas del concurso de delitos, lo cual no constituye un razonamiento sistemático adecuado. Por otro lado, se encuentra el caso de la tentativa de homicidio no desistida, que tiene un mínimo menor a la consumación de lesiones gravísimas. Aquí encuentro dos problemas.

El primero es que la crítica está muy asociada al caso ejemplificado, donde el agresor asesta violentamente puñaladas a la víctima para matarla. Creo que la conclusión de este argumento supone una generalización apresurada, pues presupone que en ese caso se impondría la pena mínima por la tentativa de homicidio –lo que no estaría exento de polémica–. Indudablemente la casuística brindará supuestos en los que la tentativa de homicidio no desistida merezca el mínimo de la escala penal; pero también otros donde la sola tentativa se haya dado en circunstancias tales que la pena proporcional y adecuada a la culpabilidad del autor esté alejada del mínimo de la escala. La conclusión de que esto supone una inconsistencia se debilita notablemente si se toma en cuenta este extremo.

El segundo problema es totalmente valorativo: la verdad de la conclusión se asienta en una valoración personal –pero que no surge del texto legal– según la cual es más grave «intentar un homicidio» que «consumar unas lesiones gravísimas».

Esta conclusión también es apresurada. Si bien el máximo de la tentativa de homicidio es de doce años y seis meses de prisión –según ambas formas de calcular la reducción de la escala–, lo cual es mayor a los diez años de prisión del máximo de la escala de las lesiones gravísimas consumadas, lo cierto es que el máximo de la escala no nos dice demasiado sobre «qué delito es más grave», puesto que la diversidad de situaciones que pueden presentarse en la casuística es variada y cada una implicará **afectaciones de bienes jurídicos en distinto grado**.

A este respecto, conviene tener en cuenta que las lesiones gravísimas son aquellas que producen una enfermedad mental o corporal cierta o probablemente incurable, o la inutilidad permanente para el trabajo, o la pérdida de un sentido, órgano o miembro o de su uso; o la pérdida de la palabra o la capacidad de engendrar o concebir (art. 91 del CP). Se trata de consecuencias muy graves para la salud y posterior calidad de vida de una persona, y dudosamente puede afirmarse de modo genérico que este delito siempre será menos grave que un homicidio tentado (sólo en base a que el máximo de la pena es menor). Dicho en términos claros: no podemos presumir de manera abstracta y genérica que las lesiones gravísimas sean menos graves que la tentativa de homicidio simple. Menos aún que la desistida. Y menos aún, cuando ambas afectaciones de bienes jurídicos se producen en un mismo acto que –según la norma penal– no debe quedar impune.

En definitiva, considero que el ejemplo en cuestión no constituye un problema para el criterio que he seguido. b.- Ahora bien, el parámetro que he defendido para reducir la escala de la tentativa aporta –a su vez– un segundo argumento a favor de la tesis aquí defendida, puesto que dentro del universo de opciones de interpretación del enunciado normativo en cuestión, la que fija el mínimo de la tentativa en un tercio de la pena prevista para el delito consumado es la que más se aproxima a la base mínima general –la eximición de pena–. c.- De este razonamiento se derivan, a su vez, dos argumentos sistemáticos más para sostener la posición aquí defendida. Por una parte, es más coherente con el orden en que se formulan las escalas en las otras reglas del art. 44 del CP, que colocan primero el mínimo y luego el máximo de la escala. Así, la norma enuncia que «[...] Si la pena fuere de reclusión perpetua, la pena de la tentativa será reclusión de quince a veinte años. Si la pena fuese de prisión perpetua, la de tentativa será prisión de diez a quince años [...]»; y del mismo modo están enunciadas las escalas penales en la Parte Especial. Es decir, interpretar la reducción «de un tercio a la mitad» de este modo hace a la coherencia interna del artículo y del cuerpo normativo donde éste se encuentra inserto. d.- Por otra parte, esta tesis es la que ofrece al juzgador o juzgadora una escala más amplia para aplicar los criterios de mensuración de pena previstos en el art. 41 del CP. Este argumento me permite privilegiar esta tesis por sobre la sostenida por mayoría en el caso «Guiñazú Samo», que reduce el mínimo «en un tercio» –y no «a un tercio», como aquí– y el máximo «a la mitad». Ahora bien, uno podría preguntarse ¿por qué debería privilegiarse una interpretación que brinda mayor ámbito de discrecionalidad al juez? Este es uno de los argumentos que se emplean para descartar las tesis reseñadas al comienzo como 1.a) y 1.b), según la cual el juez debe hipotetizar sobre la pena que hubiera correspondido al autor de haberse consumado el hecho, y luego reducirla. Se ataca esta posición precisamente porque habilita un margen de arbitrio judicial excesivo, que puede redundar en un perjuicio para el justiciable.

Sin embargo, creo que la situación aquí es diferente. La tesis aquí defendida no requiere al juez imaginar cómo habría acabado el hecho para calcular una también hipotética pena que luego se reduciría –tal la operación que abre un subjetivismo excesivo–. La reducción aquí propiciada abre el mayor espectro de penalidad, dentro del cual es el juez quien puede evaluar la cantidad de pena, siempre dentro de una escala reducida y que corresponde a un hecho que no se concretó en el resultado dañoso. Se trata de un ámbito de discrecionalidad, pero no es excesivo por, al menos, tres razones. Por una parte, porque la aplicación del criterio aquí sostenido no exime al juez de su deber de justificar la determinación de pena que efectúa a la luz de los parámetros contenidos en los arts. 40 y ss. del CP (**sobre este extremo, véase «Driuzzi», «Amaya Estrella», «Arce, Jorge Ceferino», «Zeballos Verduguez», entre otros**).

Y esa motivación no incluye, como las tesis 1.a) y 1.b), una explicación hipotética y necesariamente subjetiva acerca de cómo podría haberse consumado el hecho, cómo debería individualizarse la pena en ese caso y de qué manera debería –en una operación racional independiente– reducirse.

Dicho en términos claros: en ambos casos se exige fundamentación, aunque sólo en el primero esa motivación no demanda una creatividad subjetiva del juez y, por eso, se abre menos espacio a la discrecionalidad.

Es decir, podemos hablar aquí de una «amplitud racional y legalmente condicionada» de la escala penal. Por otra parte, la mayor apertura de la escala penal propiciada por la tesis que aquí se propicia está definida por un mínimo menor que, necesariamente, es más próximo a la eximición de pena prevista para la tentativa imposible. Es decir, desde un punto de vista de sistematicidad axiológica interna del artículo, esta posición favorece la lógica de continuidad entre las distintas reducciones previstas en el art. 44 del CP. Y por otro lado, la amplitud racional y legalmente condicionada de la escala penal antes señalada facilita la realización de dos de las finalidades que fueron identificadas en el apartado ii) de este voto, esto es, la realización del principio de culpabilidad por el hecho y del principio de proporcionalidad. Esto, por cuanto un mayor margen de escala penal genera una mayor posibilidad de que la reacción pública estatal se adecue a las necesidades de contestar el hecho concreto que realiza el autor (sobre esta función de la pena, véase mi voto en «Plenario Ibáñez Benavídez»). Puesto en términos claros, la forma de reducción aquí propiciada garantiza una aplicación de penas más ajustada al principio de proporcionalidad, en la medida en que la escala no aparece como un tope y permite al juez individualizar la pena de manera más ajustada a las necesidades del caso concreto.

e.- Pero además, también la lectura del art. 44 del CP vinculada con otras normas de nuestro sistema jurídico y evaluada a la luz de los criterios interpretativos explicitados en el apartado anterior conduce a adoptar la tesis que sostengo. Veamos.

e.1.- Por una parte, esta tesis se ajusta en mejor medida al carácter subsidiario y de ultima ratio de la intervención penal. El Derecho penal deja de ser necesario para proteger a la sociedad cuando la protección puede conseguirse por otros medios, que serán preferibles en cuanto sean menos lesivos para los derechos individuales. La subsidiariedad coloca al Derecho penal como el último recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos, y junto con el carácter fragmentario del Derecho penal integra el llamado «principio de intervención penal mínima» (MIR PUIG, S., 1995, Derecho penal. Parte general, Barcelona, PPU, p. 98). Ahora bien, si la función de la pena es refutar el hecho al menor coste para el autor, una escala penal más amplia permite cumplir la función preventiva de la amenaza penal a un menor costo para quien delinque. Y esto se registra en instituciones concretas: la condena de ejecución condicional (arts. 26 y ss. del CP) y la suspensión del juicio a prueba (arts. 76 y ss. del CP). La condenación condicional es un instituto previsto para los casos de «[...] primera condena a pena de prisión que no exceda de tres años [...]» (art. 26 del CP). En la medida en que el mínimo de la escala para el delito tentado se ve disminuido, mayor será el caso de delitos que puedan recibir una condena de hasta tres años de prisión que habilite la condenación condicional. Un ejemplo es el homicidio simple antes analizado: si el mínimo de la escala queda fijado en dos tercios del mínimo del delito consumado, el mínimo del homicidio simple es de cinco años y tres meses de prisión, y según la tesis que reduce el mínimo a la mitad, es de cuatro años. De modo que sólo según la tesis aquí propiciada es de aplicación la condenación condicional frente a un homicidio simple.

Exactamente lo mismo ocurre con la suspensión del juicio a prueba, prevista en el Código Penal para los delitos «[...] de acción pública reprimido[s] con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años [...]» (art. 76 bis del CP).

Una vez más, podríamos preguntarnos por qué habría de privilegiarse una interpretación que posibilite aplicar otro instituto de la parte general del Código Penal a una mayor cantidad de casos. Razones de **tres tipos explican esto**.

En primer orden, no puede perderse de vista el **efecto desocializador** –reconocido ampliamente por la doctrina– de las penas breves de prisión efectiva. Esto, de por sí, torna políticocriminalmente recomendable ampliar el ámbito de aplicabilidad de institutos como los mencionados. Por otro lado, esta interpretación es sistemáticamente adecuada en la medida en que supone dar mayor alcance a un instituto previsto en el mismo cuerpo normativo que el que prevé la reducción de la escala para delitos tentados.

En este orden, es orientativa la tradicional doctrina de la Corte Federal según la cual «[...] en la interpretación de la ley se debe evitar asignarle un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, correspondiendo adoptar como verdadero criterio el que las concilie y suponga la integral armonización de sus preceptos» (v. CSJN, Fallos 324:1481, 2153, 2780, 3876; 325:1731; 327:769, 5091; 328:2627, recientemente ratificada en 344:3782). Si bien una intelección del artículo distinta a la aquí sustentada no implica **una contradicción lógica entre las normas del Código Penal, sí supone cierta contradicción axiológica** entre una norma que reduce la penalidad para delitos que no se concretan en el resultado dañoso, y otras normas que –con un propósito similar– pretenden estrechar el margen de violencia estatal implicado en la imposición de penas.

Por último, aquí es donde la interpretación teleológica juega un rol decisivo para asignar sentido a reglas jurídicas concretas en función de la finalidad del sistema jurídico. Como señalé antes, existen razones vinculadas al diseño político de nuestro Estado de Derecho –republicano y, por ello, liberal– que determinan la adopción de finalidades latentes o inmanentes, que están «detrás» de los principios y reglas jurídicos explícitos. Esto nos permite entender al Derecho penal como un instrumento para limitar el poder punitivo estatal –además de la clara función de contestar conductas definidas como delito–, lo que supone que, ante diversas interpretaciones de la norma que se ajustan a su literalidad, sea teleológicamente adecuado dar preeminencia a la que posibilita una reducción de la violencia estatal –sin desmedro de las demás finalidades del Derecho penal y del castigo–. Es decir, implica **una mayor taxatividad** en la interpretación, lo que favorece la realización del principio de legalidad.

e.2.- Por otra parte, el sentido que aquí se propone para el párrafo primero del art. 44 del CP también conduce a consecuencias beneficiosas en un plano más general del sistema jurídico, analizado conjuntamente. Esto es, a la luz de un análisis de coherencia axiológica de la norma interpretada con el resto del sistema normativo en el que tiene influencia. Así, el argumento señalado en punto a la condena de ejecución condicional y la suspensión del juicio a prueba tiene particular impacto en la aplicación del derecho en la provincia de Mendoza. Aquí, la suspensión del juicio a prueba está regida por el Código Procesal Penal local (conc. con la remisión del art. 76 del CP), y el argumento señalado en el apartado anterior se refuerza puesto que, según la regulación mendocina, este instituto procede «[...] cuando sea de aplicación el artículo 26 del Código Penal [...]» (art. 30 del CPP). Algo similar, y fundamental para la aplicación práctica y cotidiana del Derecho, ocurre con el instituto de la prisión preventiva. Uno de los parámetros que tienen relevancia para determinar la procedencia o no de esta medida cautelar es la

expectativa de pena a la que se enfrenta el acusado. Debe quedar claro que de la gravedad del hecho no se sigue la procedencia de la prisión preventiva – medida cautelar de naturaleza excepcional–.

Como he sostenido previamente, «[...] una sociedad democrática sólo puede tolerar la institución «prisión preventiva», entre otros requisitos, cuando el hecho que se le atribuye al acusado es de tal gravedad que supone el cuestionamiento de normas que pertenecen al núcleo duro de la identidad normativa de dicha sociedad. En efecto, la importancia del peso social de la norma defraudada constituye uno de los presupuestos fundamentales para la procedencia de la prisión preventiva [...]. Sin embargo, no basta el pronóstico de una eventual condena de cumplimiento efectivo para justificar ante la sociedad la prisión preventiva del acusado [...]» (conf. «Habeas corpus correctivo y colectivo», CUIJ n° 13-03815694). Ahora bien, a los efectos del problema que nos ocupa basta con tener en cuenta que actualmente la normativa procesal local contiene previsiones respecto al modo en que la procedencia de la condena de ejecución condicional debe ser tenida en cuenta al definir la procedencia de la prisión preventiva: «[...] Casos de flagrancia. Se dispondrá la prisión preventiva cuando prima facie estuviere acreditado el hecho delictivo y la participación en él del imputado sorprendido in fraganti (art. 288), exista merecimiento de pena privativa de libertad y no aparezca procedente, en principio, la aplicación de condena de ejecución condicional [...]» (art. 293 inc. 1 del CPP); o «[...] Casos en que no aparezca procedente la condena condicional. Cuando se acrediten elementos de convicción suficientes que justifiquen la existencia del hecho delictivo y se pueda sostener como probable la participación punible del imputado, se dispondrá su prisión preventiva cuando resulte imposible obtener una condena de ejecución condicional, en razón de cualquiera de las siguientes circunstancias [...]» (art. 293 inc. 2 del CPP).

De manera tal que la interpretación que se adopte en materia de reducción de la escala de la tentativa impacta sobre la procedencia de la prisión preventiva como medida cautelar, y ello no puede ser obviado del análisis que ahora nos ocupa. Según los criterios teleológicos que he expuesto, una interpretación que restrinja los casos en que puede coartarse la libertad personal y limite el poder punitivo estatal debe privilegiarse.

Esto es, además, coherente con la regla interpretativa que –a efectos de determinar el alcance de las normas procesales locales– prevé el art. 2 del CPP.

e.3.- Por último, y en refuerzo de lo dicho anteriormente, la interpretación que aquí se propugna es la más coherente con los fundamentos de nuestro orden constitucional. He mostrado cómo la tesis aquí defendida implica diversas formas de limitar el poder punitivo estatal sin perjudicar la consecución de los objetivos que persigue la investigación y sanción de las conductas criminales. Así, a) permite la aplicación de penas más ajustadas a las necesidades concretas de castigo en cada caso; b) posibilita una más amplia aplicación de la condena de ejecución condicional y de la suspensión del juicio a prueba; y c) permite acotar el margen de casos en los que la prisión preventiva resulta procedente. Por los motivos expuestos, propongo al acuerdo plenario la interpretación del primer párrafo del art. 44 del CP según la cual la pena para los delitos tentados debe reducirse a una escala fijada entre un tercio del mínimo y la mitad del máximo de la escala prevista para el delito consumado. ASÍ VOTO.

Voto del Dr. Gómez

SOBRE LA CUESTIÓN A RESOLVER, EL **DR. JULIO R. GÓMEZ** DIJO, POR SU VOTO: En oportunidad de expedirme sobre la cuestión para la que nos convoca este llamado a plenario, debo señalar que comparto la interpretación que propicia el voto preopinante y según la cual la escala penal de la tentativa debe reducirse descontando un tercio al mínimo de la escala del delito consumado, y la mitad al máximo de esa escala.

En lo sucesivo, explicaré las razones que me conducen a sustentar esta solución.

Tal como han destacado mis colegas previamente, la aparente sencillez de la fórmula legal, según la cual la «[...] pena que correspondería al agente, si hubiera consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad [...], a poco que el intérprete comienza a analizarla encuentra problemas que han sido calificados por la doctrina como «insolubles».

Entre ellos destaca la cuestión relativa a si la reducción debe hacerse en abstracto y en la escala o si debe reducirse la pena concreta que habría cabido (a); y sobre el modo de reducir el mínimo y el máximo de la eventual escala (b).

Sobre cada cuestión, prácticamente no ha habido solución que no se propusiera en la doctrina y jurisprudencia. Personalmente, me convencen las razones y el estudio que de la cuestión ha realizado el doctor Jorge de la Rúa, en su seminal investigación cuyo resultado fue publicado bajo el título «La pena de la tentativa en el Código Penal» (ver, al respecto, Revista Jurisprudencia Argentina, 1965-I, serie moderna, pp. 70-74) y que fue ratificada posteriormente en su obra sobre la parte general del Código Penal (DE LA RÚA, Jorge, Código Penal Argentino, parte general, Ed. Lerner, Bs. As., 1972, , pp. 600/602).

a.- Respecto de la cuestión sobre si debe derivarse de la norma una escala o si debe reducirse la pena concreta que correspondería al autor en caso de haber consumado el delito –tesis esta sostenida por Jofré y Soler (v. JOFRÉ, Tomás, El Código Penal de 1922, Bs. As., 1922, p. 110; SOLER, Sebastián, Derecho penal argentino, Bs. As., 1945, t. 2, p. 240, respectivamente)– De la Rúa aporta dos sólidos argumentos para sostener lo primero. Por una parte, explica que establecer una condena para el hipotético caso en que el delito se hubiera consumado para luego reducirla sería llevar la interpretación a consecuencias inadmisibles, dado que «[...] otro es el sentido del condicional utilizado por la ley. Él deriva de la institución que regula: la tentativa. Esta supone su referencia o tendencia a un delito concreto y determinado, y a esto obedece la formulación condicional del precepto. En otros términos, la ley quiere referirse a la pena que corresponde al delito cuya tentativa se castiga, para lo cual, sin embargo, ha utilizado una terminología desafortunada. Terminología desafortunada que no utiliza, en cambio, en el caso de complicidad secundaria, donde se habla de “...la pena correspondiente al delito...”» (DE LA RÚA, «La pena de la tentativa...», cit., p. 71; también DE LA RÚA, Código Penal Argentino..., cit., pp. 600/601). Por otro lado, explica que sostener que la pena concreta e hipotética que habría cabido para el caso de consumación es lo que debe reducirse complica injustificadamente las cosas, puesto que quienes sostienen esa tesis igualmente llegan –indirectamente– a una verdadera escala abstracta y autónoma para la tentativa que funciona como límite. En expresas palabras del autor: «[...] ¿Para qué entonces obligar al juez –con riesgo de deformar el material fáctico sometido a su juzgamiento– a realizar un procedimiento hipotético a todas luces innecesario, dado que él es soberano en una escala inmodificable?» (DE LA RÚA, «La pena de la tentativa...», cit., p. 71). b.- Dilucidada esta primera cuestión, corresponde justificar el tipo de reducción que conforma la escala. Comparto, aquí también, los argumentos provistos por Jorge De la Rúa. Una opción es reducir el mínimo a la mitad y el máximo a los dos tercios (así, GONZÁLEZ ROURA, Octavio, Derecho penal, Bs. As., 1922, t. 2, pp. 142/143; MALAGARRIGA, Carlos, Código penal argentino, Bs. As., 1927, t. 1, pp. 307 y ss.; ODERIGO, Mario A., Código penal anotado, Bs. As., 1942, p. 58; NÚÑEZ, Ricardo C., Derecho penal argentino, Bs. As., 1960, t. 2, pp. 467 y ss., entre otros). Sin embargo, aplicar esta reducción conduce a situaciones inadmisibles, como establecer para la tentativa de delitos menos graves (v. gr., el homicidio simple, en la pena de prisión, de 4 a 16 años y 8 meses) una escala penal cuyo máximo es mayor que la correspondiente a la tentativa de delitos más graves (v. gr., homicidio calificado, de 10 a 15 años de prisión).

Esta objeción aporta además un criterio límite: la reducción del máximo de la pena establecida para el delito consumado ha de ser, en todo caso, de la mitad. Ello pues la solución que se provea al problema interpretativo debe ser general, no puede salvarse el obstáculo pretendiendo solucionarse los casos singulares a modo de excepciones (DE LA RÚA, «La pena de la tentativa...», cit., p. 72; DE LA RÚA, Código Penal Argentino..., cit. p. 601). L

a reducción del máximo de la escala a la mitad que surge de este criterio es, además, coherente con el criterio que informa el Código Penal que formula las escalas penales mencionando primero el mínimo y luego el máximo. De modo que lo que queda es determinar cómo reducir el mínimo de la escala, puesto que el máximo se reduce a la mitad. Aquí me convencen las dos razones aportadas por De la Rúa, quien propicia –como en el voto preopinante de este plenario– la reducción del mínimo a dos tercios del mínimo del delito consumado.

La primera es el sentido gramatical de la expresión «de un tercio a la mitad» empleada en el Código Penal, que debe ser entendida como «desde» o «a partir de»; lo cual es coherente con la conclusión del apartado anterior que conduce a interpretar la preposición «a» como «hasta» la mitad (DE LA RÚA, “La pena de la tentativa...”, cit., p. 72; DE LA RÚA, Código Penal Argentino..., cit. p. 602). El segundo radica en los precedentes del Código Penal. La fórmula del art. 44, párrafo primero del CP reconoce su origen en el Proyecto de 1891, cuyo art. 68 disponía «[l]a pena que correspondería al agente si hubiese consumado el delito se disminuirá en un tercio». Esa fórmula se mantuvo idéntica en el proyecto de 1906, en su art. 47. La terminología es clara y reduce el mínimo de la tentativa a las dos terceras partes del mínimo del delito consumado.

En el proyecto de 1917 se modificó la fórmula en su redacción originaria por la que tiene el Código actualmente vigente, y la exposición de motivos dijo al respecto que se mantenía el régimen anterior: «[l]a Comisión acepta el criterio relativo al desistimiento y a la escala de penas, teniendo en cuenta los antecedentes nacionales y extranjeros, como asimismo las imposiciones de la práctica» (conf. DE LA RÚA, “La pena de la tentativa...”, cit., p. 72; DE LA RÚA, Código Penal Argentino..., cit. p. 602). El régimen finalmente aprobado no es idéntico al de los proyectos previos, pues agrega a la reducción del mínimo el límite máximo de la mitad.

Sin embargo, como señala De la Rúa, «esta actitud liberal del legislador es lo que motiva la modificación gramatical. Ya no se puede decir “en un tercio a la mitad”, sino, lógicamente, “de un tercio a la mitad”. Cuando los precedentes indican una tendencia determinada, (reducir a dos tercios), y cuando la fuente inmediata de la norma (en el caso, Proyecto de 1917) manifiesta no alterar tales precedentes, es con el sentido de éstos con el que debe interpretarse la norma vigente» (conf. DE LA RÚA, «La pena de la tentativa...», cit., p. 72; DE LA RÚA, Código Penal Argentino..., cit. p. 602).

En definitiva, los motivos expuestos me conducen a adherir a la solución propiciada en el voto preopinante, según la cual la escala de los delitos tentados prevista en el párrafo primero del art. 44 del Código Penal debe ser entendida en el sentido de reducir en un tercio el mínimo de la escala del delito en cuestión –lo que fija el mínimo para el caso de tentativa en dos tercios de aquel monto–; y en la mitad el máximo de la escala del delito de referencia. ASÍ VOTO.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, esta Suprema Corte de Justicia, por mayoría RESUELVE: Establecer que la reducción de la escala penal para los delitos tentados prevista en el primer párrafo del art. 44 del Código Penal debe entenderse disminuyendo desde un tercio del mínimo hasta la mitad del

máximo, quedando por tanto el mínimo de la escala en los dos tercios, resultante de la deducción del tercio, y el máximo reducido a la mitad.

Regístrese. Notifíquese.

22- MONTERO ARANCIBIA. 27-07-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
VG	-	M		PCE	-	EGT	A	-	55	UP	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=874>

Lex: Art. 164, 42, 239 y 55 del CP. Art. 4 Ley 26485. **Art. 25 de la ley 4.976 de Ejercicio de la Abogacía y la Procuración.**

Vox: Robo simple. Tentativa. Desobediencia a una orden judicial en contexto de violencia de género. Juicio abreviado cuestionado. Unificación de pena.

Summa:

El **JPC** resolvió: “1.-HACER LUGAR a la aplicación del procedimiento de juicio abreviado en la presente causa N° P - 72.979/21Y P-12279/21 , respecto de MONTERO ARANCIBIA, WILLIAM SERGIO SEBASTIAN , conforme al acuerdo arribado por las partes al celebrarse la presente audiencia. (Arts. 359, 418, 419, 420 y concordantes del Código Procesal Penal). 2.-CONDENAR a MONTERO ARANCIBIA, WILLIAM SERGIO SEBASTIAN de otros datos filiatorios ya consignados en autos, a la pena de SEIS MESES Y CATORCE DIAS de prisión de cumplimiento EFECTIVO e imposición de costas como autor penalmente responsable de los delitos de ROBO SIMPLE EN GRADO DE TENTATIVA (Art. 164 y 42 del Código Penal) y de DESOBEDIENCIA A UNA ORDEN JUDICIAL EN CONTEXTO DE VIOLENCIA DE GENERO (ART. 239 DEL C.P Y LEY 26485) conforme arts. 5, 29 inc. 3°, 40 y 41 del Código Penal, así como 415, 557, 560 y concordantes del Código Procesal Penal, que se le atribuye en la presente causa N° P - 72.979/21 y P-12279/21 . 3.-REVOCAR la CONDICIONALIDAD DE LA EJECUCIÓN DE LA CONDENA que fue impuesta en los autos N°... , por el PRIMER JUZGADO PENAL COLEGIADO , para fecha 23/03/2021 , mediante sentencia N° 7483 . (Art. 27 y 27 Bis del Código Penal). 4.-UNIFICAR la presente condena con la anteriormente impuesta y precedentemente individualizada, por el PRIMER JUZGADO PENAL COLEGIADO, para fecha 23/03/2021, mediante sentencia N° 7483, e IMPONER a MONTERO ARANCIBIA, WILLIAM SERGIO SEBASTIAN la PENA ÚNICA de UN AÑO Y QUINCE DIAS DE PRISIÓN DE CUMPLIMIENTO EFECTIVO, pago de costas y accesorios legales. (Arts. 12, 15, 29 inc. 3°, 40, 41 y 58 del Código Penal)”

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP). Cuestionó la unificación y pena impuesta.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Trasluce que se casó una sentencia dictada en el marco de un juicio abreviado para que el condenado continúe con prisión domiciliaria. **Ello no se condice con la obligación de los profesionales del derecho de observar una conducta ajustada a los principios de lealtad, probidad y buena fe (art. 25 de la ley 4.976 de Ejercicio de la Abogacía y la Procuración).**

Resolución cuestionada: Sentencia n° 10131 (08-02-22), pronunciada por el JPC N° 2- 1° CJ.

SCJM. Dres.: **Palermo.** Adaro. Valerio.

Fallo.

CUJ: 13-06838905-9/1((018502-72979)) F. C/ MONTERO ARANCIBIA, WILLIAM SERGIO SEBASTIAN P/ROBO SIMPLE EN GRADO DE TENTATIVA Y ACUMULADO 12279/21 (72979/21) (72979) (12279/21) (12279) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106090034*

En Mendoza, a los veintisiete días del mes de julio del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-06838905-9/1 caratulada "F. C/ MONTERO ARANCIBIA, WILLIAM SERGIO SEBASTIÁN P/ ROBO SIMPLE EN GRADO DE TENTATIVA Y ... S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO; segundo, DR. MARIO D. ADARO y tercero, DR. JOSÉ V. VALERIO.

La defensa técnica de William Sergio Sebastián Montero Arancibia interpone recurso de casación contra la sentencia n° 10.131, mediante la que se hizo lugar a la aplicación del procedimiento de juicio abreviado y se lo condenó a la pena de seis meses y quince días de prisión como autor del delito de robo simple en grado de tentativa (arts. 164 y 42 del CP) y de desobediencia a una orden judicial en contexto de violencia de género (art. 239 del CP y ley 26.485).

En esa oportunidad se revocó la condicionalidad de la ejecución de la condena impuesta mediante sentencia n° 7.483 por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 para fecha 23/3/2021 en autos N° P1971/20; y **unificó** la condena impuesta mediante sentencia N° 10.131 con la impuesta mediante sentencia n° 7.483 en la pena única de un año y quince días de prisión de cumplimiento.

El pronunciamiento que aquí se impugna fue dictado por el Juzgado Penal Colegiado N° 2 de esta Primera Circunscripción Judicial en autos N° P-72.979/21.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERO: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO:

1.- La sentencia recurrida

La jueza de la instancia anterior, resolvió del modo precedentemente señalado, al considerar acreditado que «[e]l día **24 de julio** siendo aproximadamente las 00:55 hs en calle san Martín entre Córdoba y Corrientes de Ciudad, [William Sergio Sebastián Montero Arancibia], luego de empujar a Orue Díaz Aldana logró desapoderarla de su teléfono celular Samsung modelo A 21-S, para posteriormente emprender su huida por calle Córdoba. La Sra. Orue comenzó a perseguirlo sin perderlo de vista, gritando que le habían robado, por lo que un grupo de personas que estaba en la parada de colectivos de calle Córdoba unos metros antes de llegar a calle Rioja, lograron detenerlo, lo tiraron al piso y Montero arrojó el celular sin poder concretar su cometido» (autos N° P72.979/21).

Asimismo, que «[e]n fecha **01 de febrero de 2.021** a las 22:30 horas aproximadamente, por calle Lencinas n° 225 de Las Heras, pasó en su vehículo [William Sergio Sebastián Montero], lugar donde se encontraba su ex pareja [Macarena Giselle Maureira Stibel]. Que con dicho accionar incumplió la prohibición de acercamiento vigente y notificada por el Juzgado de Familia en autos N° 66/20/12flh en fecha 9/01/2020, donde se ordenó prohibición de acercamiento del presunto agresor al lugar de residencia, trabajo,

estudio, esparcimientos o a los lugares de habitual concurrencia de la mujer que padece violencia» (autos N° P-12.279/21). En lo que aquí interesa, debe señalarse que la jueza durante la correspondiente audiencia explicó, luego de haber solicitado las partes la aplicación del procedimiento abreviado, al acusado lo siguiente: «usted hoy, en esta audiencia, va a resultar condenado a una pena de seis meses y quince días en efectivo por esta causa, porque usted tiene antecedentes, entonces no puede ser dejada en suspenso nuevamente la pena y se le va a unificar con la sentencia anterior, y le quedaría un total de **un año y quince días de prisión en efectivo, manteniendo la modalidad domiciliaria porque las partes no se van a expedir [a] ese respecto**. De esa manera, si usted está de acuerdo y presta su consentimiento, obviamente, usted resulta condenado hoy y renuncia al derecho que tiene de ir a un debate, donde se discuta su responsabilidad, donde se le aplique una pena que el tribunal entienda y no la que su abogado ha pactado» (constancias audiovisual, minuto 11:56/12:44). Luego de que Montero Arancibia manifestó que prestaba su consentimiento para la aplicación del procedimiento abreviado y admitía los hechos que se le atribuyen en autos, la jueza interviniente expresó: «habiendo, entonces, escuchado a las partes, el tribunal va a homologar el acuerdo de juicio abreviado inicial, entendiendo que se ha acreditado con la certeza requerida para dictar la presente sentencia condenatoria en base a este consentimiento, a este reconocimiento de autoría que ha hecho el señor Montero en esta audiencia, más allá de todas las pruebas mencionadas por la fiscalía y que constan en la causa, por lo cual se va a dictar sentencia 10.131» (constancias audiovisuales, minuto 14:09/14:38).

2.- El recurso de casación de la defensa de William Sergio Sebastián Montero

El recurrente promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 474, incs. 1 y 2 del CPP por considerar que existen vicios in procedendo y vicios in iudicando en la resolución que cuestiona.

Concretamente, la defensa del acusado considera que se han violado las reglas del concurso real y, al momento de unificar, se estableció una pena mayor a la suma aritmética de ambas penas (sentencia ultra petita). Expresa que en fecha 23 de marzo de 2021, su defendido fue condenado en los autos P1971/20 a la pena de seis meses de prisión de ejecución condicional como autor del delito de violación de domicilio, amenazas y daño simple, cometidos en contexto de violencia de género, todos en concurso real. Señala que dicha resolución fue dictada en violación de los principios del concurso real, ya que existía una causa en trámite –los autos N° P-12.279/21– en la que se investigaba el delito de desobediencia por un hecho de fecha 1 de febrero de 2021. Y agrega que el 24 de julio de ese año, Montero Arancibia cometió un nuevo delito, que es el que dio origen a las presentes actuaciones. Sostiene que, en virtud del precedente «Vega Ríos», no debió aplicarse en el caso el sistema aritmético, ya que es una excepción a la regla en la discrecionalidad del órgano jurisdiccional en la unificación de condenas. En ese orden, estima que, por ser un caso de violación a los principios del concurso real, el tribunal tenía la posibilidad de tabular la pena entre los seis meses y catorce días (pena mayor) y un año y catorce días (límite impuesto por la acusación fiscal), debiendo justificar el máximo de la pena, que excediera la suma aritmética. Agrega que, teniendo en cuenta la edad del condenado y que era su primera incursión en el delito, hubiera sido justa un apena que se acerque más a los seis meses y catorce días.

Finalmente, entiende que la jueza interviniente **no podía imponer una pena mayor que la pedida por la acusación**, conforme ha señalado este Tribunal en el precedente «Torres Surget».

Y que, en el caso, la acusación fue de seis meses y catorce días, solicitando se unifique con la condena anterior de seis meses de prisión en suspenso; por lo que la unificación no podía superar la pena de un año y catorce días como ocurrió en autos, donde se impuso la pena de un año y quince días de prisión. En

función de lo expuesto, solicita se case la sentencia impugnada, aplicando correctamente la ley sustantiva y la ley adjetiva. Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General expresa que corresponde rechazar sustancialmente el recurso de casación bajo estudio, en tanto no se verifica de manera alguna violación a los principios del concurso real ni a los principios rectores del sistema acusatorio adversarial.

Ello, toda vez que, según entiende, el fiscal dejó claro que la pena pactada era de seis meses y quince días de prisión por los dos hechos acusados y la unificación con la condena anterior lo era por un año y quince días de prisión.

En definitiva, sostiene que el recurrente no ha logrado demostrar que el tribunal de la instancia anterior incurriera en una incorrección, ni que el acusado se haya visto perjudicado, en tanto la condena resulta ajustada al acuerdo de juicio abreviado y la unificación de condenas acorde al **criterio de suma aritmética**, por lo que debe convalidarse la sentencia impugnada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante

Por diversas razones estimo que corresponde **rechazar el recurso de casación** deducido por la defensa de Ariel Nicolás Moyano López, en tanto no se advierte en la resolución cuestionada falencias que habiliten su revocación. Paso a explicarlo.

Tal como surge del escrito recursivo, **la defensa centra su planteo en el cuestionamiento sobre el monto de la pena unificada y el método utilizado por la sentenciante para llegar a él.**

No obstante, considero que las críticas defensivas se apartan de las constancias de la causa, concretamente del contenido del acuerdo de juicio abreviado inicial que fue homologado por la jueza, dictando la sentencia que aquí se impugna.

En efecto, conforme surge de las constancias audiovisuales en las que quedó registrada la audiencia pertinente, el monto de pena pactado a fin de resolver las causas N° P-72.979/21 y N° P12.279/21 fue de seis meses y quince días de prisión en efectivo y la pena única acordada como consecuencia de la unificación de condenas la de un año y quince días de prisión, conforme expresaron el fiscal y el abogado defensor de Montero Arancibia, que aquí recurre.

Así, el representante del Ministerio Público Fiscal manifestó «se ha pactado con la defensa técnica la solicitud de aplicación de una pena [...] seis meses y quince días de prisión.

Estos seis meses y quince días de prisión que necesariamente tendrán que ser unificados, y esto conforme al fallo de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza «**Vega Ríos**» que allá por el año 2018 estableció los criterios para poder aplicar los criterios del art. 58 del CP, disponiendo que en los casos de unificación de condenas se aplique [el sistema] aritmético.

Entonces, se le va a solicitar doctora la imposición de la pena de un año y catorce días de prisión, perdón, quince días de prisión. Me he equivocado, quince días de prisión. Esto por cuanto el señor, entonces, Montero el día 23 de marzo del año 2021 fue condenado por la doctora Martín, integrante del Primer Juzgado Penal Colegiado, en el marco de la causa 1971/20 a la pena de seis meses de prisión de ejecución condicional por la comisión de los delitos de violación de domicilio, amenazas simples y daño simple, cometidos en contexto de violencia de género, todos en concurso real. Esto a través de la sentencia [...] 7483 [...] (6:23/8:05). Por su lado, el abogado defensor expresó: «Voy a coincidir con todos los argumentos esgrimidos por el representante del Ministerio Público Fiscal y también quiero agregar algo que es muy

importante al momento de dictar sentencia, es que la causa que se agrega ahora, la 12.279/21 debió resolverse conjuntamente **para no violar los principios del concurso real junto** con la sentencia que se dictó en la causa 1971/20. ¿Por qué? Porque la sentencia es posterior al hecho de la causa 12.279/21, el hecho es del 1 de febrero y la sentencia es de principios de marzo.

Es una aclaración que me parecía importante para tener en cuenta al momento de dictar sentencia» (10:31/11:21).

No pasa inadvertido que, en un primer momento, el acusador público solicitó la pena de un año y catorce días de prisión, pero inmediatamente se rectificó, admitiendo su error, y solicitó de modo contundente y claro la pena de un año y quince días de prisión.

Es decir que la pena finalmente impuesta por la sentenciante no es otra que la que **derivó del acuerdo expresamente acordado** por Ministerio Público Fiscal, defensa y acusado y cuyos extremos quedaron manifiestamente expuestos en la audiencia en la que se celebró el juicio abreviado inicial referido.

En virtud de ello, **no se advierte ninguna arbitrariedad** en la decisión de la jueza de instancia previa y tampoco ningún perjuicio para el acusado derivado de la sanción impuesta.

Ello, teniendo en cuenta que, como se consignó en apartados precedentes, todos los puntos de la resolución le fueron explicados a Montero Arancibia, quien no sólo reconoció su responsabilidad en los hechos que se le atribuyen, sino que prestó su consentimiento para que se aplicara el procedimiento abreviado con los alcances estipulados por las partes y explicitados en la audiencia.

Si bien la defensa puso en conocimiento de la jueza interviniente que, según advertía, la sentencia anterior habría vulnerado las reglas del concurso –tal como reitera en esta instancia–, la magistrada respondió a esa observación, y expresó que «[m]ás allá de la violación a las reglas del concurso, no influye porque tenemos un nuevo hecho que lo mismo implica que se revoque la sentencia anterior y que se unifique con esta. Así que, a los efectos prácticos, está bien que deje constancia, pero a los efectos prácticos no tiene ninguna incidencia». A lo que el letrado defensor respondió: «Perfecto», de acuerdo a las constancias audiovisuales, minuto 11:24/11:34.

Es decir que la jueza también tuvo en cuenta la circunstancia invocada por la defensa, la que, conforme expresó, no incidía en el monto de pena final que fue pactada en el marco del acuerdo de juicio abreviado inicial y así fue aceptado por la defensa de Montero Arancibia, de acuerdo a lo consignado precedentemente.

A ello cabe agregar que, sin perjuicio de cuál es el método que corresponde aplicar en la unificación de condenas, la jueza de instancia anterior no se apartó de modo alguno de los extremos pactados y ratificados por las partes.

Tampoco se advierte ninguna arbitrariedad en la aplicación del método aritmético escogido y ratificado por las partes en la audiencia de juicio abreviado, ni se verifica ningún perjuicio en la situación procesal del acusado derivada de tal acuerdo que amerite la anulación de los actos llevados a cabo en la presente causa, como solicita el recurrente.

En definitiva, al no corroborarse en esta instancia los vicios atribuidos por la defensa a la sentencia dictada por el tribunal de la instancia anterior, corresponde su mantenimiento como acto jurisdiccional válido.

Ello, a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido que tales defectos, para conllevar tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros), lo que en la especie no ocurre.

En virtud de esas consideraciones, entiendo que corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión propuesta. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto Dr. Valerio. Adhiere. Ejercicio de actividad defensiva.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, POR SU VOTO, DIJO: Si bien coincido con la solución y los argumentos vertidos por mi colega preopinante, resulta oportuno señalar algunas circunstancias que **no pasan inadvertidas y que hacen al ejercicio de la actividad defensiva.**

Tal como se surge de las constancias de la causa y se consignó en el voto precedente, tanto el representante del Ministerio Público Fiscal, como el letrado defensor y el acusado, estuvieron de acuerdo en todos los extremos del acuerdo propio del juicio abreviado y su homologación por parte de la jueza interviniente.

Asimismo, de los registros audiovisuales surge que **ambas partes remarcaron a la sentenciante que no harían ninguna petición ni observación a la modalidad** en que el acusado se encontraba cumpliendo la prisión preventiva; y que no renunciarían a los términos legales para interponer un eventual recurso de casación, que efectivamente ocurrió.

Estas últimas circunstancias, **sumadas a la notoria irrelevancia de los agravios casatorios** y a que se encuentra próximo el cumplimiento de la pena impuesta, revelan que la pretensión recursiva no tuvo otra finalidad que asegurar que la ejecución de la pena pactada y finalmente impuesta a Montero Arancibia transcurriera **bajo la modalidad de prisión domiciliaria** bajo la que se venía cumpliendo la medida cautelar antes aludida.

Esa conducta no puede ser soslayada por este Tribunal, teniendo en cuenta el dispendio jurisdiccional provocado y que la finalidad buscada con la actividad recursiva podría haberse canalizado mediante la vía procesal idónea ante el juez de ejecución.

Ello **no se condice con la obligación de los profesionales del derecho de observar una conducta ajustada a los principios de lealtad, probidad y buena fe (art. 25 de la ley 4.976 de Ejercicio de la Abogacía y la Procuración)**, lo que sugiero tenga presente el abogado defensor del acusado para futuras actuaciones.

En función de lo expuesto, considero que corresponde contestar de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y JOSÉ V. VALERIO, adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación deducido por la defensa de William Sergio Sebastián Montero Arancibia y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 10.131, dictada por el Juzgado Penal Colegiado N° 2 de esta Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal.

3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

23- CARMONA LUJAN y ot.. 05-08-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	-	M	-	PCE	-	EGT	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=870>

Lex: Art. 164 y 42 del CP

Vox: Robo simple EGT.

Summa:

El **TPC** condenó a **Varas Romero** a la pena de **un año y ocho meses de prisión** por considerarlo autor responsable del delito de robo simple en grado de tentativa (art. 164 y 42 del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP). Cuestiona la pena impuesta y los argumentos sobre esta temática.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1640, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Vildoza Soria. 15-05-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=856>

SCJM. Dres.: **Palermo.** Gómez. Day.

Fallo.

CUIJ: 13-06776884-6/1((018602-7203)) F C/ CARMONA LUJÁN, JOSÉ GABRIEL Y VARAS ROMERO, ALEJANDRO P/ ROBO AGRAVADO POR ESCALAMIENTO EN GRADO DE TENTATIVA (7203/21) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106032333*

En Mendoza, a los cinco días del mes de agosto del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-06713886-9/1 caratulada "F. C/ CARMONA LUJÁN, JOSÉ GABRIEL Y OT. P/ ROBO AGRAVADO POR ESCALAMIENTO EN GRADO DE TENTATIVA S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO; segundo, DR. MARIO TERESA DAY y tercero, DR. JULIO R. GÓMEZ.

La defensa de Alejandro Daniel Varas Romero interpone recurso de casación contra la sentencia n° 1.640, mediante la que se condenó al nombrado a la pena de un año y ocho meses de prisión por considerarlo autor responsable del delito de robo simple en grado de tentativa (art. 164 y 42 del CP); pronunciamiento dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial en estos autos N° P-7.203/21.

En esa oportunidad también se declaró su reincidencia (art. 50 del CP).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. **PALERMO** DIJO:

1.- La sentencia recurrida

El tribunal impugnado resolvió del modo precedentemente señalado, por entender acreditado que «[...] el día 19 de [e]nero de 2021, siendo las 22.00 horas en el domicilio ubicado en calle Cabildo 2398 de Guaymallén, José Gabriel Carmona Luján y Alejandro Daniel Varas Romero, previo a forzar el portón de ingreso a la propiedad, reunieron varios electrodomésticos para llevárselos, viendo frustrado su accionar por la llegada de personal policial quienes procedieron a aprehenderlos, encontrándose uno de ellos en el patio del domicilio y el otro en el living del mismo. Uno de ellos tenía en sus ropas un control remoto color negro marca Samsung y setecientos pesos en efectivo pertenecientes a la víctima Valeria Natalia Alvarado Sosa» (fundamentos, fs. 2).

Para así decidir, la jueza de sentencia valoró las declaraciones testimoniales de la víctima Valeria Natalia Alvarado Maza y de los funcionarios policiales Mauricio Ezequiel Morales Jerez y Facundo Ariel Lucero Quiroga; como también el acta de procedimientos, croquis ilustrativo, actas de aprehensión y ratificaciones policiales. Asimismo, tuvo en consideración el descargo efectuado por Alejandro Varas Romero.

Por su parte, y en lo que aquí interesa, la jueza de la instancia anterior entendió que «los imputados de autos procedieron a desplegar las conductas reprochadas [...] del modo en que ha sido denunciado y conforme ha quedado acreditado en la plataforma fáctica tenida en cuenta como históricamente cierta», por lo que consideró «como justa y equitativa la pena de UN AÑO Y OCHO MESES de prisión en efectivo, además de la correspondiente declaración de reincidencia, conforme las previsiones del art. 50 del Código Penal» (fundamentos, fs. 8).

2.- El recurso de casación de la defensa de Alejandro Daniel **Varas Romero**

La recurrente promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 475, inc. 1 del CPP, esto es, por considerar que existen vicios in iudicando en la resolución que cuestiona.

Concretamente, considera que en la sentencia impugnada se ha efectuado una valoración contraria a los parámetros establecidos en los arts. 40 y 41 del CP, así como a los principios de culpabilidad por el hecho y de proporcionalidad.

En ese orden, señala que el tribunal de juicio ha referido como circunstancias agravantes de corte objetivo la «absoluta apatía por las normas de convivencia social que debían respetar» y la «desidia social e indiferencia al elegir llevar adelante un ataque a la propiedad ajena».

Estas menciones, según la defensa, **no constituyen cuestiones objetivas** relativas al hecho y que se encuentran ínsitas en la tipificación y determinación del marco de pena que establece el legislador, por lo que no pueden ser consideradas nuevamente como agravantes al determinar la pena en concreto.

Expresa que los argumentos de la sentenciante son contradictorios al dar por ciertas las manifestaciones de Varas relativas a su educación –considerándola como circunstancia agravante–, pero no hace lo mismo con la necesidad de dar sustento económico a sus hijos al salir de la Penitenciaría, ni con la dificultad que tuvo para encontrar trabajo y con la falta de asistencia del Organismo Técnico Criminológico a esos fines. Sostiene que, en función de ello, si es algo que agrava la pena, la jueza entendió que no requiere acreditación –por ejemplo, la educación–, pero si son circunstancias atenuantes requieren acreditación.

Agrega que la Fiscalía no dudó de la veracidad de esas circunstancias ni se opuso a su invocación y que, en última instancia, debió primar el principio de in dubio pro reo o favor rei. Finalmente, señala que lo alegado por su defendido en cuanto a la ineficacia de las acciones de ayuda del Organismo Técnico Criminológico para conseguir trabajo luego de su estadía en prisión y la urgencia en aportar económicamente a sus hijos y familia que tenía en ese momento, sumado a la situación de falta de empleo y pobreza en que se sume casi la mitad de la población, debería ser atendido como circunstancias que aminoran la culpabilidad.

En función de ello, solicita se case la sentencia **disminuyendo la pena** de Alejandro Varas Romero.

Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del Procurador General

En oportunidad de emitir su dictamen, el Procurador General considera que corresponde rechazar sustancialmente el recurso de casación articulado.

Así, entiende que la individualización de la pena impuesta se encuentra debidamente motivada, dejando sentado claramente qué circunstancias se meritieron como agravantes y atenuantes.

Agrega que, a la luz de la gravedad del delito perpetrado, la pena impuesta no aparece como desproporcionada, por lo que corresponde convalidar la sentencia impugnada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante

Analizada la resolución cuestionada y los agravios del recurrente, estimo que corresponde rechazar el recurso de casación deducido en favor de Alejandro Daniel Varas Carmona.

Ello, conforme se explicará a continuación.

Tal como surge del planteo recursivo, los cuestionamientos defensivos se relacionan con la actividad de la jueza sentenciante en orden a la determinación de la pena, por entender que aquella no se ha ajustado

a las pautas de los arts. 40 y 41 del CP y se ha excedido de los límites constitucionales de culpabilidad por el hecho y proporcionalidad.

A fin de un adecuado abordaje de la cuestión, resulta oportuno consignar que a Alejandro Daniel Varas Romero y a José Gabriel Carmona Luján se les atribuyó inicialmente el delito de robo agravado por escalamiento en grado de tentativa (arts. 167, inc. 4 y 42 del CP).

No obstante, en oportunidad de formular los alegatos y luego de escuchar la declaración de los acusados y de cotejar la prueba producida durante el debate con la instrumental incorporada, el acusador público modificó la calificación legal de los hechos que tuvo por acreditados, atribuyendo a los acusados el delito de robo simple en grado de tentativa (arts. 164 y 42 del CP).

A ese encuadre jurídico adhirieron los letrados defensores, aunque solicitaron una pena menor que la requerida por la acusación, conforme surge de fs. 1 de los fundamentos bajo análisis.

Sentado ello, considero que los defectos señalados por la defensa no poseen la entidad para lograr el efecto pretendido.

Ello, toda vez que no se advierte una doble valoración de elementos que ya se encontraban en el tipo penal, contradicción o arbitrariedad en la individualización de la pena finalmente impuesta.

En este sentido, la jueza de sentencia tomó en consideración la petición defensiva de aplicar una sanción menor, pero entendió que «la entidad del hecho, expuesta por la defensa técnica como “menor”, tan solo por el valor de los bienes en juego, no concurriendo daños mayores, puede ser tomado como atenuante, pero no a los efectos de aplicar los mínimos legales de la pena» (fundamentos, fs. 8).

De ese modo, luego de reseñar las circunstancias objetivas y subjetivas relevantes para individualizar la pena, ponderó las que a su criterio operaban como agravantes y atenuantes, estimando procedente alejarse del mínimo solicitado por la letrada defensora.

En ese orden, señaló como agravantes «la metodología ejecutiva de los hechos juzgados»: las horas de nocturnidad en las que los acusados emprendieron la acción; la actuación conjunta de ambos para forzar con mayor premura y facilidad los ingresos de la vivienda; el forzamiento de una ventana de seguridad y el del ingreso inmediato a la propiedad; el ataque a la propiedad ajena, en una zona densamente poblada; los daños psicológicos sufridos por la víctima que tuvo que mudarse de su propiedad por temor; y, el perjuicio económico derivado del ilícito (los daños debieron ser costeados por la víctima a fin de su protección posterior).

Asimismo, consideró que Varas Romero es una persona educada, con instrucción secundaria incompleta, con posibilidad de aprender e interpretar las reglas de conducta social y que ha demostrado una falta de apego a ellas, teniendo en cuenta sus antecedentes penales, específicamente, que posee una condena firme y que, al momento del hecho endilgado, se encontraba con los beneficios de una libertad asistida.

El mismo valor le otorgó a la edad del acusado –treinta y seis años de edad– por entender que se trata de un joven adulto, idóneo y capaz para entender el daño que se ocasiona al atacar una propiedad ajena.

En cuanto a las circunstancias atenuantes, la jueza interviniente señaló que los encartados acataron de inmediato la orden de alto emitida por el personal policial cuando fueron sorprendidos, que no dañaron a ninguna persona y el reconocimiento de los hechos.

Si bien es cierto que la jueza de instancia anterior valoró la «absoluta apatía por las normas de convivencia social que debían respetar» y la «desidia social e indiferencia al elegir llevar adelante un ataque a la propiedad ajenas», como sostiene la recurrente, lo cierto es que la jueza no tuvo en cuenta solo estos extremos para alejarse del mínimo, sino el cúmulo de circunstancias antes señaladas que la crítica recursiva no logra conmover.

En lo que concierne a la inversión de la carga de la prueba respecto de las circunstancias atenuantes, corresponde señalar que ello tampoco se verifica en la sentencia cuestionada.

En efecto, aun cuando la sentenciante expresó que ni «la imposibilidad de reinserción social, la carencia de recursos económicos para atender a las cargas familiares ni el consumo de alcohol [...] fue[ron] acreditado[s] debidamente», de tal expresión no puede derivarse que se haya impuesto en la defensa la obligación de demostrarlo.

Por el contrario, la jueza consideró que, de las constancias de la causa y de la propia versión defensiva, los argumentos quedaban desvirtuados por lo que no podían ser atendidos.

Así, sostuvo que «el día de los hechos ambos [acusados] tenían recursos para beber alcohol, admitiendo que estuvieron tomando un rato antes en una estación [de] servicios, por lo cual si existió falta de ingresos para comida de sus hijos, tal situación no habría acontecido» y que cuando fueron «preguntados por su adicción a las drogas o al alcohol, ninguno de ellos afirmó claramente padecer adicciones» (fundamentos, fs. 11).

Resta señalar que, como ya se ha pronunciado este tribunal en otras oportunidades (véase, por ejemplo, «Barrera Miranda»), la actividad de determinación de la pena será válida cuando se realice de acuerdo con los principios rectores contenidos en la normativa nacional e internacional, lo cual ha sido alcanzado correctamente por la jueza sentenciante.

En virtud de ello, no advierto ninguna arbitrariedad en la determinación de la pena impuesta a Alejandro Daniel Varas Romero, por lo que el recurso de casación fundado en ese argumento debe ser rechazado en esta instancia. Por lo expuesto, corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Gomez. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. JULIO R. GÓMEZ adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto Dra. Day. Adhiere. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, LA DRA. MARÍA TERESA DAY, POR SU VOTO, DIJO: Si bien coincido con mi colega de sala respecto a la decisión adoptada para la solución del caso, entiendo oportuno realizar las siguientes consideraciones.

Analizada la resolución impugnada, advierto que los criterios expresados por la jueza de instancia previa para mensurar la sanción impuesta resultan suficientes para su debida justificación, de acuerdo con lo dispuesto por los arts. 40 y 41 CP.

En efecto, es posible advertir de los fundamentos de la sentencia que la jueza realizó un suficiente análisis de las **condiciones objetivas y subjetivas establecidas por el art. 41 del CP**, de acuerdo con las circunstancias fácticas que fueron comprobadas durante el debate oral y público, a fin de determinar las penas que estimó justo imponer a los acusados.

De tal manera, analizó detalladamente las condiciones objetivas de las acciones desplegadas, aclarando cuáles consideró **agravantes –las horas de nocturnidad en que se emprendió la acción, la actuación conjunta de ambos acusados para actuar con mayor premura y facilidad, los daños materiales a la propiedad y el temor ocasionado a la víctima que tuvo que cambiar de domicilio–** y cuáles **atenuantes –el acatamiento a la orden policial de detención y la ausencia de lesiones a las personas–**.

Asimismo, efectuó **una minuciosa ponderación de las condiciones subjetivas** del acusado, considerando que, por ser una persona educada, con posibilidad de comprender e interpretar las reglas de conducta social, su falta de apego a esas últimas resultaba manifiesta.

En relación con las atenuantes invocadas por la defensa, estimo que fueron suficientemente analizadas y adecuadamente descartadas por la jueza, aún cuando la solución no sea compartida por la recurrente.

Ello, claramente determina la improcedencia del recurso interpuesto, pues la jueza ha reflejado al momento de fijación de la pena todas las circunstancias surgidas del debate y aquéllas invocadas expresamente por las partes, de acuerdo a lo previsto por los **arts. 40 y 41 del CP**.

De tal manera, considero que la exteriorización del razonamiento judicial en el aspecto cuestionado por la defensa de Alejandro Daniel Varas Romero cumple satisfactoriamente con el deber de fundamentación previsto en el art. 155 del CPP, en tanto permite conocer y controlar en esta instancia extraordinaria de revisión, cuáles fueron los particulares motivos que determinaron el sentido de la resolución jurisdiccional que aquí se pone en tela de juicio.

Ello, descarta la presencia de arbitrariedad en esa labor, pues descansa en la **selección de criterios elaborados y ponderados** a partir del ordenamiento jurídico, y estructurados en un razonamiento que integra en forma correcta el complejo de circunstancias relevantes del caso, tal como sostuve en el **precedente «Vildoza Soria»**. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARÍA TERESA DAY Y JULIO R. GÓMEZ adhieren, al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Alejandro Daniel Varas Romero y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 1.640 dictada por el Segundo Tribunal Penal Colegiado de esta Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JULIO R. GOMEZ Ministro DRA. MARÍA TERESA DAY Ministro (por su voto)

24- GALINDO LLAVE. 16-08-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	-	M	ANA	PCE	-	-	A	R	-	-	-	-	-	474 207

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=870>

Lex: Art. 166, inc. 2°, 3° párrafo, 1° supuesto, 50 del CP. Art. 206 CPP.

Vox: Robo. Arma sin aptitud acreditada. Reincidencia. Fotografías. Reconocimiento en rueda de personas. Exclusión probatoria.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **cinco años de prisión** como autor del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada (arts. 166, inc. 2°, 3° párrafo del CP) y se declaró su reincidencia.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 2 CPP). Estima que existen vicios in procedendo en la resolución que cuestiona. Cuestiona el origen legítimo de las fotografías en virtud de las cuales se individualizó al acusado –y en función de las que se desarrolló toda la actividad probatoria–.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** hacer lugar al recurso de casación, y, en consecuencia, anular la sentencia N° 1.487, dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de esta Primera Circunscripción Judicial.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1487, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Información posterior. TPC N° 2.

Sentencia 2486. 09-11-22. JAI

SENTENCIA N° 2.486

FALLA: I) ADMITIR la aplicación en la presente causa N° P-785.478/19 del procedimiento de **Juicio Abreviado** (Art. 418, 419 y 420 del Código Procesal Penal), consentido por las partes. **II)** CONDENAR a JUAN JOSÉ GALINDO LLAVE, ya filiado en autos, a la pena de **TRES AÑOS DE PRISIÓN EN EFECTIVO, con costas, como autor penalmente responsable del delito de ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO CUYA APTITUD PARA EL DISPARO NO PUEDE TENERSE POR ACREDITADA**, previsto y penado por el Art. 166, inc. 2°, 3° párrafo del Código Penal, que se le atribuye en los Autos N° P-785.478/19 (art. 29, inc. 3° del Código Penal, y arts. 415, 557, 558 y cctes. del Código Procesal Penal de Mendoza). **III)** DECLARAR **REINCIDENTE** a JUAN JOSÉ GALINDO LLAVE, de conformidad con lo dispuesto por el art. 50 del Código Penal. **IV)** PREVIO a resolver el pedido de Cese de Prisión Preventiva solicitado por la Defensa técnica, requiérase al Director de Penitenciaría Provincial, en carácter de urgente despacho, informe respecto la observancia de los reglamentos carcelarios por parte de JUAN JOSÉ GALINDO LLAVE (**Art. 295, inc. 3°, 1° párrafo del Código Procesal Penal**). **V)** PROCEDER a la EXTRACCIÓN DE MUESTRAS BIOLÓGICAS necesarias que permitan obtener la huella genética digitalizada del condenado JUAN JOSÉ GALINDO LLAVE (Art. 415, último párrafo del C.P.P.). **VI)** REGULAR los honorarios profesionales del Dr. Sergio CARREÑO (Mat. 5.214) en la suma de 5 JUS por su labor en Autos y a cargo de su defendido (arts. 557, 560 y concordantes del Código Procesal Penal, Ley N° 6.730, Ley N° 3.641 y Ley 9.131 art. 10 bis). **VII)** ORDENAR el decomiso o restitución de los secuestros obrantes en autos, según corresponda (Art. 23 del Código

Penal y 550 del C.P.P.). **VIII)** DISPONER el registro informático y en soporte audio visual de los Fundamentos de la presente Sentencia que fueran expresados en forma oral, en la audiencia llevada a cabo en el día de la fecha. PROTOCOLICESE. COPIESE. NOTIFIQUESE. REGISTRESE. COMUNIQUESE, y oportunamente levántense los embargos y/o inhibiciones que se hubieran trabado y oportunamente ARCHIVESE. cb FIRMADO DR. ANIBAL EZEQUIEL CRIVELLI JUEZ - TRIBUNAL PENAL COLEGIADO N° 2 Saluda a Ud. Atte. Tribunal: 1- OGAP Tribunal C

Rechazo cese de prisión preventiva. Art. 295 inciso 3 CPP. Art. 72 Ley 8465

Ahora bien, el imputado se encuentra comprendido en la hipótesis contenida en el **artículo 72 de la Ley 8465**, pues, ha sido condenado por el delito de Robo Agravado (art. 166 del CP) habiendo sido declarado reincidente motivo por el cual, no sólo se encuentra excluido de los beneficios comprendidos en el período de prueba sino también de los **beneficios de la prisión discontinua, semidetención y libertad asistida (art. 72, segundo párrafo)**. En consecuencia, no resulta aplicable lo normado por el art. 295 inc. 3 del CPP en tanto dicha norma se refiere únicamente al instituto de la libertad condicional y, en el caso objeto de análisis, no sólo resulta improcedente dicho instituto –atento a la calidad de reincidente del imputado– sino también la libertad asistida, atento al delito por el cual ha sido condenado y la prohibición expresa contenida en **el art. 72 de la Ley de Ejecución N° 8465**. En mérito a lo expuesto, este Tribunal, RESUELVE: RECHAZAR la solicitud de CESE DE PRISIÓN PREVENTIVA de Juan José GALINDO LLAVE, por las razones expresadas en los considerandos de la presente resolución (Arts. 295 inc. 2° y 3° del CPP; arts. 68 y 72 de la Ley 8465). CÓPIESE. NOTIFÍQUESE.- Fdo. Dr. Aníbal Ezequiel Crivelli - Juez

SCJM. Dres.: Dres.: **Palermo.** Valerio. Adaro.

Fallo.

CUIJ: 13-05735722-8/1((018602-785478)) F.C/GALINDO JUAN JOSE P/ROBO AGRAV. P/USO DE ARMA P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105921255*

En Mendoza, a los dieciséis días del mes de agosto del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05735722-8/1 caratulada "F. C/ GALINDO LLAVE, JUAN JOSÉ P/ ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA ... S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO; segundo, DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero, DR. MARIO D. ADARO.

La defensa técnica de Juan José Galindo Llave interpone recurso de casación contra la sentencia N° 1.487, mediante la que se lo condenó a la pena de cinco años de prisión como autor del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada (arts. 166, inc. 2°, 3° párrafo del CP) y se declaró su reincidencia; pronunciamiento dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial en autos N° P-785.478/19.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERO: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

1.- La sentencia recurrida

El tribunal impugnado resolvió del modo precedentemente señalado, por considerar acreditado que «el día 27 de Diciembre de 2019, siendo aproximadamente las 17:00 horas, en momentos que Jonathan Cáceres se encontraba saliendo de la Bodega Chandon, ubicada en Ruta 15 y calle Fúnes de Agrelo, Luján de Cuyo, a bordo de una camioneta marca Renault, modelo Kangoo, dominio OUI-264, en oportunidad de encontrarse conversando con Antonia Paola Tello y Patricia Escudero por razones laborales, fue abordada por [Juan José Galindo Llave] y un sujeto NN no individualizado, quienes esgrimiendo armas de fuego, lo obligaron a descender del rodado, dándose ambos sujetos posteriormente a la fuga a bordo de dicha camioneta. Le sustrajeron cuatrocientos cincuenta mil pesos (\$ 450.000) aproximadamente en efectivo, tres cheques, uno a nombre de Bodegas Casarena, del Banco Santander Río, número de cheque 10, con fecha de vencimiento 03/01/2020, por el valor de treinta y tres mil novecientos cuarenta y seis pesos (\$ 33.946,00), un cheque a nombre de Jonathan Esteban Mariano Cáceres, del Banco BBVA FRANCÉS, [número] de cheque 393.251, con fecha de vencimiento 07/01/2020, por el valor de diez mil pesos (\$10.000,00), un cheque a nombre de Teresa Cayo, del Banco BBVA Francés, [número] de cheque 393.256, con fecha de vencimiento 09/01/2020, por el valor de doce mil pesos (\$12.000,00), dos teléfonos celulares, uno marca Samsung Galaxy J7 Prime, color negro, [número] 2616382628, de la empresa Personal, perteneciente a la víctima, y el otro marca Samsung J2, color negro, empresa Movistar, perteneciente a Empresa El Campillo S.R.L.» (fundamentos, fs. 5).

Para así decidir, el tribunal sentenciante valoró las declaraciones de Jonathan Mariano Cáceres Franco, Antonia Paola Tello, Patricia Beatriz Escudero, Oscar Jesús Salinas, Alexis Sebastián Mercado y Jesús Luis Sanoguera. Asimismo, tuvo en cuenta el acta de procedimiento policial, el croquis ilustrativo, las

ratificaciones policiales, el acta de visu del acusado, el desgrabado del CEO y los reconocimientos en rueda de personas.

2.- El recurso de casación de la defensa de Juan José Galindo Llave

El recurrente promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el **art. 475, inciso 2 del CPP** por considerar que existen vicios in procedendo en la resolución que cuestiona.

Así, la defensa del acusado cuestiona la valoración probatoria que condujo al tribunal de la instancia previa a tener por acreditada la participación de su defendido en el hecho investigado.

En ese orden, considera que existe un solo reconocimiento en rueda de personas que sindicó al acusado como autor del robo que se le atribuye.

Expresa que el denunciante reconoció a Galindo en virtud de que un funcionario policial le proporcionó una fotografía tomada con su celular, donde el acusado se encontraba parado en la oscuridad y esposado.

Señala que es el denunciante quien llevó la fotografía a la Fiscalía y manifestó que se la había suministrado un policía.

El recurrente se agravia por entender que se debió efectuar un reconocimiento mediante álbum fotográfico con intervención del Ministerio Público Fiscal y la defensa del acusado, a fin de resguardar ese elemento de prueba.

Agrega que en el caso, el denunciante reconoció al acusado luego de verlo un número incontable de veces en su teléfono celular. Expresa, además, que los fundamentos de la sentencia impugnada son contradictorios.

Que la jueza de instancia anterior tuvo en cuenta tan sólo la declaración testimonial del denunciante y el reconocimiento en rueda de personas que ésta realizó en sede judicial, pero que no se valoró el reconocimiento negativo que realizó Paola Tello, quien también pudo ver la fotografía antes referida.

Sostiene que validar el reconocimiento llevado a cabo del modo descripto implica validar un acto ilegal y valorarlo resulta contrario a lo dispuesto por el **art. 206 del CPP**.

En función de ello, solicita se haga lugar al recurso de casación deducido y se absuelva a su defendido. Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General expresa que corresponde rechazar sustancialmente el recurso de casación bajo estudio, en tanto la sentencia impugnada se encuentra sólidamente fundada y en ella se han valorado debidamente, y en conjunto, las pruebas que acreditan la autoría del acusado en el hecho atribuido.

Agrega que el pronunciamiento **no se ha basado solamente en el reconocimiento en rueda de personas** cuestionado por el recurrente, sino en un conjunto de pruebas e indicios colectados y que, en caso de restarle valor a ese medio de prueba, se llega a la misma solución condenatoria en virtud de las claras y coincidentes declaraciones testimoniales brindadas desde el inicio de la investigación y mantenidas durante todo el transcurso del proceso.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante

Analizadas las constancias incorporadas a la presente causa, entiendo que corresponde hacer lugar al remedio casatorio oportunamente interpuesto y, en consecuencia, anular la sentencia emitida y reenviar la causa a origen a fin de que se efectúe un nuevo juicio. Doy razones.

Sin perjuicio de diversos agravios desarrollados por el recurrente, considero que la solución del caso sometido a consideración de esta instancia **radica en determinar si las fotografías en virtud de las cuales**

se individualizó al acusado –y en función de las que se desarrolló toda la actividad probatoria– tuvieron origen legítimo o no.

En otras palabras, **si la obtención de esas imágenes se efectuó con la debida observación de los derechos y garantías del entonces sospechado.**

Tal determinación resulta fundamental toda vez que ese elemento ha sido fundamental para sindicar a Galindo Llave en el hecho.

A fin de dar adecuado tratamiento al caso bajo estudio, corresponde señalar que las presentes actuaciones se iniciaron con el procedimiento llevado a cabo en fecha 27 de diciembre de 2019, en la intersección de calle Fúnes y Cochabamba del departamento de Luján de Cuyo, por el Of. Ayudante PP Alexis Mercado y la Auxiliar Primero PP Hebe Laurel, como consecuencia de los hechos descriptos en apartados precedentes.

La víctima de autos, Jonathan Mariano Esteban Cáceres Franco, radicó la denuncia pertinente el día 30 de diciembre de 2019 y expresó el modo en que aconteció el desapoderamiento, expresando que no sospechaba de nadie.

Con posterioridad, el 18 de enero de 2020, Jonathan Cáceres compareció espontáneamente a la Oficina Fiscal N° 11 de Luján de Cuyo y manifestó: «le comenté a mi amigo O[scar] S[alinas] de todo esto y él me dijo que tenía unas fotos de unos sujetos que eran los que habían aprehendido por [un] robo en la calle O[lavarría], le dije que me las pase y cuando las vi reconocí de inmediato a uno de los dos sujetos que aparecen en las fotos».

En esa oportunidad, **Jonathan Cáceres** expresó que tenía copia de las fotos, que se las había mostrado a la **testigo Paola Tello**, que no sabía dónde las había obtenido Oscar **Salinas** y aportó domicilio y número de celular de ese último (fs. 45 vta./46 de autos N° P-785.478/19).

Luego, agregó **que le exhibieron dos fotografías, que reconoció a las dos personas fotografiadas**, que uno era su empleado José Morán y el otro es quien le robó; y que a Paola Tello sólo le mostró la foto de la persona que le robó aquel día –27 de diciembre de 2019– (fs. 50 y vta.).

Como consecuencia de ello, el representante del Ministerio Público Fiscal se avocó a la investigación de la presente causa, formuló la pertinente imputación formal contra **una de las personas fotografiadas, Juan José Galindo Llave** –quien, a su vez, se encontraba aprehendido en esa misma Oficina Fiscal N° 11, en autos N° P-4436/20–, y dispuso la realización de **reconocimientos en rueda de personas**.

Esa medida de prueba tuvo lugar el 21 de enero de 2021 e intervinieron en ella como reconocientes la víctima Jonathan Cáceres y la testigo Paola Tello (fs. 71/75).

Asimismo, Oscar Salinas fue citado a prestar declaración testimonial, oportunidad en la que manifestó: «yo no le he mandado fotos a nadie, no tengo por [qué] mentir, a lo mejor Jonathan se ha equivocado de persona» (fs. 108).

Por su lado, Jonathan Cáceres, fue citado nuevamente y declaró: «yo las recibí [a las fotografías] por un chico, yo no podía decir quién es el chico, porque me dijo que lo podía meter en algo, era para que le diga si lo podía reconocer a alguno, ya que de los que habían aprehendi[do] uno era empleado mío» (fs. 109 vta.)

Frente a tales manifestaciones, el representante del Ministerio Público Fiscal citó a ambos declarantes para realizar un **careo**, en el cual Jonathan Cáceres aclaró: «Salinas nunca me mandó las fotos, **fue un policía quien me mostró**, reenvió la foto para que yo la viera, se llama José Luis, teléfono 2604580665».

Agregó que esa persona le había dicho «[m]irá te paso fotos por whatsapp y fijate» y que creía que el policía trabajaba en la Comisaría N° 48 (fs. 123).

En virtud de ello, se citó al efectivo policial José **Luis Sanoguera Turcoman**, quien prestaba servicios en la Comisaría n° 48 y poseía en aquel momento el número de teléfono celular indicado por el denunciante.

En esa oportunidad, el testigo dijo: no conocer al denunciante; que «no [l]e suena» haber participado en la aprehensión de Juan José Galindo Llave; que «[l]e suena» el apellido Irrutia pero que no sabía si era Oscar Jesús Salinas Irrutia a quien conocía.

Además, señaló que el personal de comisarías **no toma fotos de las personas aprehendidas** y que en la Comisaría donde él cumple funciones no recordaba que hubiera otro oficial de nombre José Luis (ver fs. 114).

A partir de la valoración de los diversos elementos de convicción obrantes en la causa, el Ministerio Público Fiscal efectuó requerimiento de citación a juicio respecto de Juan José Galindo Llave como coautor del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada (art. 166, inc. 2, tercer párrafo del CP) por entender que todas las probanzas reunidas apuntaban unidireccionalmente al acusado.

Con posterioridad, se llevó a cabo el debate oral y público que derivó en la sentencia condenatoria que aquí se cuestiona.

En esa instancia, además de prestar declaración la víctima de autos y las testigos presenciales Antonia Paola Tello y Patricia Beatriz Escudero, también lo hicieron Oscar Jesús Salinas y el funcionario de policía José Luis Sanoguera Turcoman.

El primero manifestó no saber nada de los hechos investigados (ver audiencia del día 30 de marzo de 2021, minuto 21:47) y el segundo expresó que no le había mostrado ninguna foto a Jonathan Cáceres, puesto que **el tema de las fotos lo maneja División Investigaciones** y que, al no haber teléfono fijo en la Comisaría 48, él les da su teléfono particular a la gente, por lo que es **ésta la que les envía fotos a los efectivos policiales** (audiencia del 31 de marzo de 2021, I parte).

Ahora bien, tal como se adelantó, la incorporación a la presente causa de la fotografía que derivó en el señalamiento de Galindo Llave, como uno de los autores del hecho investigado, fue consecuencia de la presentación que realizó espontáneamente la víctima, sin que se haya podido determinar hasta el momento cuál fue su origen.

En ese orden, advierto que de **la prueba incorporada no surge acreditado de dónde provinieron las fotografías mediante las que se individualizó a Galindo Llave** –más allá de la última versión del denunciante– y si su origen es legítimo o no.

Es que, de acuerdo a la reseña efectuada en párrafos precedentes, **la víctima de autos inmediatamente de obtenidas las fotografías las puso a disposición del Ministerio Público Fiscal, pero fue reticente en informar quién se las había** suministrado y los datos que aportó no pudieron ser corroborados.

En efecto, a lo largo de la investigación penal preparatoria e inclusive durante el debate, Jonathan Cáceres dio diferentes versiones respecto de quién y cómo había obtenido las imágenes aludidas; versiones que, por otro lado, no pudieron ser corroboradas con las declaraciones de los testigos Oscar Salinas y José Sanoguera Turcoman –citados como consecuencia de los datos que la víctima aportó– que negaron todo conocimiento del hecho investigado.

Cabe recordar que el denunciante primero dijo que las fotografías se las había pasado su amigo Oscar Salinas, luego que fue un chico del que no podía dar el nombre, y después que lo hizo un policía de nombre

José Luis, como ya se indicó. Como consecuencia de ello, tampoco ha podido dilucidarse si la obtención de las fotografías vulneró o no las garantías constitucionales del acusado.

Esta circunstancia tiene particular relevancia, puesto que la individualización de Galindo Llave se produjo en virtud de ellas y por encontrarse aprehendido –por otro hecho– en la misma Comisaría en que Jonathan Cáceres radicó la denuncia que dio origen a estos obrados; circunstancias que, valoradas con otros elementos de prueba producidos como derivación de la incorporación de las imágenes aludidas, condujeron a la condena que aquí se impugna.

En síntesis, advierto **que existen serias dudas en cuanto al origen del principal elemento que permitió individualizar al acusado**, y a su adecuación a las pautas establecidas por nuestro código de procedimientos como resguardo o garantía de los derechos de todo ciudadano sospechado de haber cometido un delito.

Es decir que el señalamiento de Juan José Galindo Llave como posible autor del delito se basa en un elemento de prueba de origen incierto, del que sólo se derivan dudas respecto de la observancia de las normas de rito en su adquisición e incorporación al proceso.

Ello **impide considerar válido todo razonamiento que se base en él**, tal como la sentencia condenatoria que aquí se impugna.

En consecuencia, entiendo pertinente anular la sentencia y los fundamentos impugnados y disponer el reenvío de la presente causa a fin de que se realice un nuevo.

En función de los argumentos antes señalados, corresponde dar respuesta afirmativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde **anular la sentencia N° 1.487**, sus fundamentos y el debate; y remitir los presentes obrados al Tribunal Penal Colegiado N° 2 de esta Primera Circunscripción Judicial a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme el resultado aquí arribado, a efectos de que se realice un nuevo juicio (art. 486 del CPP). ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas por su orden y diferir para su oportunidad la regulación de los honorarios profesionales. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia, fallando en definitiva, RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar el recurso de casación deducido por la defensa de Juan José Galindo Llave y, en consecuencia, **anular la sentencia N° 1.487, dictada** por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de esta Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal Penal Colegiado N° 2, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme el resultado aquí arribado, a efectos de que se realice un nuevo juicio (art. 486 del CPP).

3.- Imponer las costas por su orden y diferir para su oportunidad la regulación de los honorarios profesionales.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro.

25- JOFRE AGUILERA. 16-08-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	-	M	-	PCE	-	EGT	A	R	-	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=872>

Lex: Art. 164, 42 y 50 del CP

Vox: Robo simple. Tentativa. Reincidencia.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado como autor penalmente responsable del delito robo simple en grado de tentativa (arts. 164 y 42 del CP) a la pena de **un año y dos meses de prisión**, declarándose, asimismo, su reincidencia (art. 50 del CP).

El **Ministerio Público Fiscal** formula recurso de casación contra la sentencia arriba individualizada con fundamento en el art. 474, incs. 1 y 2 del CPP.

El **Procurador General** mantiene el recurso articulado por la señora Fiscal Jefe de la Unidad Fiscal de Robos y Hurtos.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 9623 (09-11-21), pronunciada por el JPC N° 2- 1° CJ.

Doctrina citada.

Sostiene Maier, que «[...] la falta de certeza representa la imposibilidad del Estado de destruir la situación de inocencia, construida por la ley (presunción), que ampara al imputado, razón por la cual ella conduce a la absolución. Cualquier otra posición del juez respecto de la verdad, la duda o aun la probabilidad, impiden la condena y desembocan en la absolución [...]» (MAIER, Julio B. J., Derecho procesal penal, Tomo I, Fundamentos, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, 2ª edición, p. 495).

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo.

Fallo.

CUIJ: 13-06795869-6/1((018502-71511)) F. C/ JOFRE AGUILERA CRISTIAN FRANCISCO P/ ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA EN GRADO DE TENTATIVA P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN (71511/21) *106049897*

En Mendoza, a dieciséis días del mes de agosto del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-06795869-6/1 caratulada “FC/JOFRÉ AGUILERA, CRISTIAN FRANCISCO P/ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA EN GRADO DE TENTATIVA S/CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero el DR. OMAR A. PALERMO.

A fs. 1 obra constancia digital del recurso extraordinario de casación interpuesto por el fiscal de la Unidad Fiscal de Robos y Hurtos de la Primera Circunscripción Judicial contra la sentencia n° 9.623 de fecha 9 de noviembre de 2021 del Juzgado Penal Colegiado N° 2 por el que se condena a Cristian Francisco Jofré Aguilera como autor penalmente responsable del delito robo simple en grado de tentativa (arts. 164 y 42 del CP) a la pena de un año y dos meses de prisión, declarándose, asimismo, su reincidencia (art. 50 del CP).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

En la sentencia cuestionada, en lo aquí pertinente, el juez de la instancia anterior condenó a Cristian Francisco Jofré Aguilera por considerar acreditado el siguiente hecho, que «[e]l día 20 de julio de 2021, siendo las 8:40 horas aproximadamente, en el exterior [...] de Saavedra N° 530 de San José, Guaymallén, [el acusado] abrió el capot del vehículo de marca Fiat Uno [...] que se encontraba estacionado en la calle, enfrente de la vivienda de la víctima, con el objeto de sustraer algún elemento de su interior.

Fue sorprendido por la hermana del propietario del rodado, [...] quien se acercó al acusado, intentó agarrarlo, y es en ese momento en el acusado advirtió que éste tenía un elemento dentro del puño del buzo que no supo distinguir si se trataba de un cuchillo o destornillador.

Sin embargo, **el mismo no fue blandido**, razón por la que entiende que no fue utilizado con el dolo requerido por la figura –voluntad de usar con voluntad inequívoca de aumentar su poder ofensivo–. [P]or ello y primando la duda acerca de su uso pero entendiendo que el accionar desplegado sí pudo ser interpretado como una actitud amenazante corresponde encuadrar la figura en la de robo simple en grado de tentativa.

Dándose a la fuga el acusado al ser sorprendido, emprendió la fuga y fue aprehendido no logrando apoderarse de ningún elemento por circunstancias ajenas a su voluntad [...]. Para así decidir valoró las declaraciones prestadas en audiencia de debate por: a) Johana Rivero Maldonado; b) Gabriel Fernando Rivero Maldonado; c) Auxiliar Enrique Ramírez Acuña; d) Oficial Brian Moreno Acuña; e) Auxiliar Nicolás Pasten, f) la declaración del imputado y el resto de los elementos de prueba válidamente incorporados.

El juez de sentencia, luego de sintetizar los alegatos de ambas partes así como la prueba rendida consideró que se encontraba acreditada la **autoría y la materialidad del hecho con excepción del uso del arma**, en el caso un destornillador, **siendo éste el punto neurálgico a dilucidar**.

Se explayó sobre el concepto de arma impropia, y afirmó que, respecto de dicho tipo de armas, se debía adoptar un criterio restrictivo.

De esta manera, enumeró entre sus características esenciales, que debían aumentar el **poder represivo, ejercer una efectiva acción intimidatoria, generar un riesgo mayor o más severo**, así como que ello no dependía tanto de las características del objeto como de su modo de empleo –inequívoco, idóneo–, creando un riesgo concreto (ver registro de audio del 11.04.2021, minutos 00:21:00 y ss.).

De ese modo entendió que, no obstante darle credibilidad al testimonio de la víctima, **el imputado no utilizó el destornillador como un arma** en el sentido requerido por la figura y que por ello subsistía la duda acerca de su uso –art. 2 del CP–, correspondiendo encuadrar su accionar en el delito de robo simple en grado de tentativa al haberse ejercido intimidación sobre la víctima con la actitud adoptada por el acusado.

2.- El recurso de casación

El Ministerio Público Fiscal formula recurso de casación contra la sentencia arriba individualizada con fundamento en el art. 474, incs. 1 y 2 del CPP.

Ello, por adolecer el pronunciamiento cuestionado de vicios in iudicando por aplicación errónea de la ley procesal y ley sustantiva. Luego de justificar la procedencia formal del recurso, refiere que el juez dio por probados los hechos tal como formaron parte de la acusación, los que no fueron tampoco cuestionados por la defensa. Esto es que el acusado intentó apoderarse de bienes muebles ajenos y que tenía en su poder un arma impropia –destornillador– la que utilizó para lograr su impunidad. Refiere que el juez, para encuadrar aquellos hechos en la figura del robo simple, sostuvo, no obstante darle credibilidad a la declaración de la víctima, que el acusado no utilizó el objeto destornillador como arma impropia sino como elemento para apoderarse de la batería del vehículo, plan que tenía inicialmente.

Así, agrega el recurrente en relación con la resolución del juez, al ser el acusado increpado por la víctima, sólo realizó un **ademán intimidatorio circunstancial** y ello constituiría la violencia constitutiva de la figura del art. 164 del CP.

Agrega que, **a criterio del juez, subsistía la duda, no lográndose el grado de convicción necesario para sostener la existencia de dolo en la utilización del destornillador como un arma**. De tal modo, por aplicación del art. 2 del CPP, como regla de decisión, el juez encuadró la conducta del acusado en las previsiones de los arts. 164 y 42 del CP.

Concepto normativo de dolo.

Adscribiendo a un **concepto normativo de dolo**, sobre el que se explaya, el recurrente sostiene que es posible afirmar que el acusado blandió un destornillador de aproximadamente treinta centímetros mediante un gesto intimidante hacia la víctima, abalanzándose sobre ella para procurar su impunidad luego de abrir el capot del vehículo del hermano estacionado en la vía pública.

Añade que analizada en forma integral la prueba incorporada, la denuncia, cuyo contenido reiteró al sustanciarse el debate, el acta de procedimiento policial, las ratificaciones y comunicaciones del CEO, desde el primer momento surgió el uso del destornillador como arma impropia. Por esta razón entiende que la valoración de la prueba ha sido deficiente y parcializada, tomándose como ciertos los dichos del acusado cuando surge claramente se valió del destornillador para aumentar su poder ofensivo y lograr su finalidad –fugarse del lugar evitando ser aprehendido–.

Por ello, al concurrir los elementos configurativos de la figura del robo agravado, solicita se case la sentencia y se condene al acusado a la pena de cuatro años y ocho meses de prisión.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, a fs. 5 de este legajo, mantiene el recurso articulado por la señora Fiscal Jefe de la Unidad Fiscal de Robos y Hurtos.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Puesto a resolver el recurso promovido por la defensa del acusado, corresponde adelantar que, por las razones que a continuación se exponen, debe rechazarse la impugnación.

De manera preliminar he de señalar que los agravios impulsados pretenden fundamentar la insuficiencia de motivación e incongruencia de la sentencia en orden a determinar los hechos probados y, luego de ello, principalmente, la subsunción de éstos bajo la modalidad de delito de robo simple cuando debió hacerlo respecto de la figura agravada.

Sin embargo, y anticipándome, debo decir que **los elementos de convicción han sido valorados siguiendo los principios de la sana crítica racional, la lógica y la experiencia** y han dotado a dicho acto sentencial de la motivación necesaria para ser considerado un acto jurisdiccional válido que no adolece de falencias que ameriten su anulación.

En este sentido valga recordar que es jurisprudencia reiterada de esta Sala que para que los defectos de fundamentación conlleven a tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalgan a su ausencia (LS. 186-427, 153-011; 354-218; 392-94 y 397-177, entre otros), lo que en la especie no se verifica.

El caso que nos ocupa nos plantea, en sus agravios, un único tema a dilucidar, el uso o no por parte del acusado de un destornillador como arma impropia para favorecer su impunidad en el hecho.

De ello depende, claramente la calificación legal cuestionada y adoptada en la sentencia.

Pero ha de aclararse que ello está unido **indisolublemente al análisis de la prueba rendida. Ello, así independientemente de la concepción de dolo que se adopte.**

De tal manera, el análisis debe centrarse en el plexo probatorio, particularmente, en la declaración de Johana Rivero, única testigo presencial del hecho.

En efecto, aquélla, al momento de radicar la denuncia, y luego de relatar que se había cruzado a un negocio frente a su casa a cargar la tarjeta de colectivo para irse a trabajar, advirtió el capot abierto del auto de su hermano y dentro de éste un sujeto que no era su hermano.

Expresamente dijo, «[...] me cruzo hasta el sujeto, comienzo a increparlo, tira una bolsa de consorcio que llevaba, y como que se quiere escapar, yo lo voy a agarrar sobre la vereda, y en ese momento, el sujeto me amenaza con algo que llevaba en su mano, creo que en la izquierda, siendo esto un cuchillo o algo similar, ya que no alcancé a verlo bien, [...] yo salgo detrás del sujeto [...]». Más adelante agregó, en relación con el sujeto, que «[...] estaba como revisando el motor [...] metido dentro, [...] cuando intento agarrarlo para que no se vaya me amenaza haciendo un gesto como para asustarme, teniendo un objeto en la mano [...]» (ver fs. 1 y vta.).

Esta declaración debe tenerse en cuenta junto con el acta de procedimiento, donde se consignó, a través de la entrevista a Johana Rivero, que el acusado aprehendido era «[...] el hijo de puta que me amenazó con un cuchillo y le quiso robar el auto a mi hermano [...]» (ver fs. 4), añadiendo el personal policial

actuante que en todo momento las víctimas querían golpear al acusado, razón por la que procedió a su retiro.

De modo similar se plasmó en las comunicaciones del CEO de fs. 81/82: «[U]n QRJ habría intentado abrir un capot y habría amenazado a un femenino [sic] con un cuchillo [...]». Ahora bien, ya en el debate, fue la propia víctima, quien efectivamente, como señala el sentenciante, relató los hechos con absoluta claridad. Con las mismas apreciaciones iniciales acerca de qué hacía a esa hora, sostuvo, «[...] empecé a los gritos, increpé a la persona que estaba de acá para arriba adentro, [hace un gesto tocándose la cintura] con una mochila colgada, tapado con la capucha y tenía una bolsa de consorcio que la tiró cuando yo lo increpo [...] [y] me dice no te robé nada [...]» (ver registro audiovisual del día 05/10/2021, 00:27:50 y ss).

Luego fue más gráfica, «[...] él se retira más a la vereda, cuando yo lo quiero agarrar, se hace así, [vuelve a hacer un gesto hacia atrás con las manos levantadas], aun cuando aclaró que ella lo tomó como una amenaza, dijo que no sabía qué tenía en la mano y que después le dijeron que era como una llave (ver registro audiovisual del día 05/10/2021, 00:28:30 y ss). Expresamente: «[...] tenía algo en la mano, yo pensé que era un cuchillo [...] tenía el puñito para adentro, refiriéndose al buzo, algo metálico, brillante, yo me asusté, me hice para atrás [...]» (ver registro audiovisual del día 05/10/2021, 00:31:30 y ss). También agregó que no le dijo nada, sólo le expresó que «no tenía nada». La defensa hizo hincapié en el debate en el lenguaje corporal de la testigo cuando se refirió a la actitud del acusado –hacerse para atrás y levantar ambas manos– y a raíz de ello y respecto de su actitud expresó: «[La mía] fue de asustarme [pero agregó] cuando me abalanzo atina a hacerse para atrás para que yo no lo pueda agarrar [para agregar sobre sus manos] no se las vi, el buzo era más grande [...]» (ver registro audiovisual del día 05/10/2021, 00:34:39 y ss).

Finalmente, debe señalarse el acusado resultó coincidente con la víctima en cuanto reconoció su participación en el hecho. Incluso detalló los elementos que llevaba, explicó las razones por las que portaba esos elementos –había ido a trabajar al taller de frenos de un tío suyo y no había trabajo– y coincidió en la actitud, tanto de la víctima –haberlo increpado, insultado– como la suya –hacerse hacia atrás– cuando fue sorprendido en plena ejecución del hecho.

Debe tenerse presente **que llevaba herramientas, pues un transeúnte le alcanzó al personal actuante una llave francesa** (véase acta de ratificación del Oficial Pastén de fs. 9/10 y acta de secuestro de fs. 13).

De la prueba rendida efectivamente puede colegirse que el acusado portaba un destornillador que luego fue secuestrado y que bien podría ser el objeto brillante metálico que refirió la víctima.

Ese elemento no fue utilizado para abrir el capot del rodado teniendo en cuenta la inexistencia de daños que surge de la prueba instrumental de fs. 64/67 –informe de policía científica– así como de la testimonial del hermano de Johana Rivero y dueño del rodado (ver registro audiovisual del día 05/10/2021, 00:41:00 y ss).

Por ello, y en absoluta coincidencia con el juez de la instancia previa, el núcleo de la discusión debe circunscribirse al **uso del mismo** una vez que se hizo presente la Johana Rivero y con el objeto de lograr su impunidad, lo que nos llevaría a virar la calificación de la sentencia a la original sostenida por la fiscalía de robo agravado por el uso de arma.

De acuerdo con las circunstancias reseñadas **no puede afirmarse que el acusado haya utilizado el destornillador para procurar su impunidad**, elemento que ni tan siquiera fue identificado por Johana Rivero pues coligió que se trataba de un cuchillo y más aún dijo no haberle visto la mano, sino apenas algo que se le asomaba del puño del buzo que vestía.

No blandió el elemento.

De tal manera, **no habría estado aquel elemento blandido**. Contrariamente, el ademán que ambos realizaron en el debate, la propia víctima y el acusado, de hacerse hacia atrás al salirse de dentro del motor del vehículo cuyo capot acababa de abrir, arroja dudas acerca de una visualización involuntaria de aquél elemento, pero descarta una exhibición ostentosa del mismo.

Coincidió entonces que ha primado en el juez de la instancia previa, para afirmar la improcedencia de la aplicación de la agravante, el estado de duda acerca de las circunstancias fácticas que le darían sustento. Por ello, aparece debidamente fundada la subsunción de los hechos de robo simple, única hipótesis que arroja la certeza necesaria para condena.

En este orden, debe considerar, tal como sostiene Maier, que «[...] la falta de certeza representa la imposibilidad del Estado de destruir la situación de inocencia, construida por la ley (presunción), que ampara al imputado, razón por la cual ella conduce a la absolución. Cualquier otra posición del juez respecto de la verdad, la duda o aun la probabilidad, impiden la condena y desembocan en la absolución [...]» (MAIER, Julio B. J., Derecho procesal penal, Tomo I, Fundamentos, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, 2ª edición, p. 495).

Por lo expuesto, corresponde contestar de manera negativa a la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso de casación promovido y confirmar la sentencia criticada. **ASÍ VOTO.**

Voto Dr. Adaro y Dr. Palermo. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. **ASÍ VOTO.**

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se **RESUELVE:**

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal, cuyas copias se hallan digitalizadas.
- 2.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

26- LOBATO BARROSO y ot.. 19-08-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
									CI					474
-	B	M	AI	PCE	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	418

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=869>

Lex: Art. 166, inc. 2°, 2° párrafo, 167, inc. 2°, 54, 55, 90 del CP. Art. 359 CPP.

Vox: Robo. Arma impropia. Poblado y banda. Concurso ideal. Lesiones graves. Concurso real. JAI cuestionado.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado, Ismael Mauricio Gordillo Flores, a la pena de **cinco años de prisión** como autor del delito de robo agravado por el uso de arma en concurso ideal con robo agravado en poblado y en banda (arts. 166 inc. 2, segundo párrafo, 45, 167 inc. 2 y 54 del CP)- dos hechos en concurso real- y como autor del delito de lesiones graves (arts. 90 y 45 del CP). La resolución cuestionada es derivación de la aplicación del procedimiento **abreviado** previsto por los arts. 418 y ss. del CPP.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP) solo en referencia a los expedientes de robo con arma impropio. Estima que el razonamiento del sentenciante es arbitrario, equívoco e incurre en el vicio de errónea aplicación de la ley penal sustantiva.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1838 (12-10-21), pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

I-Arma impropia.

- Guerra Mora. 29-07-21. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=551>
- González Pina.

Precedentes relacionados

a-SCJM

- Ver Olguín Herrera. 25-03-22. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=767>

SCJM. Dres.: **Valerio.** Palermo. Adaro.

Fallo.

CUIJ: 13-06775711-9/1((018602-11235)) FC/ LOBATO BARROSO CELSO EXEQUIEL; GORDILLO FLORES ISMAEL MAURICIO; AGUILERA SEBASTIAN EZEQUIEL P/ ROBO AGRAVADO Y ACUMULADOS P-11244/21 Y P-44819/20 (11235) (11244) (44819) (11235/21) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106031240*

En Mendoza, a los diecinueve días del mes de agosto del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva en la causa N° 13-06775711-9/1, caratulada “F. C/LOBATO BARROSO, CELSO EXEQUIEL; GORDILLO FLORES, ISMAEL MAURICIO; AGUILERA, SEBASTIÁN EZEQUIEL P/ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA EN CONCURSO IDEAL CON ROBO AGRAVADO POR SER EN POBLADO Y EN BANDA S/CASACIÓN” Y ACUMULADOS N° P-11.244/21 Y P-44.819/20.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO, y tercero, DR. MARIO D. ADARO.

El defensor del acusado interpone recurso extraordinario de casación contra la sentencia n° 1.838 de fecha 12 de octubre de 2.021 y sus fundamentos orales del Tribunal Penal Colegiado N° 2, en sala unipersonal. Esto, en razón de que en ella se condena a Ismael Mauricio Gordillo Flores como autor del delito de robo agravado por el uso de arma en concurso ideal con robo agravado en poblado y en banda, que se le atribuye en el marco de los autos N° P-11.235/21 (arts. 166 inc. 2, segundo párrafo, 45, 167 inc. 2 y 54 del CP); como autor del delito de robo agravado por el uso de arma en concurso ideal con robo agravado en poblado y en banda, que se le atribuye en el marco de los autos N° P11.244/21 (arts. 166 inc. 2, segundo párrafo, 45, 167 inc. 2 y 54 del CP) y como autor del delito de lesiones graves en autos N° P-44.819/20 (arts. 90 y 45 del CP).

La resolución cuestionada es derivación de la aplicación del procedimiento abreviado previsto por los arts. 418 y ss. del CPP.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: pronunciamiento sobre honorarios y costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El juez de la instancia previa tuvo por acreditado el hecho contenido en la acusación fiscal de **los autos n° P-11.235/21**, según los cuales «[...] siendo aproximadamente las 8: 25 hs. del día 30 de enero de 2021 [...] en calles Buenos Aires y Los Andes del barrio Ignacio de Loyola de Carrodilla, Luján, Mendoza, Celso Exequiel Lobato Barroso conducía el automóvil marca Fiat modelo Siena [...] gris, acompañado [...] por Ismael Gordillo Flores y Sebastián Ezequiel Aguilera. Éstos dos últimos al llegar a la intersección [...] descendieron del rodado y abordaron a la víctima, Claudia Andrea Moreno Tobares quien iba caminando hacia su casa, y mientras Aguilera le dijo “dame la cartera”, Gordillo le apoyó un destornillador a la altura de las costillas y le manifestó “dame el celular”, logrando ambos sustraerle [...] un bolso pequeño, tipo cartera [con documentación varia] un celular marca Samsung J1 color gris [...] y 200 pesos en dos billetes de cien [...]. Luego los sindicados volvieron al rodado donde los aguardaba Lobato, y se fueron por calle Buenos Aires hacia el norte. Minutos más tarde, siendo las 08:30 hs, personal policial [...] observó

circulando por Perito Moreno y Sarmiento de Godoy Cruz, un automóvil con similares características [y con otra movilidad que concurrió en apoyo] lograron la aprehensión de los tres sindicados, y al secuestro dentro del rodado de los elementos sustraído, así como también de un destornillador Philips». Asimismo, también estimó probado el hecho contenido en la acusación fiscal de los **autos n° P-11.244/21**, esto es que «[...] siendo aproximadamente las 07:40 hs. del día 30 de enero de 2021, Celso Exequiel Lobato Barroso conducía el automóvil marca Fiat modelo Siena [...] gris, siendo acompañado en el vehículo por Ismael Mauricio Gordillo Flores y Sebastián Ezequiel Aguilera. Al llegar a la intersección de Sarmiento y Alberti, de Godoy Cruz, Lobato detuvo la marcha del vehículo, entonces Gordillo y Aguilera descendieron del mismo, se acercaron a Sr. Juan Javier Tapia González, que se encontraba en la parada de colectivo, le apoyaron un elemento cortante tipo cutter en el pecho y mediante amenazas le exigieron su teléfono celular, marca Samsung modelo Galaxy modelo J7 Prime color dorado y funda gris, que la víctima les entregó [...] volvieron a subir al vehículo, que salió en dirección Oeste por Sarmiento, siendo perdido de vista por la víctima, quien de regreso a su casa observó a dos agentes policiales [...] informaron del hecho al CEO. Minutos más tarde, siendo las 08:30 hs, personal de la UEP, [...] observó circulando por Perito Moreno y Sarmiento, de Godoy Cruz, un automóvil con similares características [y con otra movilidad que concurrió en apoyo] lograron la aprehensión de los tres sindicados, y al secuestro de dos cutter, uno color rosado y negro, y otro color bordó, así como el secuestro del teléfono celular sustraído». Finalmente, en **autos n° P-44.819**, consideró acreditado que «[e]l día 12 de junio del año 2020 aproximadamente a las 05:00 horas, en momentos en que la víctima [...] se retiraba de la vivienda [...] 25 de mayo y 20 de junio de barrio Ciavane, Jesús Nazareno, [...] Guaymallén [...], los sindicados Nicolás Gabriel Coz Arrioca, Ismael Mauricio Gordillo Flores, Facundo Damián Arriola Allende, Ezequiel Alexander Muñoz Aguirre, Fernando Ariel Muñoz Aguirre y NN o Andrés Torres, le arrojaron piedras, impactando una de ellas en su cabeza, lo que le produjo un traumatismo de cráneo encefálico con pérdida de conocimiento, ocasionándole lesiones con un tiempo probable de curación e inutilidad para el trabajo mayor a un mes, sin peligro de vida, para luego darse a la fuga del lugar».

Para así decidir, el juez de la instancia previa valoró el reconocimiento de los hechos por parte del acusado, así como los elementos de prueba obrantes en las causas referidas.

2.- El recurso de casación

El defensor técnico promueve la **impugnación únicamente respecto de los autos n° P11.235/21 y P-11.244/21, a tenor de las disposiciones del art. 474 inc. 1 del CPP.**

Luego de justificar la procedencia formal del recurso, afirma que existe una errónea aplicación de la ley sustantiva.

Sostiene que su defendido fue condenado a la pena de **cinco años de prisión** por el delito de robo agravado por utilización de **arma (impropia)** en un procedimiento abreviado en el que reconoció el hecho y la participación en el mismo.

Cuestiona la subsunción legal de estos hechos, puntualmente sobre el alcance del término arma, concepto éste normativo.

Afirma que la tesis del juez fue la misma que la de la Fiscalía.

Concepto de arma impropia

Define el **término «arma impropia»** como aquella que, sin adecuarse estrictamente al concepto de armas, se equiparan a éstas por el mayor poder ofensivo que su uso otorga al sujeto activo respecto a la víctima. Añade que debe ser aquel objeto construido específicamente para el ataque o la defensa, y que no podría

extenderse ese concepto a otros que no encuadran en esa categoría sin caer en una interpretación analógica in malam parte vedada por el principio de legalidad (art. 18 de la CN).

Entiende por ello que **el cúter y el destornillador** utilizados en el hecho, a diferencia de los cuchillos, que pueden calificarse de arma blanca y utensilio son, por un lado, un útil escolar y, por el otro, una herramienta.

De tal manera, **escaparían al concepto de arma del tipo penal.**

Reconoce sin embargo que la utilización de esos elementos implicó un aumento del poder ofensivo del agente que creó un peligro mayor para la víctima y menguó su capacidad de oposición o defensa, pero que ello debió ser valorado al momento de determinación de la pena (art. 41 inc. 1 del CP) y no en la adecuación típica que, a su modo de ver, debió ser la de robo simple (art. 164 del CP).

Solicita de este modo que se revoque la sentencia.

Finalmente, hace reserva de recurso extraordinario.

3.- El dictamen del señor Procurador General

A fs. 5/6 se encuentra agregado el dictamen emitido por el Procurador General.

Luego de examinar las críticas promovidas refiere que corresponde rechazar la pretensión casatoria. Señala que del análisis del caso planteado se advierte el cumplimiento acabado al procedimiento previsto en el Código Procesal Penal para **el juicio abreviado**, lo que surge de la constancia audiovisual de la audiencia celebrada.

Allí consta el acuerdo arribado entre las partes, la voluntad expresa del acusado en relación con la admisión de los hechos tal como le fueron leídos así como la calificación legal. Destaca en este aspecto que acusado estaba debidamente asistido por su defensor técnico de confianza.

Expresa que ni la defensa ni el acusado hicieron cuestionamiento alguno a la calificación legal propuesta por el fiscal, quien debió, en su caso optar por lograr otro acuerdo o seguir hacia la realización del debate. Puntualiza, además, el reconocimiento, en el libelo recursivo, de la utilización tanto del cutter como del destornillador en los hechos, en aumento del poder ofensivo del acusado.

Califica de ilógica y ajena a nuestro sistema penal, en tanto existe la conducta prevista en el art. 166 inc. 2 del CP, la pretensión de la defensa de considerar ello al momento de la determinación de la pena, lo que ha sido ampliamente tratado por la doctrina y la jurisprudencia en una discusión ya superada.

Cita autores que avalan dicha afirmación.

Por lo expuesto, aconseja el rechazo del recurso casatorio convalidando la sentencia impugnada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Examinado el recurso de casación promovido, así como la sentencia impugnada, entiendo que el primero no puede prosperar por los motivos que a continuación paso a exponer.

De manera preliminar he de señalar que el agravio de la defensa únicamente pretende cuestionar la calificación legal adoptada en los autos precitados por el juez de sentencia respecto de Ismael Mauricio Gordillo Flores acerca de la calificación como arma de los elementos utilizados en los hechos.

A partir de allí, **petición que los hechos se encuadren en la figura del robo simple.**

No obstante, no hacer cuestionamiento alguno a la existencia de vicios u omisiones respecto de la observancia del procedimiento de juicio abreviado, he de hacer algunas consideraciones previas relacionadas con el planteo efectuado y las constancias de la causa, para luego dar tratamiento al agravio concreto articulado. En primer lugar, debe considerarse que es el propio recurrente quien reconoce

expresamente que su defendido realizó un juicio abreviado reconociendo el hecho y la participación en el mismo.

También es la propia defensa quien **refiere que el cúter y el destornillador fueron utilizados** en los hechos y que ello implicó un mayor poder ofensivo del acusado que creó un peligro mayor para las víctimas y menguó su capacidad de oposición o defensa.

De la compulsión de las actuaciones n° P-11.235/21 y P-11.244/21 se advierte que la defensa no formuló cuestionamiento alguno a lo largo del proceso a dicha calificación legal –robo agravado por el uso de arma prevista por el art. 166 inc. 2 del CP– ni formuló apelación al momento del dictado de la prisión preventiva ni oposición al requerimiento de citación a juicio.

En función de esto último, se dispuso el 1 de septiembre de 2021 en los autos n° P-11.235/21 la elevación a juicio de la causa –al vencimiento de los términos para deducir oposición– al Segundo Tribunal Penal Colegiado. Lo propio ocurrió en autos n° P-11.244/21 en idéntica fecha. Ingresadas las actuaciones al Tribunal Penal Colegiado N° 2 y celebrada la audiencia preliminar el 12 de octubre de 2021 es cuando, en la oportunidad prevista por el art. 364 del CPP, y luego de identificados que fueron los tres acusados, la defensa del acusado Gordillo –la misma que en esta instancia recurre– hizo saber al juez interviniente que habían acordado con el Ministerio Público Fiscal un juicio abreviado final (ver registro audiovisual del día 12/10/2021, minutos 00:09:26 y ss).

En el mismo sentido se expresó la defensa del acusado Sebastián Ezequiel Aguilera, mientras que la defensa del acusado Lobato Barroso manifestó no haber hablado con éste, dándole la oportunidad de ello el juez de sentencia, para terminar admitiendo –**también– un juicio abreviado** (ver registro audiovisual del día 12/10/2021, minutos 00:10:20 y ss). En cumplimiento de la normativa procesal, el juez otorgó la palabra a la representante del Ministerio Público Fiscal, quien hizo saber el acuerdo alcanzado y específico, respecto de Gordillo, que el aquel alcanzaba a las tres causas –P-11.235/21, P-11.244/21 y 44.819/20– y que la pena acordada era de **cinco años y tres meses de prisión en efectivo**.

Justificó el monto en la corta edad del acusado –20 años– y su carencia de antecedentes. Seguidamente el juez preguntó en forma clara y directa al acusado Gordillo Flores sobre lo informado por la representante del Ministerio Público Fiscal, quien expresamente señaló que estaba de acuerdo (ver registro audiovisual del día 12/10/2021, I parte, minutos 00:12:46 y ss). Luego de recabarse dicha conformidad a los tres acusados, otorgó el trámite de ley y solicitó la lectura de los hechos y la prueba en la que se sustentaban las acusaciones, lo que así hizo la fiscal interviniente en forma detallada en cada una de las tres causas, el grado de participación de cada uno y la calificación legal (ver registro audiovisual del día 12/10/2021, I parte, minutos 00:13:14 hasta 00:27:31).

Seguidamente el juez preguntó a las defensas de los tres imputados si estaban de acuerdo con los hechos leídos, la prueba y la calificación (ver registro audiovisual del día 12/10/2021, I parte, minutos 00:27:37 y ss) y, luego a los acusados.

Gordillo y los demás acusados, contestaron sin duda alguna afirmativamente (ver registro audiovisual del día 12/10/2021, I parte, minutos 00:28:00 y ss). Luego, el juez ordenó un breve cuarto intermedio y resolvió.

Al momento de dictar la sentencia n° 1.838, los fundamentos fueron oralizados (ver registro audiovisual del día 12/10/2021, II parte, minutos 00:01:52 y ss y hasta 00:20:38). En función de ellos, surge que el juez hizo lugar al procedimiento de juicio abreviado al considerar, con detalle de la prueba de autos, acreditados los hechos y la calificación legal.

Posteriormente, dio lectura -en forma personal- del resolutivo a cada acusado (ver registro audiovisual del día 12/10/2021, II parte, minutos 00:19:07 y ss). Téngase presente también que para ello hizo poner de pie a cada uno de ellos (ver en el caso de Gordillo registro audiovisual del día 12/10/2021, II parte, minutos 00:20:38).

Como se advierte, el juez efectuó un amplio control jurisdiccional de legalidad y procedencia que abarcó no sólo la existencia del consentimiento del acusado Gordillo respecto del procedimiento abreviado aplicado, el reconocimiento de culpabilidad de los hechos atribuidos y la calificación legal en la que subsumieron, la suficiencia de las pruebas recogidas en la investigación para dar base a la sentencia, y de la pena a imponer.

Además, la verificación de aquel **consentimiento** que fue prestado en forma libre y eficaz a través de un interrogatorio personal, claro y directo.

En relación con la calificación legal que pesaba en contra de Gordillo, se observa que ni el acusado, ni su defensa, realizaron objeción alguna en dicha audiencia al respecto.

Reseñadas las actuaciones relevantes previas al dictado de la sentencia que la defensa cuestiona en esta instancia, debe referirse que el agravio planteado, como ya he expresado, se circunscribe a sostener que los elementos utilizados en los hechos correspondientes a las causas n° P11.235/21 y P-11.244/21 –un cúter y un destornillador– no permiten el encuadre típico dado en la sentencia, debiendo la subsunción típica adecuada ser la de la figura del robo simple y valorar su uso al momento de mensurar la pena.

El razonamiento, a pesar de reconocer que el uso de aquellos elementos implicó un aumento del poder ofensivo del agente, creó un peligro mayor para la víctima y menguó su capacidad de oposición o defensa, es que el cúter y el destornillador no encuadrarían en el concepto de arma del tipo penal.

Según la defensa, el **concepto de «arma impropia»** abarcaría aquellos elementos que sin adecuarse estrictamente al concepto de armas, se equiparan a aquellas por el mayor poder ofensivo que su utilización otorga.

Pero, afirma y agrega, que es aquel objeto construido específicamente para el ataque o la defensa, siendo su aplicación al caso analógica in malam partem en violación al principio de legalidad. Ejemplifica con el cuchillo que tendría esa doble categoría de arma blanca y utensilio de cocina. Considero que el planteo sustancial no puede prosperar.

Tal como ha sostenido este Tribunal es arma impropia aquel «instrumento que sin ser específicamente diseñado como para lesionar o matar, contaba con un **alto poder ofensivo** para causar el mismo resultado» (ver, al respecto, «**Guerra Mora**»; en el mismo sentido, «**González Pina**»).

Efectivamente, de la denuncia de fs. 1 y vta. de autos n° P-11.235/21, surge que la víctima Moreno Tobares refirió «[...] el segundo sujeto esgrimía un destornillador con el cual me punzaba constantemente a la altura de las costillas. Este último sujeto me decía “dame el celular” [...]» y agregó más adelante «[...] el segundo sujeto portaba un destornillador al cuál solo le vi la punta y el vástago es decir la varilla cromada pero no alcance a verle mango [...]».

Ello lo reiteró a fs. 168 ante una nueva declaración, encontrándose presente la defensa del acusado Lobato, explicando que uno de los sujetos, el que era más alto le pidió la cartera, mientras que el otro le acercaba un destornillador a las costillas. Del mismo modo en autos n° P-11.244/21, la víctima Tapia González refirió en su denuncia a fs. 1 y vta., «[...] uno de los dos venía con un elemento cortante y me lo puso a la altura del pecho, el otro también se me acercó y entre los dos me pedían el celular [...] tengo un tipo de rasguño que me hizo quien me robó con el elemento cortopunzante que tenía en su poder [...]».

A lo que agregó, «[...] los dos se me vinieron encima, uno de ellos tenía en la mano un elemento cortante, el otro se me puso de costado y me apoyó otra cosa a la altura del pecho, esa cosa yo no la vi, pero cuando se fueron me di cuenta que me había hecho esa herida en el pecho [...]».

Asimismo, la lesión referida se constata con la fotografía a fs. 3/4 y obra acta de visu a fs. 9 en la que se describe un corte superficial de doce centímetros a la altura del pecho del lado de la tetilla izquierda. También se dejó constancia de la amenaza con el cutter en el acta de procedimiento de fs. 5 y de fs. 10/11. Ha de tenerse presente que al momento de la aprehensión, la movilidad 2676 que compareció en apoyo logró la aprehensión de los sindicados y el secuestro, dentro del rodado, de los elementos sustraídos y de un destornillador Philips.

Ello aconteció al momento de su requisita cuando, de entre las ropas de uno de ellos se secuestró un cutter y un celular marca Samsung; a otro de los sujetos se le halló otro cutter; mientras que al tercer sujeto un destornillador de color amarillo.

Así es mencionado por el Ministerio Público Fiscal en el requerimiento de citación a juicio y es consignado en ambas actas de procedimiento con la consiguiente descripción de las mismas.

En este sentido personal actuante describió que Lobato, el conductor del rodado, al ser requisado, portaba un cutter de color con negro con una hoja aproximada de cinco centímetros; Gordillo, que iba de acompañante, de entre sus prendas un destornillador Philips con mango amarillo y material fundido de aproximadamente de diez centímetros y a Aguilera, que iba en la parte trasera, otro cutter de color bordó con una hoja de aproximadamente diez centímetros además de un celular. Ello se reitera en el acta de secuestro de fs. 24.

De todo lo referido, surge que la sentencia cuestionada no adolece de vicio alguno que la desvirtúe como acto jurisdiccional válido, en tanto aparecen debidamente aplicadas las reglas del procedimiento abreviado por parte del juez de la instancia previa.

En este sentido, debe destacarse que el acusado recurrente, asistido por su defensa, consintió la aplicación de aquel procedimiento y reconoció, de manera clara y libre, los hechos que formaban parte de las acusaciones en su contra, las pruebas que las avalaban, las calificaciones legales de esos hechos – que, como también se destacó, no fueron cuestionadas en todo el proceso– y la pena acordada.

Más allá de ello, debe decirse que el cuestionamiento formulado en esta instancia, también resulta improcedente de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal al respecto, la que fuera oportunamente reseñada.

En función de lo expuesto, considero que los agravios formulados con relación a la causa N° P-11.235/21 y N° P-11.244/21 **no pueden tener acogida favorable y la condena impuesta debe ser confirmada.**

Por lo expuesto y, en opinión concordante con el señor Procurador General, corresponde contestar de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo y Dr. Adaro. Adhieren.

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren por sus fundamentos al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas al acusado vencido y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado Ismael Mauricio Gordillo Flores.
- 2.- Imponer las costas a la parte vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese.

DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

27- MALDONADO JOSE LUIS. 19-08-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	B	M	-	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	418

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=885>

Lex: Art. 167, inc. 2° CP

Vox: Robo. Poblado y banda. JAI cuestionado.

Summa:

El **JPC** condenó al nombrado a la pena de **tres años de prisión** de cumplimiento efectivo como autor del delito de robo agravado por ser en lugar poblado y en banda (art. 167 inc. 2 del CP). La resolución cuestionada resultó derivación de la aplicación del **juicio abreviado final** previsto por los arts. 26 inc. 4 y 418 del CPP.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 CPP). Expresa que la **agravante de «banda» ha sido mal** aplicada y que debió condenarse al acusado por la figura simple. Una **tercera persona no identificada debió ser valorada al determinar la pena**, pero no al calificar el hecho.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 10197, pronunciada por el JPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes relacionados

a-SCJM

- Ver Olguín Herrera. 25-03-22. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=767>

SCJM. Dres.: **Palermo.** Adaro. Valerio.

Fallo.

CUIJ: 13-06851740-5/1((018501-114403)) F. C/ MALDONADO, JOSE LUIS P/ ROBO AGRAVADO POR SER EN LUGAR POBLADO Y EN BANDA (114403) (114403/21) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106102158*

En Mendoza, a los diecinueve días del mes de agosto del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06851740-5/1 caratulada “F. c/ MALDONADO, JOSÉ LUIS P/ ROBO AGRAVADO POR SER EN LUGAR POBLADO Y EN BANDA (ART. 167 INC. 2 DEL CP) S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO.

La defensa de José Luis Maldonado plantea recurso de casación contra la sentencia n° 10.197, pronunciada por el Primer Juzgado Penal Colegido de la Primera Circunscripción Judicial y por la que se condenó a aquél a la pena de tres años de prisión de cumplimiento efectivo por considerarlo penalmente responsable del delito de robo agravado por ser en lugar poblado y en banda (art. 167 inc. 2 del CP) en autos n° P-114.403/21.

La resolución cuestionada resultó derivación de la aplicación del juicio abreviado final previsto por los arts. 26 inc. 4 y 418 del CPP.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La jueza de la instancia previa consideró acreditado el hecho atribuido al acusado, según el cual «[...] ..el día 03 de Noviembre de 2021, siendo las 23:45 hs. aproximadamente, JOSE LUIS MALDONADO y MARCELO LUIS ANDRADE, y un sujeto NN no individualizado a esta altura de la investigación, ingresaron al domicilio ubicado en Barrio17 de Mayo, mza. A casa 8 de Perdriel de Luján de Cuyo Mendoza, previo romper un alambre que servía como cierre de una puerta y sustrajeron 6 mallas de hierro de construcción de unos 6 metros de largo y 6 mm de espesor, dándose a la fuga, siendo aprehendidos por personal policial a unos 200 metros aproximadamente del lugar del hecho con parte de la res furtiva en su poder [...]».

Para así decidir, valoró, además del reconocimiento del acusado, el acta de procedimiento que dio cuenta de la aprehensión en flagrancia del acusado por parte de personal policial con la res furtiva y la declaración de la víctima.

2.- Recurso de casación

La defensa del acusado funda el recurso de casación en el art. 474 inc. 1 del CPP, por considerar que la sentencia incurre en inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva.

Aun así, explica que el falso razonamiento del Juzgado también implicó un vicio procedimental.

Expresa que la **agravante de «banda» ha sido mal** aplicada y que debió condenarse al acusado por la figura simple de robo no agravado.

Señala que para que exista una banda deben constatarse **la intervención en el robo de, al menos, tres sujetos, pero que en el caso en análisis no ha sido acreditada de ninguna manera la existencia de una tercera persona**, pues sólo intervinieron dos sujetos, que fueron aprehendidos.

Afirma que, en todo caso, la existencia de una **tercera persona no identificada debió ser valorada al determinar la pena**, pero no al calificar el hecho para encuadrarlo en la figura agravada.

En función de ello, solicita se case la sentencia y condene al acusado a la pena de seis meses de prisión por el delito de robo simple previsto en el art. 164 del CP.

3.- Dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de emitir su dictamen, el Procurador General considera que, aunque el recurso procede desde el punto de vista fiscal, debe ser rechazado en el fondo.

Explica que se ha dado cumplimiento acabado con el procedimiento legal previsto para el juicio abreviado, por lo que los motivos alegados por la defensa carecen de sustento.

Refiere que ambas partes solicitaron el procedimiento abreviado, tal como surge de los registros audiovisuales, y que en el acuerdo presentado concordaron en punto a la calificación jurídica del hecho y la pena a imponer.

Además el acusado, asistido por su defensa, admitió la imputación, aceptó su responsabilidad y la pena pactada.

Entiende que, de haber mediado desacuerdo con la calificación, la oportunidad para manifestarlo era previa a la presentación y consentimiento del acuerdo de juicio abreviado, de modo que los argumentos defensivos resultan ilógicos y ajenos al contexto presente del proceso.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, adelanto que el recurso de casación planteado en autos debe ser desestimado en esta instancia. Paso a explicarlo.

El análisis de las constancias audiovisuales de la audiencia del día 2 de marzo de 2022 da cuenta que las partes solicitaron a la jueza interviniente la aplicación del procedimiento abreviado.

En esa ocasión, la acusación mencionó la intervención en el delito de Maldonado, Andrade y un sujeto no individualizado –v. audiencia del 2/03/22, min. 03:14 a 03:28–.

También hizo mención a la pena acordada, de tres años de prisión que, habida cuenta de sus antecedentes penales recientes, debía ser de cumplimiento efectivo –v. min. 04:40 a 05:49–. Como pruebas, mencionó el acta de procedimiento que dio cuenta de la aprehensión en flagrancia del acusado por parte de personal policial con la res furtiva y la declaración de la víctima respecto de los objetos sustraídos –que coincidían con los que portaba el acusado–, –v. min. 05:49 a 08:55–.

El defensor del acusado ratificó el acuerdo, en particular en cuanto a los hechos acusados, la calificación legal y la pena –v. min. 09:50 a 10:25–.

Por su parte, la jueza explicó a Maldonado los alcances del procedimiento abreviado y del acuerdo, así como la cuantía y modalidad de pena que se impondría; tras lo cual Maldonado expresamente aceptó su responsabilidad en el hecho que le fue acusado y la resolución del caso mediante juicio abreviado –v. min. 10:50 a 12:12–.

La jueza consideró acreditada la intervención de tres sujetos en el robo, a partir de la prueba ofrecida por el Fiscal –v. min. 12:12 a 13:27–.

De acuerdo con lo expuesto, considero que el agravio de la defensa no resulta procedente debido a que no encuentra asidero en ningún elemento incorporado a la causa, de modo que no es posible tenerlo por verificado.

Más allá de que la concreta situación fáctica cuestionada por la defensa fue reconocida por el acusado y su defensa al momento en que la jueza puso en su conocimiento la imputación en su contra y recabó su consentimiento respecto del acuerdo alcanzado –explicado detalladamente y sin que Maldonado ni su defensa formularan objeción alguna–, debe señalarse que aquello surgía de los demás elementos de prueba obrantes en la causa, tales como la declaración del testigo Gerardo Ariel Garro Fredes, quien pudo observar a **tres sujetos** frente a su casa llevándose sobre sus cabezas las mallas de construcción robadas (v. declaración del día 04/11/21); el acta de denuncia realizada por la víctima, Jaime Gabriel Baldibiezo Izaguirre (v. actuaciones del día 04/11/21), que ratificó la versión de Garro Fredes; y el acta de procedimiento (v. actuaciones del día 04/11/21) en la que los auxiliares Walter Martínez y Marcos López tomaron conocimiento del hecho y de la cantidad de intervinientes por Garro Fredes, y a pocos momentos vieron a tres sujetos trasladando las mallas robadas y aprehendieron a dos de ellos.

En definitiva, al **no constatare vicio alguno en la sentencia cuestionada por la defensa y teniendo en consideración el reconocimiento**, expresado por parte de Maldonado de manera informada y libre, respecto de los hechos atribuidos, la calificación legal y la pena acordada, estimo que no resultan de procedencia los agravios expuestos. Por lo expuesto y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde rechazar el recurso de casación y confirmar la sentencia impugnada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Valerio. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los Dres. MARIO D. ADARO y JOSÉ V. VALERIO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. MARIO D. ADARO y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los Dres. MARIO D. ADARO y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación planteado en autos por la defensa de José Luis Maldonado.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

28- BALDEZ GATICA, SOSA ALBELLO y ot.. 25-08-2022.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 54	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	B	M	ANA	PCE	-	-	A	-	CI	-	-	-	-	474 229

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=871>

Lex: Art. 167 inc. 2, art. 166 inc. 2, 3º párrafo, art. 54 y 141 del CP. Acordada n° 29051.

Vox: Robo. Poblado y banda. Arma sin aptitud acreditada. CI. Privación ilegítima de la libertad. Escuchas telefónicas. Intervención.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado, Adrián Roberto **Sosa Albello** a la pena de **siete años de prisión** por considerársele coautor penalmente responsable del delito de robo de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada, en concurso ideal con privación ilegítima de la libertad, previsto y penado por el art. 167 inc. 2, art. 166 inc. 2, tercer párrafo, art. 54 y art. 141 del CP.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP). Sus agravios: «1.- estado subjetivo del juzgador, 2.- falta de tratamiento de los argumentos defensivos; 3.- falta de objetividad al considerar los dichos de los testigos; 4.- gravedad de la pena impuesta; 5.- pena de cumplimiento efectivo».. Solicita nulidad o absolución por duda.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado pues no resulta formalmente procedente, ya que no cumple las disposiciones de la **Acordada n° 29.051**.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1843, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-CSJN

Precedente «Casal»

SCJM. Dres.: **Valerio**. Palermo. Adaro (Licencia).

Fallo.

CUIJ: 13-06786161-7/1((018602-735354)) F C/ BALDEZ GATICA, NAVARRETE DORCEMAINE Y SOSA ALBELLO P/ ... (735354/19) (735354) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106040988*

En Mendoza, a los veinticinco días del mes de agosto del año dos mil veintidós reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06786161-7/1 caratulada “F. c/ BALDEZ GATICA JUAN SEGUNDO, NAVARRETE DORCEMAINE SEBASTIÁN ALFREDO Y SOSA ALBELLO ALBERTO ADRIÁN P/ ROBO DOBLEMENTE AGRAVADO POR HABER SIDO EN LUGAR DESPOBLADO Y EN BANDA Y POR EL USO DE ARMA DE FUEGO CUYA APTITUD PARA EL DISPARO NO PUEDE TENERSE DE NINGÚN MODO POR ACREDITADA, EN CONCURSO IDEAL CON PRIVACIÓN ILEGÍTIMA DE LA LIBERTAD S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. MARIO D. ADARO.

La defensa de Adrián Roberto **Sosa Albello** interpone recurso de casación contra la sentencia n° 1.843 y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial. Ello, en tanto se condena a aquél a la pena de siete años de prisión, accesorias legales y costas, por considerársele coautor penalmente responsable del delito de robo doblemente agravado por haber sido en lugar despoblado y en banda, y por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada, en concurso ideal con privación ilegítima de la libertad, previsto y penado por el art. 167 inc. 2, art. 166 inc. 2, tercer párrafo, art. 54 y art. 141, todos del Código Penal, que se le atribuyó en el marco de los autos n° P-735.354/19.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

La sentencia antes reseñada tuvo por acreditado los hechos contenidos en la acusación fiscal, esto es, que «[e]l día **30 de Julio de 2019**, siendo las 19:40 horas aproximadamente, por lo menos cuatro personas, entre los que se encontraban los coimputados en autos –ya condenados–, Baldéz Gatica, Juan Segundo y Navarrete Dorcemaine, Sebastián Alfredo, ingresaron al domicilio del señor Julio Cesar Roble Falcon, sito en calle 25 de Mayo a 500 metros de Calle San Martín, Finca Alhepa, Alto del Olvido, Lavalle y mediante el uso de armas de fuego, amedrentaron y redujeron a la víctima y a su grupo familiar, manteniéndolos encerrados en el interior de una de las habitaciones del lugar hasta las 22.30 horas aproximadamente, lapso de tiempo durante el cual los sujetos lograron sustraer algunos objetos ajenos individualizados en la acusación, para luego darse a la fuga» (v. pág. 3 de los fundamentos, obrantes en el sistema LeD, orden n° 131).

Para llegar a esa conclusión, el juez valoró las declaraciones de los agentes policiales Jonathan Emmanuel Puebla y de Lorena Ivón Rinaldi, quienes intervinieron en el procedimiento mediante el cual se logró la aprehensión de los dos coimputados Juan Segundo Baldés Gatica y Sebastián Alfredo Navarrete Dorcemaine, quienes fueron previamente condenados en autos mediante juicio abreviado.

Además, el testimonio y el informe del Gerardo Federico Escudero, los informes remitidos por la **División Escuchas Telefónicas y Antisecuestros Extorsivos**, así como el detalle y el desgrabado de las comunicaciones entre los acusados mantenidas en momentos concomitantes y posteriores al hecho objeto del proceso. Finalmente, el plexo probatorio valorado incluyó la prueba informativa, instrumental, y documental ofrecidas por las partes durante la audiencia preliminar, e incorporada debidamente al debate.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa del acusado formula su impugnación a tenor de lo previsto por el art. 474 del CPP, por considerar que la sentencia adolece de vicios que la descalifican como acto procesal válido.

En su presentación por escrito, la defensa enumera los agravios que le endilga a la decisión que recurre.

En este sentido, señala: «1.- estado subjetivo del juzgador, 2.- falta de tratamiento de los argumentos defensivos; 3.- falta de objetividad al considerar los dichos de los testigos; 4.- gravedad de la pena impuesta; 5.- pena de cumplimiento efectivo».

Luego, expresa su voluntad de ejercer la facultad prevista por el art. 480 del CPP, a los fines de informar oralmente la impugnación interpuesta.

Finalmente, solicita se revoque la sanción expuesta y se dicte la absolución del acusado por el beneficio de la duda (ver, al respecto, formulario de presentación del recurso extraordinario de casación, conforme Acordada n° 29.051).

3.- El dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de contestar la vista que del recurso interpuesto se le confiere, el Procurador General considera que la impugnación no resulta formalmente procedente.

Manifiesta que si bien la defensa ha intentado cumplir con las disposiciones de la **Acordada n° 29.051**, que aprobó el reglamento para la interposición de recursos extraordinarios en el ámbito penal, materializando su presentación con la planilla que, **como carátula**, se prevé en el **punto 2 del Anexo de la resolución citada**, lo cierto es que omite presentar el escrito de impugnación bajo análisis.

Ello, conforme lo prevén los puntos 1, 3, 4 y siguientes de la misma, en consonancia con lo prescripto en el art. 480 del CPP.

Señala que la lectura de la presentación realizada demuestra que no existe en concreto ninguna expresión de motivos en los agravios enunciados, los que han sido enumerados sin desarrollo alguno. Ello, impide inferir cuáles serían los vicios que se intentan señalar.

Expresa que si bien la **admisión formal en los recursos de casación ha sido ampliada** por la jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir del **precedente «Casal»**, también resulta claro que, al menos, la queja intentada debe explicitar motivos que permitan al Tribunal –y a la Procuración General– expedirse sobre los mismos, situación que no se advierte en el presente recurso. Por todo ello, estima que la presentación debe ser rechazada.

4.- Audiencia de informe oral

Al momento de realizarse la audiencia de informe oral del recurso interpuesto, la defensa del acusado expuso **los argumentos** por lo que consideraba que procedía el recurso interpuesto.

Por su parte, el representante del Ministerio Público Fiscal brindó las consideraciones por las que entendía que la impugnación no resultaba procedente.

5.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento debo adelantar que, por los motivos que a continuación se exponen, corresponde rechazar el recurso de casación formulado por la defensa de Adrián Roberto Sosa Albello. Veamos.

De manera preliminar, conviene señalar que la recurrente únicamente presentó ante el tribunal de la instancia anterior, **la carátula** prevista por **la Acordada Nº 29.501**, y no así el escrito recursivo correspondiente.

Presentación en la que **individualizó los agravios casatorios**, y manifestó su efectiva voluntad de informar oralmente la pretensión impugnativa intentada, conforme lo previsto por el art. 480 del CPP.

Sin perjuicio de lo apuntado en cuanto al modo de interposición del recurso de casación articulado por la defensora del acusado, a los fines de salvaguardar el derecho del acusado a recurrir la sentencia condenatoria, de acuerdo con la posición de esta Sala Segunda a partir del **precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación «Casal» (Fallos 328:3399)**, a continuación, se revisará la condena impuesta a Adrián Roberto Sosa Albello.

Ante todo, y a los fines de simplificar el razonamiento necesario para dar solución a la cuestión planteada, deben detallarse los aspectos de la sentencia que no han sido cuestionados por la defensa del acusado.

Por un lado, **no se discute la materialidad de los hechos** que el tribunal de la instancia anterior consideró acreditada.

Por otro lado, **tampoco se objeta el encuadre jurídico de los mismos**, los que fueron subsumidos bajo el delito de robo doblemente agravado por haber sido en lugar despoblado y en banda y por el uso de arma de juego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada, en concurso ideal con privación ilegítima de la libertad (art. 167 inc. 2, art. 166 inc. 2, tercer párrafo, art. 54 y art. 174, todos del Código Penal).

Por su parte, **los aspectos controvertidos se circunscriben a dos**.

El primero, relacionado con el **plexo probatorio y el análisis que hizo el juez** de sentencia para tener por acreditada la coautoría del acusado en los hechos objeto del proceso, al que la defensa juzga arbitrario y que conduciría a un estado de **duda en favor de aquél** (art. 2 del Código Procesal Penal).

El segundo, referido a la **determinación judicial de la pena**, aludido en la carátula de interposición del recurso de casación bajo los **títulos «gravidad de la pena impuesta» y «pena de cumplimiento efectivo»**, aunque desprovisto de algún tipo de desarrollo argumental que lo sustente.

En ese orden, y con las limitaciones señaladas precedentemente, se analizarán los cuestionamientos defensivos, agotando la capacidad de revisión de este Cuerpo.

a- Valoración de la prueba.

a.- La alegada arbitrariedad en la prueba respecto de la acreditación de la intervención punible – coautoría– en el hecho En este punto, la defensa considera que **no se ha demostrado con certeza** que el acusado intervino en el hecho objeto del presente proceso.

Si bien no cuestiona que Sosa Albello **mantuvo comunicaciones telefónicas** con algunos de los responsables del robo investigado luego de producido, considera que estas **no pueden ser valoradas como prueba para concluir asertivamente sobre el extremo resistido de la imputación delictiva**, como lo hace el tribunal de la instancia anterior en la sentencia impugnada.

Luego, estima que no existen otros elementos probatorios que incriminen al acusado, porque la víctima no lo reconoció, y porque tampoco existen rastros que permitan inferir de qué manera llegó el nombrado desde Palmira hasta el departamento de Lavalle –lugar del hecho–, ni cómo huyó de esta localidad.

Finalmente, advierte que constan en la causa **elementos de prueba de carácter desincriminante**, que no han sido considerados por el sentenciante.

Al respecto, cabe anticipar que, en este punto, el recurso no aparece sino como una mera discrepancia en orden a la valoración de la prueba, sin lograr los argumentos de la defensa desvirtuar la validez de la sentencia que cuestiona.

En ese sentido, se comprueba que la participación del acusado en los hechos tenidos por acreditados por el juez de la instancia previa, cuya existencia material no ha sido discutida por la defensa, se funda en un análisis crítico, razonado y circunstanciado de todas las constancias probatorias del proceso.

Labor mediante la cual se alcanzó un **grado de certeza** que descarta –adecuadamente, a mi juicio– todo margen de duda razonable sobre este extremo de la imputación delictiva. Doy razones.

Conforme se desprende de la lectura de los fundamentos del fallo, el juez de la instancia previa consideró central el resultado de los **informes elaborados por las unidades técnicas** correspondientes.

En particular, de la **División de Escuchas Telefónicas y Antisecuestros Extorsivos** de la Policía de Mendoza, referido a las llamadas telefónicas que mantuvo el acusado con alguno de los responsables del hecho objeto de la acusación en momentos posteriores a su consumación (titularidad de la línea, desplazamientos del móvil y contenido y horarios de las comunicaciones).

Esta información le permitió **obtener indicios múltiples, serios y convergentes para inferir necesaria y lógicamente la participación culpable** de Sosa Albello en el hecho objeto del presente proceso.

Para ello, destacó que esos informes acreditan, entre otras cuestiones, que **una de las líneas telefónicas utilizadas para esas comunicaciones, era la perteneciente a la cuenta n° 261-5948514**.

Que si bien la **titularidad formal de esa cuenta** se registraba a nombre de otro sujeto, **fue la que efectivamente había utilizado Sosa Albello para comunicarse con otros de los intervinientes** en el robo investigado, durante su ejecución.

Circunstancia que, además de resultar acreditada objetivamente en la causa, conforme da cuenta la sentencia a través de los informes mencionados –en particular, el de fecha 10 de febrero de 2019, nota 161/20–, también ha sido admitida por la defensa.

En esa misma línea de su razonamiento, el tribunal de la instancia previa ponderó que las tareas de geolocalización realizadas sobre esa línea telefónica permitieron determinar la ubicación geográfica del teléfono móvil utilizado, así como su desplazamiento en horarios coincidentes con el del robo investigado.

Al respecto, el juez de la instancia previa **subrayó que se comprobó un desplazamiento desde la zona de Tres Porteñas, del departamento de San Martín, hasta Villa Tulumaya, de Lavalle** – lugar del delito–, en la franja horaria de las 20 hs. del día 30 de julio de 2019 y las 00 hs. del día 31 de julio de 2019. Luego, otro desplazamiento desde ese lugar hacia Palmira, de San Martín.

Estos movimientos se corresponden con la dinámica temporal y modal que asumieron los hechos investigados.

Lo expuesto me conduce a compartir en este punto el razonamiento judicial del juez de sentencia cuando destacó que la información recabada a través de esos informes, suministraba **indicios relevantes de la presencia del acusado en el lugar del hecho** –o en sus inmediaciones–, en un lapso de tiempo que coincide con aquel en el cual se produjo la comisión del delito (entre las 19:40 hs. y las 22.30 hs., aproximadamente, del día 30 de julio de 2019).

Ello, si tomamos en consideración, como adecuadamente lo hace y expone el sentenciante, la relación espacial que se verifica entre la ubicación de la vivienda donde ocurrió el hecho –calle 25 de Mayo, del departamento de Lavalle–, el domicilio de Sosa Albello –Carril Lavalle n° 8871, del departamento de Guaymallén– y el lugar de residencia de los coimputados. Pues, mientras los acusados ya condenados – Baldez Gatica y Navarrete Dorcemaine– informaron que sus respectivos domicilios se encontraban en distintas zonas del departamento de San Martín, provincia de Mendoza – v. sentencia condenatoria n° 1622–, lo propio hizo Sosa Albello, al señalar que se domiciliaba, para la fecha del hecho, en el departamento de Guaymallén. A partir de este análisis el tribunal de juicio advirtió dos cuestiones relevantes.

La primera es que, lógicamente, no resultaba razonable que Sosa Albello frecuentara el departamento de Lavalle, siendo que vivía en Guaymallén.

La segunda, que la ubicación del móvil que utilizó el acusado para realizar las llamadas telefónicas en cuestión –detectada en momentos próximos al hecho investigado–, se corresponde con la dinámica modal en que se produjeron los hechos, particularmente en orden a las circunstancias espaciales que conformaron el contexto delictivo.

A su vez, comprobada la presencia del acusado en el lugar del hecho –o en sus inmediaciones–, el tribunal de juicio verificó que Sosa Albello no ofreció ningún motivo razonable, ni explicación alternativa que resulte plausible, acerca de sus desplazamientos en esos lugares en horarios coincidentes con los del robo. Lo que, adecuadamente, reforzó el valor probatorio del indicio en cuestión para probar su participación en el hecho. Finalmente, el tribunal de sentencia analizó el contenido y los horarios de una serie de comunicaciones telefónicas que mantuvo el acusado Sosa Albello con Omar Baldez, hermano del coimputado –condenado– Juan Segundo Baldez Gatica quien, además, también aparece sindicado como interviniente del delito investigado, según surge del informe obrante a fs. 398/402 vta., incorporado a los presentes obrados como prueba instrumental.

Repárese en este sentido, que se trata de escuchas telefónicas provenientes de la interceptación de comunicaciones sobre las líneas telefónicas de los sujetos involucrados en el presente hecho, que fue previamente autorizada y ordenada por autoridad judicial competente, dentro del marco de la investigación de sucesos delictivos con similares características a los aquí juzgados, y cuya validez no ha sido aquí puesta en duda.

Luego de examinar el tenor de esos diálogos entre ambos interlocutores, contextualizarlos temporalmente en relación con el momento en que se produjeron los hechos, y vincular su contenido con inferencias indiciarias que extrajo de los demás elementos probatorios, el juez de sentencia afirmó que Sosa Albello participó en el hecho que permitió la sustracción de los objetos cuyo apoderamiento ilegítimo y violento denunció la víctima de autos, y que luego fueron individualizados en la plataforma fáctica contenida en la acusación fiscal.

Comparto entonces el análisis probatorio efectuado por el sentenciante, **desde que las tres comunicaciones analizadas entre aquellos sujetos, mantenidas luego de ocurrido el hecho investigado, revelan inexorablemente un nexa que las conecta con el delito.**

Esta inferencia no es arbitraria ni caprichosa como lo considera la defensa, sino que se sustenta en un adecuado silogismo deductivo, que se sostiene en la prueba existente en la causa.

En particular, destaco el acierto del tribunal de la instancia anterior cuando subraya, como otro indicio de participación del acusado, la conversación ocurrida al día siguiente del hecho –31 de julio de 2019–, a las

11:35 hs., en la que ambos interlocutores se refieren a la posibilidad que los otros dos sujetos que intervinieron en el robo, hubieran sido detenidos por las fuerzas de seguridad.

La importancia de ese dato es que, al momento en que tuvo lugar ese diálogo, efectivamente habían sido aprehendidos los coimputados –actualmente condenados– Baldez Gatica y Navarrete Dorcemaine.

Lo mismo sucede cuando el propio Sosa Albello le confirma a Omar Baldez, en esa misma conversación, que le había enviado fotografías del tractor sustraído a uno de aquellos responsables, mediante su teléfono celular. Aquí, como bien refiere la sentencia, es necesario vincular el dato que surge de esa comunicación, con dos elementos probatorios obrantes en la causa.

Por un lado, con el acta de procedimiento policial –incorporada al debate como prueba instrumental–, suscripta por los oficiales Lorena Rinaldi y Jonathan Puebla. Pues, precisamente, en esa pieza se deja constancia de la aprehensión de los coimputados Baldez Gatica y Navarrete Dorcemaine y, además, del hallazgo en el interior del vehículo en el que se desplazaban aquéllos para esquivar la persecución policial, de un teléfono celular marca Samsung, modelo J7, de color negro.

Asimismo, los agentes policiales informaron que al momento en que se estaba desarrollando el operativo, «ingresa [a ese teléfono] un mensaje de Whatsapp, cuyo remitente figuraba con el nombre NEGRO, en el cual le envían fotos de un tractor de color verde trabajando en una finca» (v. fs. 6/7).

Por otro lado, esto también se tiene en cuenta en la sentencia el informe firmado por el Of. Ayte. Gerardo Escudero de fs. 515/518 –incorporado al debate como prueba documental– en el que se indica los resultados de las labores técnicas que se realizaron sobre el teléfono celular secuestrado.

Entre ellas, y como dato relevante, se informa que entre las fotografías almacenadas en el dispositivo, se observaron imágenes tomadas a un tractor color verde, marca Zoomlion, que coincide con el vehículo que, entre otros elementos, fue sustraído (v. acta de denuncia de fs. 16/18).

Lo expuesto precedentemente sella la suerte adversa del argumento defensivo por el que se pretende desvirtuar el peso convictivo de cargo que surge de los elementos indiciarios mencionados precedentemente.

Por el contrario, comparto el análisis razonado y armónico que ha desplegado sobre ese conjunto de indicios el tribunal de la instancia anterior, para concluir en que esas comunicaciones aportaron elementos que, indiscutiblemente, vinculan al acusado con la división de tareas que permitió la ejecución del hecho y que, por tanto, acreditan su participación en el mismo.

Por todo lo expuesto, sumado a la inexistencia de omisiones de valoración de prueba conducente y decisiva para el resultado aquí censurado –como abstractamente lo sugiere la defensa–, entiendo que los agravios relativos al mérito probatorio llevado adelante por el tribunal de instancia anterior, deben ser rechazados en esta instancia.

b.- Cuestionamientos sobre la pena aplicada

Según ha sido mencionado en la reseña de los agravios casatorios realizada precedentemente, la defensa del acusado pareciera cuestionar el quantum de la sanción penal determinada y aplicada al acusado, así como también, que la misma sea de cumplimiento efectivo.

Sin embargo, y no obstante la falta de desarrollo argumental de este segmento del recurso, debo señalar que no se advierte en esta instancia de revisión casatoria ningún defecto de motivación en el razonamiento jurisdiccional que, en su caso, determine el carácter arbitrario de la determinación del monto de penalidad aplicado al acusado.

Ni mucho menos sobre la modalidad de cumplimiento –efectivo– de la sanción penal en cuestión. En efecto, destaco que el juzgador ha tenido en cuenta suficientemente los parámetros mencionados en los

artículos 40 y 41 del CP para llegar a una solución adecuada; es decir, dentro de la escala aplicable –de cinco a quince años de prisión–, la pena impuesta –siete años de prisión– se encuentra cercana al mínimo, brindando adecuados motivos por los cuales consideró que debía apartarse de él.

Esta determinación se justificó en la ponderación, como agravantes, de la extensión del daño causado, derivado del alto valor patrimonial de los elementos materiales sustraídos –así, por ejemplo, un tractor y un equipo de nivelación láser–, y de la gravedad del hecho, por el grado de violencia desplegado por los responsables –entre ellos, el acusado– quienes «ingresar[on] de manera intempestiva a la vivienda, en un horario que, por la época del año ya estaba de noche, y manteniendo maniatado a una de las víctimas por un extenso tiempo». Aspectos que, a criterio del sentenciante, revelaban un mayor grado de injusto que «repercute necesariamente en el aumento del monto de la pena».

Por su parte, y como circunstancias atenuantes de penalidad, apreció «la edad del imputado; una persona relativamente joven y, por ese motivo, con mayor posibilidad de resocialización a través de un trabajo serio por parte del sistema penitenciario» (v. fundamentos, pág. 8).

De tal manera, la circunstancias agravantes mencionadas por el juez de la instancia previa justifican debidamente el alejamiento del mínimo de la escala penal al momento de la imposición de la pena de Sosa Albello. Por lo tanto, la lectura de este pasaje de los fundamentos de la sentencia impugnada surge evidente que no estamos ante un caso de motivación aparente o mera dogmática, de modo tal que debe ser confirmado como acto jurisdiccional válido.

Por otra parte, en cuanto a la mención sobre un agravio casatorio vinculado con la modalidad de cumplimiento de la pena, basta sólo con decir que, dado el monto de penalidad aplicado al acusado, ineludiblemente su cumplimiento es efectivo.

Pues, no existe ninguna posibilidad legal que habilite al juez de sentencia a suspender condicionalmente su ejecución, dado que el **art. 26 del CP es absolutamente claro al respecto**.

En base a lo dicho, considero que las alegaciones defensivas propuestas sobre este tramo de la sentencia impugnada, deben ser rechazadas.

c.- Conclusión

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede. SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere, al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere, al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado Adrián Roberto Sosa Albello.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 25 de agosto de 2022.

29- BOLADO MARIONES. 21-09-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	-	M	AF	PCE	-	-	A	R	-	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=888>

Lex: Art. 166, inc. 2°, 2° p. CP

Vox: Robo. Arma de fuego apta.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **ocho años de prisión** por considerársele coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo previsto en el art. 166 inc. 2 segundo párrafo del CP, y se lo declara reincidente conforme lo establece el art. 50 del CP. La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP). Considera que el fallo recurrido adolece de vicios en su motivación que lo invalidan como tal.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1880, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Valoración los elementos de convicción siguiendo reglas que imponen la sana crítica racional:

- «Figuroa Pérez». 22-07-20. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=386>
- «Chavarría González»
- «Alegre Guidolín»

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo.

Fallo.

CUIJ: 13-06802324-0/1((018602-41824)) F. C/ BOLADO MORIONES ALEJANDRO Y LEYES ABALLAY CRISTIAN P/ ROBO AGRAV POR EL USO DE ARMA (41824/20) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106056150*

En Mendoza, a los veintiuno días del mes de septiembre del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06802324-0/1 caratulada “F. C/ BOLADO MORIONES, ALEJANDRO EMANUEL Y LEYES ABALLAY, CRISTIAN EZEQUIEL P/ ROBO AGRAVADO ARMA APTA PARA EL DISPARO S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa de Alejandro Emanuel Bolado Moriones interpone recurso de casación contra la sentencia n° 1880 y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial en autos P-41.824/20. Ello, en tanto se condena a aquél a la pena de ocho años de prisión por considerársele coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo previsto en el art. 166 inc. 2 segundo párrafo del CP, y se lo declara reincidente conforme lo establece el art. 50 del CP.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El tribunal de la instancia previa tuvo por acreditado que «el día 31 de mayo de 2020 siendo las 21.30 horas aproximadamente en momentos en que la víctima Fernando Héctor Vega Decarli arribó al domicilio de Marianella Ovejero sito en calle Ejercito de los Andes 1036, El Zapallar, Las Heras, en su automóvil marca Peugeot 308 dominio OJG-720 de color blanco, fue abordado por Cristian Ezequiel Leyes Aballay que le colocó un arma de fuego de color plateado en las costillas mientras que el segundo sujeto individualizado como Alejandro Emanuel Bolado Moriones le blandió un arma de fuego de color oscuro, exigiéndole la entrega del celular, el automóvil y los elementos personales que se encontraban en su poder. Acto seguido abordaron el vehículo dándose ambos inmediatamente a la fuga en poder de la res furtiva. Posteriormente, personal policial advertido por las víctimas interceptó el vehículo sustraído, comenzando una persecución donde colisionaron el vehículo sustraído y una de las movilidades policiales, por tal motivo Alejandro Emanuel Bolado Moriones y Cristian Ezequiel Leyes Aballay se dieron a la fuga a pie, arrojando este último un arma de fuego tipo revólver calibre 32 de color gris plateado marca Marroc, el cual contenía en su interior 3 proyectiles en los alveolos, siendo aprehendido Leyes Aballay por personal policial, en tanto que Bolado Moriones se dio a la fuga. Con posterioridad, personal de división balística de Mendoza, informó que el arma mencionada es apta para el disparo y se califica según la ley nacional de armas como un arma de fuego de uso civil». Para así decidir, el tribunal de sentencia valoró, entre los elementos de prueba más importantes, la declaración testimonial de Fernando Héctor Vega de Carli, de Marianella Romina Ovejero García, de Claudio Gastón Monardes, de Daniel Jesús Benavidez Valdivieso, de Andrea Heredia, Maira Delson y los informes de Policía Científica de fs. 175. En la sentencia también

se condenó, por el mismo hecho, a Cristian Ezequiel Leyes Aballay a la pena de seis años y ocho meses de prisión por encontrárselo coautor del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo. En este caso la resolución se encuentra firme en tanto aquél no recurrió la decisión de la instancia previa.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa.

La defensa funda su reclamo en el art. 474 incs. 1 y 2 del CPP y, considera que el fallo recurrido adolece de vicios en su motivación que lo invalidan como tal.

Entiende que, la intervención o participación de Bolado Moriones no ha sido lógicamente fundada en tanto no existe prueba directa que incrimine a su pupilo procesal.

Considera que las declaraciones testimoniales prestadas por personal policial resultan contradictorias y parciales por lo que no pudieron dar cuenta de manera clara y precisa de las circunstancias del hecho por el que resulta condenado Bolado Moriones.

Hace referencia a la declaración testimonial del oficial Claudio Monardez, Leonardo Bustos, Isaías Navarro, Luis Miguel León, Franco Mamaní y sostiene que ninguno de los testimonios pudieron precisar el accionar de los sujetos ni cuál de ellos iba conduciendo el rodado, si el que se dio a la fuga o el que posteriormente aprehendieron, ni como estaban vestidos.

Se agravia por el escaso valor convictivo que la jueza de sentencia asignó a los testimonios de Andrea Heredia y Mayra Delson y, en tal sentido, considera que estas declaraciones son tan legítimas y valorables como el resto de las prestadas en audiencia de debate. Pero, sin embargo, refiere que han sido las únicas testimoniales que la jueza de la instancia anterior consideró carentes de veracidad.

En la misma línea afirma que las declaraciones testimoniales de las víctimas Vega de Carli y Marianela Ovejero no son concordantes en lo relativo a cuál de los dos sujetos tomó el mando del vehículo. Asimismo, sostiene que el testimonio de Daniel Benavidez no sindicó a Bolado Moriones como uno de los sujetos que participó en el hecho investigado.

En cuanto a la declaración del coimputado Leyes Aballay, entiende que no sindicó a Bolado Moriones como el sujeto que intervino en el hecho investigado. Formula una serie de apreciaciones en relación con el registro de llamadas de los celulares analizados y considera que de ninguno de ellos surge una vinculación que incrimine a Bolado Moriones.

Los celulares serían tres: a) uno utilizado por Noamí Delson (posible pareja de Bolado Moriones), b) uno de Aaron Alexis y c) el secuestrado a Leyes Aballay en el momento de la aprehensión.

Expresa que toda la prueba de cargo se basó en las huellas dactilares recolectadas del vehículo sustraído. Refiere al respecto, tal como afirmó durante los alegatos, que las huellas justamente fueron encontradas en la parte exterior del vehículo, no en el volante, ni ningún otro lugar del interior, y tampoco en ningún momento se mencionó que alguno de los autores utilizara guantes. Formula reserva de caso federal

3.- El dictamen del señor Procurador General

A fs. 5/7, el señor Procurador contesta la vista de ley y aconseja el rechazo del recurso de casación interpuesto, por entender que la sentencia cuestionada no adolece de vicios en su motivación por lo que dictamina que los planteos de la defensa resultan infundados.

En tal sentido considera que la jueza de anterior instancia realizó una valoración conjunta de las pruebas e indicios existentes, realizando un minucioso detalle de cada uno y su concatenación, analizó la totalidad de los testimonios rendidos en el debate, tanto los correspondientes a la actuación policial y los ofrecidos por la defensa.

Por otro lado, considera que la participación del imputado en el hecho investigado se desprende de diversos elementos, tales como: la declaración del personal que realizó las primeras investigaciones y averiguaciones en el lugar de los hechos que señalaban a una persona apodada como el aquí acusado; los dichos del remisero que condujo a ambos imputados a las cercanías del lugar, habiendo sido contratado por Bolado Moriones; el informe de Policía Científica que arrojó como resultado la presencia de rastros pertenecientes a los mismos y que además coincidía su ubicación con la descripción que hicieron la víctima y su sobrina del rol que le cupo a cada uno de los participantes en el hecho.

Por ello, considera que **la sentencia se presenta sin fisuras**, habiéndose dado respuesta a todos los planteos que se realizaron en el debate y que aquí se reiteran. Destaca la relevancia de la prueba indiciaria y su valor conviccional, la cual intenta infructuosamente desmoronar la defensa.

Esto por cuanto, la jueza específicamente refirió que todos los policías actuantes en el procedimiento pudieron dar cuentas, de manera clara y precisa, que eran dos los sujetos que coincidían en el rodado sustraído y que colisionaron intempestivamente de frente con un automóvil policial en el procedimiento. De tal manera, y en función de lo señalado, considera que el recurso debe ser rechazado.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Puesto a resolver el recurso interpuesto por la defensa del acusado Bolado Moriones considero, por diversos motivos que seguidamente pasaré a desarrollar, que la impugnación no puede prosperar. El eje central del recurso de casación interpuesto gira en torno a la valoración de los elementos probatorios reunidos en el presente legajo por parte de la jueza de la instancia previa la que, a criterio de la defensa, resulta ilógica, contradictoria y arbitraria.

A partir de ello, la defensa expone su teoría del caso que, en breve síntesis, consiste en negar la intervención de su asistido en el hecho cometido.

Como surge de la sentencia cuestionada y, del registro audiovisual de las sucesivas audiencias llevadas a cabo, la defensa reitera la línea argumentativa expuesta durante la realización del debate y al formular su alegato, sin aportar nuevas consideraciones que desvirtúen la argumentación de la jueza de anterior instancia.

De tal manera, se impone el rechazo de los planteos así expuestos en razón de que, como se explicará, la valoración los elementos de convicción obrantes en la causa por parte de la jueza de sentencia ha sido correcta, en respeto de las reglas que imponen la sana crítica racional (ver, al respecto y en lo pertinente, «Figuroa Pérez»; «Chavarría González»; «Alegre Guidolín», entre otros).

De manera preliminar, debe señalarse que, tal como se destaca en la sentencia cuestionada por la defensa, el acusado Bolado fue aprehendido unos días después desde el hecho (03/06/20). Al respecto, la jueza destacó que «[d]esde los primeros momentos se tenía información de su posible participación en el suceso. El coautor era un tal “Chivo”. Es decir, Bolado Moriones.

Se amplió tal información en debate indicándose que los vecinos lo habían señalado. Tal es así, que Bolado vive en la zona y es conocido».

En este orden, considero acertada la afirmación de la jueza de sentencia en el sentido de que, principalmente, a partir del hallazgo de huellas dactilares, de la primera declaración de Aballay Leyes y la declaración de Daniel Benavidez Valdivieso, así como el informe de sustracción de datos de los teléfonos celulares era posible sostener la intervención de Bolado Moriones en el hecho.

En relación con las declaraciones testimoniales de Fernando Héctor Vega de Carli y de Marianella Romina Ovejero García, debe decirse que el primero de ellos dijo que ese día mientras hablaba con su sobrina en

la vereda de la vivienda ubicada en Ejercito de los Andes 1036 del Barrio El Zapallar en Las Heras, cuando vio venir a dos sujetos que se cruzaron hacia el auto. Destacó que al momento del hecho ambos llevaban armas, una de ellas era oscura y la otra plateada.

Asimismo, dijo que se llevaron todo lo que tenía en el auto, celular y una caja de productos Natura y que lo único que recuperó fue la billetera. Aclaró que todo el suceso fue muy rápido. Por su parte, y de manera concordante, Marianella Romina Ovejero García, relató que el día del hecho estaba con su tío en la vereda de su casa ubicada en calle Ejercito Argentino 1036 del Barrio El Zapallar de Las Heras, momento en el que vio venir a dos personas que se acercaron y les pidieron a ella y a su tío todo lo que tuvieran. Especificó que uno de ellos se quedó en la parte de atrás del vehículo y que el otro se acercó a ellos.

Agregó que ambos sujetos venían armados y que todo fue muy rápido.

A su vez, el personal policial que tomó intervención en el procedimiento policial refirió, de modo coincidente, que luego de ser informados por el CEO de la sustracción del vehículo, y de recibir los datos y las características del rodado sustraído comenzaron un rastillaje por la zona y en el interior del barrio San Lorenzo, por calle Mansilla en dirección al oeste y al llegar a la intersección con calle Remedios de Escalada.

En esa ocasión visualizaron un vehículo Peugeot 308, color blanco, de similares características al que fuera sustraído, que circulaba a gran velocidad. Al notar la presencia policial el rodado aceleró la marcha con intenciones de darse a la fuga y, en esas circunstancias, la movilidad policial se interpuso en su trayectoria siendo impactado de frente con el costado derecho de la movilidad.

El oficial Isaías Navarro agregó que descendió del móvil y que persiguió a los acusados. Dijo también que ambos ocupantes se dieron a la fuga en la misma dirección, que a uno de los sujetos se le cayó un arma plateada y que, con la ayuda de otra movilidad, lograron la aprehensión de Leyes Aballay. De manera coincidente, declararon el auxiliar de policía Franco Gabriel Mamani, Leonardo Bustos y el sub ayudante Luis Miguel León.

También la jueza valoró la declaración de Daniel Benavídez, que en la audiencia oral celebrada el 5 de octubre de 2021 dijo que el 31 de mayo de 2020 hizo un viaje de remise, que lo había llamado Bolado, a quien pasó a buscar por calle Libertad y Remedios Escalada de Las Heras. Luego subió al automóvil otro hombre en calles Álvarez Condarco y Libertad de la misma localidad.

Narró que hablaban de un trabajo, pero que él no sabía a qué se referían. Seguidamente dijo que dejó a los pasajeros en calle Videla Castillo y Pascual Segura. Aclaró, específicamente, que la primera persona que subió era Bolado Moriones y, que desconocía el sobrenombre del acusado.

A instancias del fiscal se le remarcó una contradicción con la declaración prestada en la investigación penal preparatoria, donde expresó que a Bolado Moriones lo conocía por su apodo «Chivo». En la audiencia que no recordaba esa circunstancia.

De esta declaración testimonial la jueza de sentencia consideró establecido que Bolado Moriones conocía a Leyes Aballay y a Emiliano Benavidez Valdivieso, por su parte, este último pese a las contradicciones que le advirtió el Ministerio Público Fiscal en la audiencia oral celebrada el día 5 de octubre de 2021, ubicó a Bolado como la primera persona que lo llamó para realizar un viaje el 31 de mayo de 2020. Asimismo, que al acusado era apodado «Chivo».

Ello, concuerda con el informe de la unidad investigativa de Las Heras (fs. 18/19) que arrojó el dato, a partir de las investigaciones realizadas por el personal policial el día mismo del robo con la gente del lugar, que el sujeto que se habría dado a la fuga era apodado «Chivato».

Debo mencionar que con estos elementos probatorios, considerados relevantes, la jueza tuvo acreditada la participación de Bolado Moriones en el hecho investigado. Al mismo tiempo, consideró concluyente el informe de Policía Científica (fs. 175) que dio cuenta que las huellas colectadas en el sector externo medio izquierdo de puerta posterior del Peugeot 308, dominio OJG-720, presentaban identidad papiloscópica con el acusado Bolado Moriones.

Como ya lo sostuve en párrafos que anteceden, frente a este cuadro probatorio, valorado de manera global y contextualizado por la jueza de sentencia, la defensa del acusado cuestiona su peso convictivo y se agravia por el escaso valor asignado a las declaraciones testimoniales prestadas por Andrea Heredia y Maira Delson, basando en ello su posición defensiva al negar la autoría de Bolado Moriones en los hechos investigados.

En lo que aquí interesa destacar, estas **testimoniales resultaron coincidentes**. Por una parte, Andrea Heredia sostuvo que el día del hecho el acusado Bolado Moriones se encontraba con ella y Maira Delson, en la vereda del negocio que tiene en calle Remedios Escalada y Mansilla de Las Heras.

Señaló que alrededor de las siete u ocho de la tarde llegó Bolado con su novia Naomí Delson, y mientras todos tomaban unas cervezas y comían una picada, advirtieron que se detuvo un vehículo blanco en el puente de la casa y desde su interior llamaron a Bolado Moriones que se acercó por el lado del conductor y hablaron algo. Luego se enteraron que ese automóvil había impactado con un móvil policial.

Por otra parte, de modo similar, Maira Delson, cuñada del acusado, declaró en el mismo sentido que Andrea Heredia, remarcando que el acusado se acercó al vehículo sustraído del lado de la ventanilla del conductor y luego se enteró que el vehículo había impactado con un móvil policial. Dijo también no recordar cuántas personas iban en el auto porque estaba oscureciendo.

A criterio de la jueza de la instancia previa estos testimonios resultaron endeble pues no guardaron correspondencia con el plexo probatorio del legajo. Si bien las declaraciones testimoniales referidas en el párrafo anterior, buscaban situar a Bolado Moriones en un lugar distinto al del hecho donde previamente se produjo la sustracción del rodado de Fernando Héctor Vega de Carli y, además, justificar la existencia de las huellas del acusado impresas en el rodado, tal como lo acreditó el informe de Policía Científica que rola a fs. 175, la jueza señaló que aquellos testimonios no desvirtuaban la contundencia de los elementos de cargo obrantes en la causa.

La jueza también valoró que la declaración Leyes Aballay y en este sentido dijo que aquél «[...] en un intento de justificación menor en cuanto a su participación en el suceso, dejó en evidencia que intervino en éste junto con otro compañero.

En cuanto a Bolado Moriones, no logró con sus palabras alejarlo de la intervención en el caso. Más aún, marcadas las contradicciones por el Sr. Fiscal, guardó silencios y no puede explicar racionalmente el proceder de ambos». Respecto del hallazgo de las huellas dactilares, señaló que el informe Papiloscópico de Policía Científica permitió indicar la ubicación que llevarían los encausados, en el vehículo sustraído: Leyes Aballay ocupó el lugar el acompañante y Bolado Moriones tomó el lugar del conductor.

La jueza otorgó plena validez a esta prueba objetiva, en tanto la defensa no logró acreditar o demostrar la justificación pretendida durante el curso del debate oral y en la instancia recursiva.

En otro orden, la defensa sostiene que la jueza no tuvo en cuenta al momento de dictar la sentencia puesta en crisis que de los teléfonos celulares no surgía elemento alguna que involucrara a Bolado Moriones con el hecho. Estima que esos elementos tienen carácter dirimente de las mismas. Al respecto, entiendo que la afirmación sostenida por la defensa carece de sustento en las probanzas del legajo.

Ello entiendo que es así, toda vez que la jueza de anterior instancia valoró esos elementos de prueba y consideró que «[...] puede establecerse que el mismo no es ajeno a la participación delictiva de su entorno. Se acreditó su relación con Leyes y Emiliano.

Se infiere que sería conocido como el tal “Chivo”, lo que condice con las investigaciones realizadas por el personal policial el día mismo del robo con la gente del lugar». Así, según se desprendió del informe de la unidad investigativa Las Heras que refirió que luego de las investigaciones realizadas en la zona, el sujeto que se había dado a la fuga sería un hombre apodado «Chivo» o «Chivato» y, compulsadas las distintas bases de datos, surgió que se trataría de Alejandro Emanuel Bolado Moriones.

De tal manera, es posible afirmar que las críticas de la defensa aparecen como aisladas, en base a premisas que no encuentran sustento alguno en las constancias de la causa. De allí que la duda que intenta introducir sobre la intervención del acusado en el hecho, no puede ser considerada a los efectos de hacer decaer el razonamiento plasmado en la sentencia analizada.

Ello, debido a que la ponderación de los elementos de convicción destacados precedentemente ha sido, como se dijo, debidamente realizada por jueza de la instancia previa, en un razonamiento que la defensa no logra desvirtuar. Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a favor de Alejandro Emanuel Bolado Moriones.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

30- MERCADO TAPIA. 28-09-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	-	M	ANA	PCE	-	-	A	-	-	UP	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=890>

Lex: Art. 166, inc. 2°, 3° párrafo, 58 del CP

Vox: Robo. Arma sin aptitud acreditada. Unificación de pena.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **cinco años de prisión** como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada (art. 166 inc. 2, tercer párrafo del CP). Por su parte, en la sentencia se revocó la libertad asistida otorgada y unificó la pena impuesta por sentencia n° 7.105, imponiéndole la **pena única de diecinueve años y seis meses de prisión**.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 CPP). Entiende así que el tribunal de Juicio incurrió en una errónea aplicación de la ley sustantiva, en tanto considera que una adecuada valoración del plexo probatorio implicaría concluir acerca de la existencia de duda razonable.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1913, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Vega Rios. 27-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>

Parágrafos destacados:

Ante un caso de unificación de penas, en donde **no se verifica la existencia de violación a las reglas** previstas en los arts. 55 al 57 del CP, debe diferenciarse según: a) aquellos casos en que las penas a unificar, de acuerdo a las escalas penales previstas en abstracto por los respectivos tipos penales endilgados, se presenten cuantitativamente **por encima de los mínimos legales**, supuesto en que la regla es que la unificación de penas se efectúe mediante el sistema de la suma aritmética de los montos punitivos determinados para cada delito juzgado y condenado, y de manera excepcional, el sistema de la composición; mientras que, b) **cuando una o ambas penas sea igual al mínimo legal**, se estima que la relación entre ambos sistemas se invierte, resultando la aplicación del método aritmético de orden excepcional.

En los casos en que la unificación de penas se deba a la **violación de las reglas del concurso**, en los que el criterio **composicional es la regla**, el monto de penalidad única solicitado por el acusador público, integra la acusación y, por lo tanto, constituye un límite a la actividad jurisdiccional. Por el contrario, cuando ello no sucede, teniendo en cuenta el referido carácter discrecional en el ejercicio de la facultad de determinación e individualización del quantum punitivo del juez de la causa, se estima que la petición efectuada al respecto por el agente fiscal, no forma parte de la acusación. Desde allí que será el juzgador quien, partiendo de la escala penal en abstracto que logre conformar a partir de las reglas del concurso real de delitos, y de las pautas de mensuración normativamente previstas, fije la pena única dentro de los límites establecidos por la suma de ambas condenas.

Tribunal: SUPREMA CORTE. Magistrado/s: VALERIO - ADARO - LLORENTE. Ubicación: LS573-206

b-CSJN

Precedente «Hidalgo»

<http://www.saij.gov.ar/camara-nacional-apelaciones-criminal-correccional-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires-hidalgo-juan-unificacion-penas-fallo-plena-rio-fa90060096-1990-03.05/123456789-690-0600-9ots-eupmocsollaf#>

b-CFCP

Ver al respecto Cámara Federal de Casación Penal, Sala 3, 10/12//2009, «Osorio, P. s/recurso de casación», voto de los Madueño y Ledesma, con disidencia parcial de la doctora Catucci.

Doctrina citada.

SOLER, S., Derecho Penal Argentino, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1983, Tomo II, pág. 315
FONTÁN BALESTRA, C., Tratado de Derecho Penal, Parte General, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1980, Tomo III, pág. 107).

NÚÑEZ, R., Tratado de Derecho Penal, Parte General, Buenos Aires, Ediciones Lerner, 1978, Tomo II, pág. 517

ZAFFARONI, E., Tratado de Derecho Penal. Parte General, Tomo V, Buenos Aires, Ediar, 1993, pág. 416

Parágrafos destacados.

Dr. Palermo

Ahora bien, en la actualidad, esos criterios han conformado **tres posturas claramente diferenciadas al respecto:**

- a) la que se impuso por mayoría en el acuerdo plenario de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional en el **precedente «Hidalgo»;**
- b) la que plantea Eugenio Raúl Zaffaroni y fue su posición en dicho pronunciamiento; y
- c) la que determina la pena por el sistema de la composición, aplicando las reglas de los arts. 55, o 56, en función del 58 del CP.

Precedentes relacionados.

UNIFICACIÓN. Art. 58 del CP

- Distefano: 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Vega Ríos. 27-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Curia Bruera. 01-07-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210701_FcCuria.pdf
- Giménez. 23-06-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=606>
- Oros Macedo. 23-06-21 : https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210623_FcOroz.pdf
- Olguin Herrera. 25-03-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=767>
- Domínguez. 17-05-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=827>
- Ríos Fernández. 27-05-22: : <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=830>
- Godoy Echenique. 14-06-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=853>
- Montero Arancibia. 27-07-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=874>
- Mercado Tapia. 28-09-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=890>

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo (Disidencia).

Fallo.

CUIJ: 13-06805427-8/1((018601-50230)) FC/ MERCADO TAPIA JUAN JOSE P/ ROBO AGRAVADO P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106059161*

En Mendoza, a los veintiocho días del mes de septiembre del año dos mil veintidós, reunida la sala segunda de la excelentísima suprema corte de justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06805427-8/1, caratulada “FC./ MERCADO TAPIA, JUAN JOSÉ P/ ROBO AGRAVADO S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo, DR. MARIO D. ADARO y, tercero, DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa de Juan José Mercado Tapia interpone recurso de casación contra la sentencia n° 1.913 y sus fundamentos mediante la cual se lo condenó a la pena de cinco años de prisión como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada (art. 166 inc. 2, tercer párrafo del CP) que se le atribuye en la causa N° P-50.230/20. Por su parte, en la sentencia se revocó la libertad asistida otorgada por el Segundo Juzgado de Ejecución en Autos 19.150/V de fecha 13/04/2020 y unificó la pena impuesta con la que fuera impuesta por la Segunda Cámara del Crimen en la sentencia n° 7.105 de fecha 24/06/2011, en los autos N° P-74.499/10, imponiéndole la pena única de diecinueve años y seis meses de prisión.

El pronunciamiento fue dictado por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El tribunal de juicio, en lo que aquí interesa, tuvo por probado que «[e]l día 06 de Julio de 2020, aproximadamente las 11:00 horas, Juan José Mercado Tapia y un sujeto identificado como Carlos Orlando Gómez, se constituyeron en la chacarita ubicada en la Lateral Norte del Acceso Este a la altura 7120 de Rodeo de la Cruz, del Departamento de Guaymallén y tras apuntarle con un arma de fuego a Román Alejandro Pascual, dueño de dicho negocio, que se encontraba en su interior [...] le sustrajeron aproximadamente veintidós mil pesos en efectivo (\$22.000), y un teléfono celular del cual la víctima no pudo precisar modelo y marca pero que estaba registrado con el número 15208883, para finalmente darse a la fuga del lugar». Para así decidir el sentenciante valoró, entre los elementos más importantes, las declaraciones testimoniales de Román Alejandro Pascual, María Alejandra Pascual, Matías Castillo, Alexis Barroso, Matías Guajardo y Johana Ramirez, la declaración del acusado, el acta de procedimiento, el croquis ilustrativo y el informe del CEO.

2.- Recurso de casación

Los motivos de la defensa se enmarcan en las disposiciones el art. 474, inc. 1 del CPP. Entiende así que el tribunal de Juicio incurrió en una errónea aplicación de la ley sustantiva, en tanto considera que una adecuada valoración del plexo probatorio implicaría concluir acerca de la existencia de duda razonable acerca de la participación punible y culpable de Mercado Tapia.

Considera que la prueba colectada resulta insuficiente para destruir el estado de inocencia de Mercado Tapia, en tanto argumenta que de una adecuada valoración del plexo probatorio no podría derivarse ni lógica, ni fácticamente la calidad de autor del acusado respecto al delito que se le endilga toda vez que, a su entender, la prueba producida en su descargo fue descartada de plano y considerada como una «mala justificación». Agrega de esta manera que la sentenciante arbitrariamente descartó la versión otorgada por el acusado y consideró normales las contradicciones de los testigos que declararon en el debate. Expresa que las pruebas documentales, a las que hizo referencia en los alegatos de cierre, también fueron interpretadas sólo a la luz de la hipótesis acusatoria. Así, sostiene que en el desgrabado del CEO surge que es imposible que los hechos se desarrollaran como declararon los actuantes. Solicita la nulidad de la sentencia condenatoria por padecer del vicio de errónea y contradictoria fundamentación (art. 416 inc. 4 del CPP). Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General considera que no corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto y, consecuentemente, debe convalidarse en su totalidad la sentencia impugnada. Advierte que el defensor pone en evidencia su discrepancia con la valoración que efectuó la sentenciante de las pruebas producidas en el debate, especialmente respecto de la declaración prestada por el encartado. Considera que la sentencia luce debidamente fundada y surge de manera clara que el tribunal de sentencia contó con los elementos necesarios para alcanzar la certeza requerida en ese estadio procesal a los fines de condenar al acusado tal como lo hizo. En definitiva, sostiene que los agravios enumerados por el recurrente, más que vicios en la sentencia, reflejan su discrepancia, en el legítimo ejercicio de su cargo, con la interpretación dada al plexo probatorio por el tribunal de juicio.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Puesto a resolver el recurso de casación formulado considero, por los motivos que a continuación se exponen, que no corresponde hacerle lugar.

Ello, en tanto, y luego de analizados los fundamentos del fallo cuestionado, así como el recurso interpuesto, entiendo que la sentencia cuestionada por la defensa se encuentra suficientemente motivada y que los agravios formulados por el recurrente no logran conmover la conclusión a la que llegó la sentenciante.

Se debe resaltar que, si bien el recurrente sostiene que los motivos del recurso de casación interpuesto se enmarcan en las disposiciones del inc. 1 del art. 474 del CPP, del planteo de la defensa surge que el eje central de la impugnación gira en torno al cuestionamiento de la valoración probatoria realizada por la magistrada de la instancia anterior.

La defensa refiere que la sentenciante descartó arbitrariamente la versión otorgada por el acusado y que consideró normales las contradicciones de los testigos que declararon en el debate.

Al respecto entiendo que este argumento no resulta procedente por dos razones. La primera, se vincula con que la defensa no explica concretamente cuál es vicio que denuncia, cómo se produjo y cuál es la decisividad del mismo en relación al resultado del fallo que ataca, como así tampoco explica por qué razón su valoración haría variar la solución adoptada. La segunda, y más allá de lo expuesto, en tanto considero que existen elementos de relevancia –como es la declaración de los testigos y el secuestro de la bolsa con dinero en efectivo en poder del acusado al momento de su aprehensión– para asignarle razón a la sentenciante en sus conclusiones. Es decir, que existen elementos de prueba suficientes para alcanzar la

certeza requerida y condenar al imputado por el hecho investigado. Por ello, estimo que los cuestionamientos defensivos representan argumentos y afirmaciones personales en relación a la valoración del material probatorio, que sólo evidencian una mera discrepancia con la labor intelectual del tribunal de juicio en la fundamentación del fallo, la que no es desvirtuada. De este modo, considero que la jueza efectuó un prolijo y riguroso estudio sobre los elementos de prueba colectados para considerar acreditada la intervención de Mercado Tapia en el hecho investigado.

En este orden, la sentenciante manifestó que la defensa no cuestionó la materialidad del hecho pero, aún así, refirió que aquella se encontraba perfectamente acreditada hecho con la declaración de la víctima Román Alejandro Pascual, quien brindó una versión coherente y precisa en cuanto al detalle de la hora y del modo en que ocurrió el acontecimiento. Sobre esta declaración, la jueza expresó que al testigo se lo notó muy sincero, con recuerdos de un estado de estrés, de nervios y de angustia por el suceso que había vivido. A lo que agregó que no se advirtió en su declaración ningún indicio, ni de ganancialidad, ni de intención de perjudicar al acusado.

Asimismo la sentenciante resaltó que los demás testigos que depusieron en el debate confirmaron la versión que brindó la víctima, no sólo en la fiscalía sino también en el debate.

En efecto, sostuvo que el testigo Matías Castillo fue muy claro y conteste con la declaración de Román Alejandro Pascua en todo lo referido a la modalidad del hecho. Luego, la jueza hizo referencia que la declaración de los efectivos policiales, Alexis Barroso y Matías Guajardo, no sólo concordaban con lo declarado por la víctima, sino también con la actuación policial que llevaron a cabo y que plasmaron en el acta de procedimiento y en el informe del CEO.

Por último, es importante resaltar que, tal como lo manifestó la sentenciante, el acusado fue encontrado a dos cuadras del lugar del hecho, escondido debajo de un puente, con la bolsa de dinero de la víctima, sin poder explicar por qué razón llevaba en su poder esa cantidad de dinero.

Se advierte así que la sentenciante analizó y brindó adecuadas razones, en razón de los contundentes elementos de cargo, para desvirtuar el cuestionamiento del recurrente referido a que la declaración del acusado fue descartada de plano.

En este sentido, advierto que asiste razón a la sentenciante cuando afirmó que la versión del acusado no encontraba ningún sustento en la prueba obrante en la causa.

De tal manera, la alegación de la defensa en esta instancia sobre la consideración de la versión del acusado no logra de manera alguna poner en crisis toda la prueba analizada por la sentenciante, en la que fundó su sentencia de condena.

Además, la sentenciante sostuvo que el informe del CEO, en donde quedó registrado el trayecto y el devenir del suceso, es totalmente contradictorio con la descripción aportada por el acusado en cuanto a cómo sucedieron los hechos por lo que no era posible que el hecho sucediera como lo declaró el acusado. En síntesis, considero que el recurso de casación interpuesto no puede prosperar en tanto la sentenciante sustentó su decisión en el análisis integral y contextualizado de las pruebas obrantes en la causa, las que ponderó conforme a las reglas de la sana crítica racional, cuyo apartamiento el recurrente no ha podido demostrar.

De tal manera, no advirtiéndose vicio alguno en relación a la valoración de la prueba por la considerara acreditada la materialidad del hecho investigado y la intervención de Mercado Tapia, la sentencia cuestionada por la defensa debe ser confirmada. Por todo lo expuesto, y en opinión coincidente con la vertida por el Procurador General, debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazarse el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto Dr. Palermo. Disidencia. Unificación de penas.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, EN DISIDENCIA, DIJO: Si bien comparto las apreciaciones y la solución adoptada por mi colega de Sala formulan en relación con el grado de convicción alcanzado por el tribunal de juicio para condenar al acusado, habiéndose practicado **unificación de penas** en el caso sometido a consideración de esta instancia según entiendo, debe analizarse si esa operación se ha llevado a cabo debidamente y aclarar el criterio conforme el cual entiendo que debió aplicarse en la referida **imposición de pena única**.

Ello, en el entendimiento que, al haber sido admitido el recurso de casación, al margen de lo que constituye materia de agravios, este Tribunal posee **competencia que lo habilita al tratamiento de la cuestión aludida** (conf. L.S. 377-190). Veamos.

Tal como es sabido, el sistema penal argentino es un sistema de pena única o de unidad de pena, y ha sido establecido en el Código Penal con la finalidad de **no diversificar la acción punitiva que recae sobre una única persona**.

Ello implica el cumplimiento de una única pena en el mismo momento histórico, con certeza de sus efectos y alcances. Ahora bien, al circunscribirse el presente análisis a los casos de unificación de penas –y, por ende, excluyendo las hipótesis de unificación de condenas y sentencias–, debe señalarse que cuando una persona, luego de condenada y antes de finalizar el cumplimiento de la pena que se le impuso, comete un nuevo delito por el cual resulta condenada, corresponde unificar ambas penas respetando, obviamente, el principio de cosa juzgada. Sentado ello, debe establecerse cuál es el método adecuado para la individualización judicial de la aludida pena única.

Al respecto, debe aclararse que la regla del art. 58 del CP remite a los principios contenidos en los arts. 55, 56 y 57 del CP, es decir, a toda la regulación de la pena del concurso real, según la cual se establece como límite máximo de la pena única el de cincuenta años de reclusión o prisión.

Sin embargo, la interpretación de esta norma respecto de la cuantificación de la pena, no ha sido unánime; sino más bien, ha derivado en disímiles soluciones por parte de la doctrina nacional. Así, de acuerdo con la tesis de Sebastián Soler, la acumulación de penas debe efectuarse a partir del hecho posterior y la limitación del art. 55 del CP importa establecer que a nadie puede imponérsele, a partir del hecho posterior, una pena que supere ese límite. Señala que, en estos casos, la acumulación no se efectúa sobre la base de la totalidad de la pena correspondiente al primer delito, sino solamente sobre la que falta cumplir (**SOLER, S., Derecho Penal Argentino, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1983, Tomo II, pág. 315**).

Por su lado, Fontán Balestra entendió que el límite máximo fijado por el código para la acumulación de penas –máximo de la especie de que se trate, antes de la reforma introducida por ley 25.928, art. 1– debe calcularse tomando como punto de partida para contar el tiempo de la pena la fecha en que queda firme la última sentencia dictada (**FONTÁN BALESTRA, C., Tratado de Derecho Penal, Parte General, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1980, Tomo III, pág. 107**).

Por su parte, Ricardo Núñez, sostuvo que en la unificación de penas, provocada por el juzgamiento de hechos ulteriores a la sentencia firme, no rige el límite establecido por el artículo 55 del CP y sólo debe computarse la pena a ejecutar, porque ese hecho y el comprendido en esa sentencia no concurren materialmente, según lo establece la norma aludida (**NÚÑEZ, R., Tratado de Derecho Penal, Parte General, Buenos Aires, Ediciones Lerner, 1978, Tomo II, pág. 517**).

Inclusive, en procura de la unidad de la pena a ejecutarse, se ha postulado que el medio más idóneo para fijar un monto de sanción única que mejor se adecue a las características particulares de cada caso (Cámara Nacional de Casación Penal, Sala 4, 8/7/2011, «Mariani, Juan Carlos»).

Tres posturas.

Ahora bien, en la actualidad, esos criterios han conformado **tres posturas claramente diferenciadas al respecto:**

- a) la que se impuso por mayoría en el acuerdo plenario de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional en el **precedente «Hidalgo»;**
- b) la que plantea Eugenio Raúl Zaffaroni y fue su posición en dicho pronunciamiento; y
- c) la que determina la pena por el sistema de la composición, aplicando las reglas de los arts. 55, o 56, en función del 58 del CP.

Conforme a la primera de las posturas referidas, la unificación de penas debe hacerse sobre la base de la suma de ambas, la impuesta en la primera sentencia condenatoria firme que se estaba cumpliendo y la impuesta por el segundo delito, deduciéndose luego, en el cómputo de pena pertinente, la pena efectivamente cumplida a efectos de determinar el cumplimiento de la pena única.

Como fundamento de esta posición se sostuvo que ella impide beneficiar a quien comete dos delitos respecto del que comete uno sólo, y además, no produce contradicciones respecto de la reincidencia y la libertad condicional.

De acuerdo al segundo de los criterios señalados, esto es, la postura de Zaffaroni, a la cual adhiero, nuestro legislador habría optado al regular la temática bajo estudio por el sistema italiano, pero omitió considerar una de las reglas previstas en aquella legislación por considerarla elemental u obvia.

Según aquélla: «las penas que se unifican son la del nuevo delito con lo que resta por cumplir del primer delito; la pena así compuesta es la que no puede superar el máximo legal y se computa desde el momento de la sentencia firme que las unifica; para la pena total debe tomarse en cuenta la pena del segundo delito agravada conforme a la escala de la reincidencia, cuando el segundo delito importe reincidencia» (**ZAFFARONI, E., Tratado de Derecho Penal. Parte General, Tomo V, Buenos Aires, Ediar, 1993, pág. 416**).

Conforme esta postura, lo que debe tomarse en cuenta es la pena del primer delito que no fue cumplida (o, dicho de otro modo, en la parte en que aún no fue cumplida) y la pena del segundo delito.

Ese autor sostiene que el juez de la segunda condenación no puede reelaborar una condena en la parte que ya se cumplió porque debe respetar el pasado, por lo tanto únicamente puede disponer del futuro. En otras palabras, el penado tiene detrás de sí una condenación con una parte que se cumplió y con otra parte que debe cumplirse.

En virtud de ello, en estos casos, el juez de la última condena no goza de la amplia libertad de determinación que tiene en el caso de unificación de condenas (por violación de las reglas del concurso), si se toma en cuenta que la pena total que determine no puede tener un mínimo inferior al resto de la pena que le quede por cumplir al condenado. Ello, en razón de que la comisión de un segundo delito no puede beneficiar al condenado por un delito anterior, haciendo más leve la pena del delito por el que ya había sido juzgado y condenado mediante una sentencia firme o, dicho de otro modo, la circunstancia de que alguien cometa dos delitos no puede colocarlo en mejor posición que si hubiese cometido uno solo (**plenario «Hidalgo», del voto del doctor Zaffaroni**).

A su vez, la penal total en caso de unificación de penas debe surgir de una escala que parte de un mínimo, consistente en el mínimo de la escala del delito que corresponda o en la parte de la pena que aún le resta por cumplir la condenado (según cuál sea mayor), y un máximo, formado por la suma de lo que le resta

por cumplir al penado y el máximo de la escala que corresponda al segundo delito (ZAFFARONI, E., Tratado de Derecho Penal. Parte General, Tomo V, Buenos Aires, Ediar, 1993, pág. 423).

Finalmente, corresponde señalar el último de los criterios aludidos en materia de unificación pena, se trata del sistema compositivo. Conforme esa postura, el tribunal que condena y fija la pena única dispone de una mayor libertad de apreciación.

Se sostiene que «las reglas precedentes» a las que alude el art. 58 del CP son las reglas del concurso real, de modo tal que ése será el sistema para fijar la pena única, por lo que el juez que unifica tendrá la libertad de fijar una pena que comprenda a aquéllas que unifica, pero no producto de una suma aritmética, sino de una valoración más libre de todas las circunstancias de los delitos que se sancionan mediante ellas.

Para quienes siguen este criterio no habría impedimento en que el tribunal que condena por el segundo delito unifique en una pena incluso menor a la impuesta por el primer delito, o bajo la modalidad de ejecución en suspenso (**ver al respecto Cámara Federal de Casación Penal, Sala 3, 10/12//2009, «Osorio, P. s./recurso de casación», voto de los Madueño y Ledesma, con disidencia parcial de la doctora Catucci**). Como anticipé, comparto la postura que plantea Eugenio Raúl Zaffaroni, en virtud de considerar que es la solución jurídica que más se compatibiliza con la intangibilidad de la cosa juzgada e impide que la comisión de un segundo delito pueda beneficiar al condenado por un delito anterior, diluyéndose la pena del delito por el cual ya había sido juzgado y condenado, tal como refiere el autor citado en el plenario «Hidalgo» ya aludido.

Siendo así, debe señalarse también que como derivación de la unificación de penas, corresponde efectuar el cómputo de pena pertinente, operación que determinará en qué momento se tendrá por efectivamente cumplida la pena impuesta.

Sin embargo, la manera en que esa tarea se debe llevar a cabo no es única, sino que dependerá del método elegido para unificar las penas de que se trate.

De ese modo, si en la unificación de penas se hubiese optado por aunar la integralidad de las penas impuestas –el supuesto (a) previamente analizado–, el cómputo de pena deberá realizarse sumando, a partir de la primera detención, el total de la pena unificada y a ese monto restarle los días de prisión efectivamente cumplidos.

El resultado determinará el saldo de pena por cumplir y, por ende, la fecha de cumplimiento. Si se hubiese optado por unificar la nueva pena con lo que restaba cumplir de la pena anterior –supuesto (b), al cual adhiero–, el cómputo de pena deberá efectuarse sumando ese monto total unificado a partir de la última detención, puesto que el tiempo cumplido de la pena anterior ya fue descontado en el momento de la unificación –a modo de adelanto de cómputo–.

El resultado determinará, al igual que en la opción anterior, la fecha de cumplimiento. Aplicadas estas consideraciones al caso concreto, advierto que la escala penal para la determinación de la pena única partía de un mínimo de tres años (que es el mínimo de la escala penal correspondiente al delito de robo agravado por el uso de arma cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada –art. 166, inc. 2, tercer párrafo del CP–) y un máximo de diez años, 5 meses y 20 días (correspondiente a la suma del tiempo que le restaba por cumplir de la condena anterior y el máximo de la escala penal prevista para el delito por el que fue condenado).

Siendo así, la jueza debió justificar –al igual que debe hacerlo al individualizar la pena del delito de que se trate– el método que iba a utilizar para determinar la pena única y los motivos que la llevaron a alejarse del mínimo de la escala correspondiente. Sin embargo, en sus fundamentos, la sentenciante no sólo no

especificó de qué modo iba a efectuar la unificación aludida, sino que no se hizo ni siquiera una mínima referencia a dicha operación (registros audiovisuales de la audiencia del día 30/11/2021).

Ello, sin perjuicio de que en el resolutivo del fallo impugnado surge un monto de pena unificada, que no es más que la resultante de la suma del monto de pena impuesto mediante sentencia n° 7.105 (dictada por la Segunda Cámara del Crimen en fecha 24/6/2011) y la impuesta por el hecho investigado en los presentes obrados.

En virtud de lo expuesto, considero que, sólo en ese aspecto, la sentencia cuestionada no da motivos suficientes en función de los cuales se llegó a la solución analizada, lo que impide su convalidación plena en esta instancia. De tal manera, considero que debe responderse de manera parcialmente afirmativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO, adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO, adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuestos por la defensa de Juan José Mercado Tapia.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal efectuada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro (disidencia) DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

31- FERNANDEZ HERRERA y ots. 12-10-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 54	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	B	M	AI	PCE	-	-	A	-	CI CA	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=927>

Lex: Art. 166, inc. 2°, 1° párrafo, 1°s.; 167, inc. 2°, 54 del CP

Vox: Robo. Arma impropia. Poblado y banda. Concurso ideal. Concurso aparente. Falta de coincidencia entre la protocolización y el registro audiovisual. Error material en el protocolo.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a Luciano Andrés Peña Zabala a la pena de **cinco años de prisión** como autor penalmente responsable del delito robo agravado por el uso de arma en concurso ideal con robo agravado en poblado y en banda (arts. 166 inc. 2, primer párrafo, primer supuesto, 54 y 167 inc. 2 del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP). Estima que el razonamiento del sentenciante es arbitrario, equívoco e incurre en el vicio de errónea aplicación de la ley penal sustantiva.

El **Procurador** General entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n9185, pronunciada por el JPC Nº 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Guerra Mora. 29-07-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210729_FcGuerra.pdf

b-CIDH

Doctrina citada.

SCJM. Dres.: **Valerio**. Palermo. Adaro.

Fallo.

CUIJ: 13-06790248-8/1((018501-54878)) F. C/ SEBASTIAN EZEQUIEL FERNANDEZ HERRERA Y LUCIANO ANDRES PEÑA ZABALA P/ ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA EN CONCURSO IDEAL CON ROBO AGRAVADO EN POBLADO Y EN BANDA (ART. 166 INC. 2º, PRIMER PÁRRAFO, PRIMER SUPUESTO; 54 Y 167 INC. 2º DEL CÓDIGO PENAL) (P - 54878/21) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106044717*

En Mendoza, a doce días del mes de octubre del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-06790248-8/1 caratulada "F. C/FERNÁNDEZ HERRERA, SEBASTIÁN EZEQUIEL; PEÑA ZABALA, LUCIANO ANDRÉS Y CAPARELLI MARTÍNEZ O CAPARELLI MARTÍNEZ, ALEX, EMANUEL P/ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA EN CONCURSO IDEAL CON ROBO AGRAVADO EN POBLADO Y EN BANDA S/CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero el DR. MARIO D. ADARO.

A fs. 1 obra constancia digital del recurso extraordinario de casación interpuesto por la defensa del acusado contra la sentencia n° 9.185 de fecha 9 de noviembre de 2021 del Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial, por el que se condena a Luciano Andrés Peña Zabala a la pena de cinco años de prisión como autor penalmente responsable del delito robo agravado por el uso de arma en concurso ideal con robo agravado en poblado y en banda (arts. 166 inc. 2, primer párrafo, primer supuesto, 54 y 167 inc. 2 del CP) en los autos de referencia n° P-54.878/21.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El juez de la instancia previa consideró acreditada la materialidad del hecho objeto de la acusación discrepando en orden a la intervención de cada uno de los autores. Esto es que «[e]l día 03 de junio de 2021 siendo aproximadamente las 22:30 horas, encontrándose [la víctima] en la parada de colectivo [de] Mathus Hoyos y Maure de Guaymallén, es abordado por ALEX CAPPARELLI MARTINEZ, LUCIANO PEÑA ZABALA, SEBASTIÁN FERNÁNDEZ HERRERA y un sujeto NN no identificado [...] CAPPARELLI MARTINEZ se coloca frente a la víctima exigiéndole sus pertenencias, mientras que PEÑA ZABALA portando un elemento cuchillo de color plateado de 20 cm de largo aproximadamente, desde atrás se lo apoya en el cuello y junto con FERNÁNDEZ HERRERA y el sujeto NN, tiran a la víctima al piso y comienzan a propinarle patadas, logrando apoderarse de forma ilegítima de un celular [...], un barbijo y doscientos (200) pesos en dos billetes de 100 [...] para luego darse a la fuga los cuatro [...] hacia el oeste por calle Mathus Hoyos [...] el móvil 3045 de la Unidad Especial de Patrullaje que circulaba por el lugar, y observó lo acontecido, logró la aprehensión de CAPPARELLI MARTINEZ Y PEÑA ZABALA [en] Tomás Guido y Delgado de Guaymallén, mientras que FERNANDEZ HERRERA fue aprehendido en calle Mathus Hoyos a 50 metros del lugar del hecho aproximadamente, logrando el cuarto sujeto NN [...] darse a la fuga con la res furtiva en su poder». Respecto de los hechos y participación del acusado Peña Zabala, para así decidir, valoró las declaraciones

prestadas en audiencia de debate por la víctima Ricardo Javier Arias y los funcionarios policiales actuantes Zapata Flores y Laflor y el resto de los elementos de prueba válidamente incorporados.

Sintetizó, en lo que aquí concierne, el planteo de la defensa.

Sostuvo para ello que, no obstante las contradicciones que apuntara ésta sobre la declaración contenida en la denuncia, iba a estar a las declaraciones en el debate y a la prueba instrumental incorporada en tanto resultaron contestes acerca de la materialidad del hecho –robo con violencia y uso de un elemento filoso por parte de más de tres sujetos– encontrándose dentro de éstos Peña Zabala. Se explayó sobre el número de sujetos intervinientes, las características de los mismos y la intervención policial y otorgó credibilidad al testimonio de la víctima.

Sumó de ésta la referencia de la utilización de un elemento filoso, los dichos de los propios imputados para hacerse de la entrega de la res furtiva y el secuestro al acusado de un cuchillo, para compartir la calificación legal del Ministerio Público Fiscal (ver registro de audio del 09.11.2021, minutos 00:33:19 y ss.).

De ese modo entendió que dicho elemento filoso debía ser considerado arma impropia –explayándose al efecto–, y que independientemente de si se trataba o no de un cuchillo de manteca, lo cierto es que se utilizó como un elemento con poder intimidante y vulnerante por sobre la víctima para lograr su propósito.

Por su parte, y contrariamente al caso de Peña Zabala, el juez estimó que existían dudas suficientes respecto de la coautoría de Fernández Herrera en el hecho, razón por la que lo absolvió por aplicación del art. 2 del CPP.

Asimismo, y si bien en la sentencia firmada digitalmente se declaró la **reincidencia** de Peña Zabala, en sus fundamentos orales así como en el dictado del resolutivo, el juez **no se expidió** en el sentido antes referido.

2.- El recurso de casación

La defensa del acusado formula recurso de casación contra la sentencia arriba individualizada con fundamento en el art. 474 inc. 1 y art. 485 del CPP.

Ello, por adolecer el pronunciamiento cuestionado de vicios in iudicando por aplicación errónea de la ley procesal y ley sustantiva.

Luego de justificar la procedencia formal de dicho recurso, refiere que Peña Zabala nunca controvertió haber participado en un robo agravado en poblado y en banda pero no así respecto del robo agravado por el uso de **arma impropia, al entender que el tipo penal objetivo no existía**.

A tal efecto puntualiza que **la víctima nunca vio el cuchillo**, ni refirió que éste fuera usado contra ella.

El personal policial, quien tampoco visualizó su uso, fue quien se lo mencionó y «armó» su denuncia bajo presión procesal.

Asimismo, señala que el cuchillo secuestrado era de los que se utilizan para untar manteca y fue la propia policía quien afirmó que no tenía poder cortante ni vulnerante, además de ser viejo.

Por su parte, refiere que el acusado fue encontrado debajo del puente de un canal con agua, que no se resistió a la aprehensión y que podría, de haber sido el autor de los hechos, haberlo descartado.

A su juicio ello es indicativo de no ser el autor.

Afirma que todo el basamento de la acusación estuvo constituido por el acta de procedimiento y constancias escritas, prevaleciendo lo actuado en la oficina fiscal, desalentando la actuación de la defensa en el debate.

Cuestiona también la falta de aplicación a su defendido del beneficio de la duda, que sí alcanzó al coimputado. Por último, refiere que con la condena impuesta se «arroja» a la penitenciaría durante cinco años a una persona joven, sin antecedentes y con problemas de salud.

Del mismo modo, aduce desproporción grosera entre la pena y el bien jurídico tutelado y la intensidad de su vulneración, en atención a la res furtiva –un celular viejo y doscientos pesos–, lo que afecta el principio de lesividad.

En función de lo expuesto, peticona una condena a tres años de prisión en suspenso por el delito de robo agravado por ser en poblado y en banda, al tiempo que hace reserva de recurso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, a fs. 5/7 de este legajo, tras reproducir los agravios formulados por la defensa en relación con la errónea calificación legal de los hechos y las consideraciones de derecho que aquél formula, se expide por la procedencia formal de la impugnación incoada, aunque considera que el planteo no debe proceder sustancialmente al no lograr demostrar la presencia de vicio o falencia en el razonamiento del juez de sentencia.

Refiere que, girando el principal embate en torno a un cambio de calificación legal de los hechos, es correcta la adoptada por el juez de la instancia previa, pues ha efectuado un análisis en conjunto de toda la prueba rendida y de la legalmente incorporada.

Así, señala que el juez consideró el relato de la víctima como claro y creíble en cuanto a que fue asaltado por un grupo de personas –aproximadamente cinco– que utilizaron un elemento filoso que le colocaron en el cuello, por detrás, para exigirle las pertenencias, amenazándolo con que lo iban a «rajar».

Además, señala que dichas circunstancias de tiempo, modo y lugar surgían también del testimonio y actuaciones de los policías actuantes, quienes no sólo visualizaron el hecho sino que aprehendieron a dos de los sujetos, uno de ellos con el cuchillo utilizado.

Por ello afirma que la defensa, para beneficiar al acusado Peña Zabala, ha fragmentado el relato de la víctima y así desechar la agravante en cuestión.

Contrariamente, entiende que aquella circunstancia agravante ha quedado debidamente configurada pues se utilizó dicho cuchillo –arma– con poder intimidante, vulnerante y capacidad de poner en peligro la integridad de la víctima, independientemente de las características de dicho cuchillo.

Por ello, afirma que se observa un análisis acertado y debidamente fundamentado del tribunal acerca de la efectiva utilización del cuchillo que fundamenta la agravante.

Cita doctrina y entiende que la discrepancia de la defensa es insuficiente para sustentar el cambio de calificación legal propiciado frente a una correcta valoración de los elementos probatorios que lo condujeron a la certeza para condena.

Por otro lado, refiere que el monto de la pena no aparece como desproporcionado, pues es ajustado a derecho y se encuentra comprendido dentro de la escala penal a cuyo efecto. Cita al respecto jurisprudencia de esta Sala. Por todo lo expuesto, solicita el rechazo del recurso articulado.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Puesto a resolver el recurso promovido por la defensa del acusado, corresponde adelantar que, por las razones que a continuación se exponen, debe rechazarse la impugnación.

De manera preliminar, he de señalar que los agravios impulsados pretenden fundamentar la insuficiencia de motivación e incongruencia de la sentencia en orden a determinar la autoría del acusado en los hechos

probados y luego, principalmente, la subsunción de éstos bajo la modalidad de delito de robo agravado por el uso de arma en concurso ideal con robo agravado en poblado y en banda cuando debió hacerlo únicamente respecto de esta última calificación.

Al respecto, y como se detallará, los elementos de convicción que obran en la causa han sido valorados por el juez de la instancia previa siguiendo los principios de la sana crítica racional, la lógica y la experiencia.

Ello, ha dotado a dicho acto sentencial de la motivación necesaria para ser considerado un acto jurisdiccional válido que no adolece de falencias que ameriten su anulación.

En este sentido valga recordar que es jurisprudencia reiterada de esta Sala que para que los defectos de fundamentación conlleven a tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalgan a su ausencia (LS. 186-427, 153-011; 354-218; 392-94 y 397-177, entre otros); lo que en la especie no se verifica.

Como ya se expresara, el planteo de la defensa se centra en dos únicos temas a dilucidar, por un lado, el uso, por parte del acusado de un cuchillo que se utiliza habitualmente para untar y, por el otro, la consideración de ese elemento como arma impropia en los términos del tipo penal agravado del art. 166, inc. 2, primer párrafo, primer supuesto, del CP.

Ello, pues la propia defensa reconoce expresamente que Peña Zabala intervino en el hecho junto a tres o más personas.

De ello depende, claramente la calificación legal cuestionada y adoptada en la sentencia y de allí surge, como consecuencia, un cuestionamiento al monto de la pena impuesta.

La posición de la defensa implica, indisolublemente, tal como también plantea, el cuestionamiento al análisis de la prueba rendida.

Cabe aclarar también que debemos centrar el **análisis del plexo probatorio analizado**.

En primer lugar, la declaración de la víctima. Luego, la de los policías actuantes, quienes también resultaron, tal como acontecieron los hechos, testigos presenciales del hecho. Así, debe señalarse que durante el debate, Ricardo Javier Arias, luego de relatar que el día de los hechos había salido de trabajar aproximadamente entre las 22.15 y 22.30 hs. y estaba en la parada de colectivos, fue asaltado por un grupo de jóvenes que le robaron el teléfono, le dieron puntapiés. Luego, llegó la policía y posteriormente formuló la denuncia. Expresamente, precisó que «[...] yo vi cinco pibes [...] segurísimo [...]. Uno se acerca a tirarme la mano y le digo que “no te voy a saludar, no te conozco” y me agarraron, me dieron unos golpes y me arrebataron el celular [...]. No les vi la cara, no los conozco [...]». Más adelante y ya en relación con el agravio concreto agregó, «[...] no vi ningún arma, sí me amenazaron diciéndome “dale o te rajo” [...] yo al cuchillo no lo vi [...] sentí algo filoso en el cuello por detrás, fueron segundos [...]» (ver registro audiovisual del día 07/10/2021, 00:24:20 y ss).

En cuanto a ese objeto filoso que sintió, añadió, «[s]i yo armo la historia deduzco que era un cuchillo, era como una chapa, una lata o un cuchillo; no tengo idea, fueron segundos [...]» (ver registro audiovisual del día 07/10/2021, 00:37:11 y ss).

Como adelanté, no solo la víctima se manifestó de este modo. El personal policial actuante fue testigo presencial del hecho. Valga señalar que las contradicciones que reseña la defensa en sus declaraciones y las actuaciones incorporadas como prueba instrumental, fueron debidamente explicadas por éstos. Zapata Flores fue uno de los funcionarios policiales que labró el acta de procedimiento junto al oficial Laflor, y estaban patrullando por la zona cuando advierten el acaecimiento del hecho.

Por ello, es que entiendo que resultaron ambos testigos presenciales. Baste recordar lo señalado en el debate: «[Íbamos patrullando] por Allayme al llegar a Mathus Hoyos hacia el oeste, a unos pocos metros, vemos a tres personas forcejeando, arrojan a una al piso y la golpean mientras otro la sostenía del cuello. Al seguir unos metros más el sujeto que estaba golpeado bolsiqueaba los bolsillos de esta persona [...] le damos la voz de alto, nos identificamos [...], salen corriendo esos dos sujetos, en el lugar queda una [...] se la introduce en la movilidad [...]» (ver registro de audio del 07.10.2021, minutos 00:45:27 a 00:53:57 y ss.).

Respecto a estos dos últimos, sostuvo «[los otros] se dan a la fuga, hacia el oeste, al llegar a Allayme hay un zanjón, los sujetos se introducen para darse a la fuga hacia el sur [...] mi compañero lo sigue. Yo me subo a la movilidad con el aprehendido, llego al interior del B° Alameda y se logró la aprehensión de los dos [...]». Añadió, para justificar que se trataba de estos mismos sujetos, que su compañero iba informando por radio, nunca los perdieron de vista y fue el primero quien se da cuenta que se introducen en el zanjón.

La requisita de éstos arrojó el secuestro de un cuchillo.

En este orden, manifestó que «[...] se aprehendieron a los dos [...] se secuestró un cuchillo, no recuerdo bien a quién, en el interior del barrio Alameda en poder de uno de los detenidos [pero] no apareció lo que le sustrajeron a la víctima [...]» (ver registro de audio del 07.10.2021, minutos 00:57:00 a 00:59:08 y ss.). Reiteró este relato ante los requerimientos de las partes y si bien con algunas imprecisiones, se remitió a lo actuado en el acta de procedimiento.

Laflor, que es el otro policía actuante, resultó coincidente con este relato. Así, también refirió que estaban patrullando cuando ven a unos sujetos que golpeaban a un individuo que esperaba el colectivo, que descenden de la movilidad, que éstos se dan a la fuga, que la víctima les manifiesta que lo habían asaltado y robado un teléfono celular, razón por la que salen en procura de los mismos (ver registro de audio del 25.10.2021, minutos 00:05:40 y ss., 00:16:24 y ss., 00:17:46 y ss.).

Refiere que uno fue aprehendido a los pocos metros y los otros a unas dos o tres cuadras, estaban escondidos en una acequia en dirección al Barrio Alameda debajo de un puente. Describió a los autores, la actividad desplegada por cada uno y el elemento utilizado para perpetrar el hecho. Señaló que la víctima les dijo que «[uno] era un sujeto robusto de pelo teñido rubio, el que le sustrajo el celular y otro más flaquito lo estaba amenazando con un cuchillo [...] se les secuestró un cuchillo al más delgado [...] está identificado en el procedimiento [...]», la que le es exhibida y reconoce firma y contenido (ver registro de audio del 25.10.2021, minutos 00:17:50 y ss.).

Útil resulta al efecto esta descripción de los sujetos en cuanto al rol que desempeñó cada uno, coincidente a su vez con la descripción suministrada por la víctima, el acta de procedimiento, actas de ratificación, actas de aprehensión y de visu agregadas en autos a fs. 1/2, 3/5, 6 y 8, y 26 y 37. Señaló, «[...]entrevistamos a la víctima y nos dice que le habían sacado un teléfono celular [...], un sujeto robusto de pelo teñido rubio [...] y otro más flaquito lo estaba amenazando con un cuchillo [se les secuestró] un cuchillo [...]. El más delgado es al que le secuestra el cuchillo [...], cada uno está identificado en el procedimiento [...]» (ver registro de audio del 25.10.2021, minutos 00:17:46 y ss.).

En punto al cuestionamiento de la defensa del acusado –el cuchillo utilizado como arma– refirió que tenía mango metálico y una hoja de diez centímetros aproximadamente y punta redondeada, agregando que era como de los que se utilizan para untar manteca (ver registro de audio del 25.10.2021, minutos 00:35:00 y ss.).

Dicha descripción resulta coincidente con el acta de secuestro de fs. 9 y acta de procedimiento de fs. 1 vta. Ambos policías, si bien con algunas imprecisiones que no resultan relevantes en orden a los hechos y calificación admitida por la defensa –específicamente a si advirtieron cuatro o cinco sujetos que actuaban por sobre la víctima, la distancia del lugar de aprehensión al de comisión del hecho, cuál de los actuantes visualizó el lugar dónde se escondieran, o secuestrara el cuchillo por caso– describieron a los sujetos que se dieron a la fuga y claramente la actuación que le cupo a cada uno en el hecho, lo que coincide con lo que les manifestara la víctima y sostuviera ésta en el relato (ver registro de audio del 25.10.2021, minutos 01:00:43 y ss.).

Por otra parte, la actuación policial fue volcada en el acta de procedimiento, incorporada como prueba instrumental, debidamente ratificada en sede judicial y nuevamente, ya en el debate. De la prueba rendida efectivamente puede colegirse, tal como lo hace el juez de sentencia, que el acusado, junto a Caparelli –ya condenado mediante un juicio abreviado– y al menos otro sujeto más, circunstancia ésta, como se dijo, reconocida por su defensor hizo uso de un cuchillo por detrás que apoyó en el cuello de la víctima, que luego fue secuestrado, mientras Caparelli Martínez le sustrajo el celular que no fue recuperado.

En orden a la valoración de la prueba en la instancia previa, la defensa considera que la víctima nunca vio cuchillo, no señaló que se utilizara en su contra, que ésta, dada la mención de la policía actuante, dedujo que el elemento que sintió fue un cuchillo.

A partir de ello, la defensa infiere que se trata de una declaración «armada», añadiendo, en su abono, que la policía tampoco vio el uso de dicho cuchillo.

En cuanto al segundo planteo, esto es la falta de intervención de Peña Zabala, señala que no es sino una elucubración de futuro atada a las circunstancias de la aprehensión.

Esto es que pudiendo haberse desprendido del cuchillo, el mismo lo llevaba consigo. La prueba testimonial rendida, tal como fue analizada por el juez de sentencia en sus fundamentos orales, da cuenta claramente del hecho así como la autoría de Peña Zabala.

El hecho no solo fue relatado por la propia víctima con claridad, sino también por el personal policial actuante, que también visualizó lo sucedido, y de inmediato emprendieron la persecución de los autores, a los que dieron alcance encontrándole al acusado un elemento –cuchillo– entre sus pertenencias.

Es cierto que la víctima reconoció no haber visto cuchillo alguno, así como que, al momento de la denuncia, al otro día, cuando sabía ya del secuestro hizo referencia al cuchillo, pero ello dista de pretender colegir que la mención de la existencia de un elemento cortopunzante fue hecho a instancias del personal actuante. No surge ello de la prueba rendida.

La referencia efectuada por la víctima –«**sentí algo filoso en el cuello**»– de una persona –el acusado– que la sostenía y que se ubicaba detrás, acompañado de amenazas de «dale que te rajo» proferidas por el sujeto de adelante más robusto y teñido –Caparelli–, sumado al secuestro en poder de uno de ellos, el más delgado –Peña Zabala–, de un cuchillo de cocina, no permiten sino compartir que la calificación jurídica adoptada en la sentencia es la correcta.

Ello, sumado a la circunstancia determinante de flagrancia, persecución y posterior aprehensión efectuada por la fuerza policial.

A ello obedecen las manifestaciones de la víctima «si yo armo la historia deduzco que era un cuchillo, una chapa, una lata, no tengo idea, fueron segundos», que de ningún modo pueden entenderse con animosidad de perjudicar o con ánimo de venganza, como bien refirió el juez de la instancia previa en los fundamentos.

Más aun si se tiene en cuenta que se encontraba frente a un grupo de sujetos que no conocía, que lo abordaran en la noche cuando salía de trabajar y en plena vía pública, pues estaba en la parada de colectivos.

En abono de estos testimonios, la prueba instrumental reseñada en el mismo sentido aporta elementos de convicción a la credibilidad del testimonio de la víctima, cuestionado por la defensa, pues desde los albores del hecho, el relato fue idéntico, resultando irrelevante si los actuantes advirtieron o no el uso del cuchillo.

En consecuencia, la posesión del elemento por el acusado como argumento en favor de su falta de autoría en el delito de robo con armas, deviene irrelevante al efecto y no deja de ser sino una mera conjetura carente de argumentación, y de sustento probatorio.

Del mismo modo, el cuestionamiento al desarrollo del debate, en el que las defensas han podido controvertir y controlar, previo ofrecer prueba, todas y cada una de las pruebas rendidas así como las incorporadas, pues lo fueron con expreso acuerdo de partes, no advirtiéndose sino expreso cumplimiento de la normativa procesal.

En mérito a ello, no corresponde la aplicación del principio de la duda que solicita la defensa en torno a la inaplicabilidad de la agravante del robo agravado por el uso de arma.

Ello así, en tanto la defensa no logra demostrar la existencia de ese estado, pues parcializa las declaraciones vertidas en el debate, con referencias a supuestas contradicciones de los actuantes, que no encuentran debido respaldo, como ya he expresado.

Por el contrario, el completo análisis del mérito que de la prueba hizo el juzgador, generó en éste la certeza de condena requerida procesalmente y concluyó en una sentencia en la que no se advierte arbitrariedad ni carencia de motivación en cuanto a la responsabilidad del acusado en orden al delito cometido.

De allí, el agravio del recurrente en este sentido aparece como una mera discrepancia adversa a los intereses de esa parte, lo que motiva su rechazo.

De tal manera, al considerar que el uso del cuchillo se encuentra acreditado, resta abordar si las características del mismo –metálico de punta redondeada, como los utilizados para untar y viejo– enervan el elemento valorativo «arma» del art. 166 inc. 2, primer párrafo, primer supuesto, del CPP; en el caso, encuadrado en el concepto de «arma impropia». El cuestionamiento se encolumna a desacreditar el mayor poder vulnerante de dicho objeto, razón por la que la defensa asume que «arma impropia» resulta aquella que reúne esas características.

Al respecto debe tenerse en cuenta que en otros casos he sostenido, en relación con el uso de una navaja en un robo, que «no existe duda alguna de que el objeto utilizado por el acusado para llevar adelante el robo era un arma impropia en tanto instrumento que sin ser específicamente diseñado como para lesionar o matar, contaba con un alto poder ofensivo para causar el mismo resultado».

Asimismo, que «dos son los fundamentos que se atribuyen a las **armas impropias** para considerarlas tales: su poder intimidatorio o su poder ofensivo» (ver, al respecto, «**Guerra Mora**»).

De tal manera, y en términos claros, en el caso en análisis debe determinarse, en mérito al planteo defensivo, si el elemento utilizado –cuchillo para untar– por sus características y el modo de empleo, habilita la aplicación de la agravante del inc. 2 del art. 166, inc. 1, primer párrafo, primer supuesto, del CP. Asimismo ha quedado fuera de discusión, en función de los precedentes de esta Sala que un cuchillo es pasible de ser encuadrado en la doble categoría de «arma blanca» y utensilio destinado a comer.

No obstante que el cuchillo sea considerado como «arma blanca» convencionalmente, la generalidad de los objetos, a fin de que sean considerados armas impropias en el sentido de la agravante, se relacionan con su poder de vulneración a la víctima, dadas sus características y el modo de empleo.

Ello, pues deben poder ser considerados contundentes, ya sea por su capacidad de golpear o contundir, sea por su capacidad de producir gran impresión en el ánimo, que es la segunda acepción del adjetivo en cuestión.

Es cierto que la falta de definición por la ley del concepto de «arma» requiere una evaluación en cada caso, en tanto instrumento apto para intimidar y disminuir su posibilidad de defensa de la víctima. De ello entiendo que el uso de dicho elemento y la modalidad violenta resultan suficientes para la aplicación de la agravante del artículo 166 inc. 2, primer párrafo, primer supuesto, del CP, aun cuando no se haya causado siquiera un daño leve a la víctima. Sentadas estas premisas, cabe analizarlas conforme el caso que no ocupa, y lo que ha resultado acreditado, para poder determinar si en la instancia anterior se aplicó correctamente el tipo legal agravado en cuestión.

Como ya se dijo, de las constancias de la causa, surge que el cuchillo secuestrado fue utilizado por el acusado Peña Zabala. La modalidad de su uso consistió que en sostener a la víctima de atrás con su brazo y apoyarle en el cuello dicho elemento; mientras, el coimputado Caparelli le profería amenazas de lesión para procurarse los elementos de la víctima.

Como se advierte, esta modalidad efectivamente representó indefensión para víctima. Ello, fue tan así que permitió el desapoderamiento. De tal manera, puede decirse que el uso de aquel elemento implicó un aumento del poder ofensivo del agente, en tanto creó un peligro mayor para la víctima y menguó su capacidad de oposición o defensa.

No puede dejar de considerarse, como bien lo hizo el juez en sus fundamentos, que coadyuva a ello, la superioridad numérica de los sujetos intervinientes, más allá que haya importado la aplicación de la normativa del concurso ideal en la figura del robo en poblado y en banda.

Finalmente, la defensa cuestiona el monto de la pena, dado que se trata de una persona joven, sin antecedentes y con problemas de salud.

En la misma línea, refiere desproporción grosera de la sanción respecto de la intensidad de vulneración del bien jurídico, y en atención a la naturaleza de la res furtiva –un celular viejo y doscientos pesos–, afectándose así el principio de lesividad.

Cabe dejar sentado que, rechazado el cuestionamiento sobre la procedencia de la agravante contenida en el art. 166, inc. 2, primer párrafo, primer supuesto del CP, se impone la improcedencia del agravio analizado.

Esto en razón de que la escala penal prevista en aquella norma tiene un mínimo de cinco años y un máximo de quince años de prisión y en el caso el juez de sentencia impuso a Peña Zabala la pena de cinco años de prisión.

Es decir que, establecida la concurrencia de la agravante, en aplicación de los mismos argumentos que aquí se invocan, se le impuso el monto mínimo de la escala.

Para ello, se consideraron sus condiciones personales –joven de veinte años, con escolarización secundaria incompleta, de profesión carpintero, con problemas de salud–, así como el elevado monto mínimo de la escala penal (ver registro audiovisual del 09.11.2021, minutos 00:59:51 y ss., fundamentos, tercera cuestión).

De tal modo, al resultar la pena impuesta coincidente con el mínimo legal, y por ello dentro del marco impuesto por el legislador, la tarea del juzgador se ajusta al principio de legalidad. Comparto así con el

Procurador que ello impide considerar a la misma violatoria del principio de proporcionalidad, en tanto no existe pena menor a imponer al acusado.

Por el contrario, ha sido el propio tribunal de sentencia, como se dijo, quien ha considerado ello –la previsión legal de un mínimo que estimó alto– a fin de establecer el quantum de la pena impuesta.

Asimismo, no obstante la existencia de una mención difusa y potencial carente de argumentos en el Punto VIII.8 del recurso en este sentido, la defensa no interpone inconstitucionalidad alguna al efecto.

Por último, debe decirse que al no ostentar el acusado antecedentes penales computables, no fue declarado reincidente por el juez de sentencia, tal como efectivamente surge del registro audiovisual.

Sin embargo, a más de otros **errores materiales de los que adolece el protocolo digital** –véase punto 1 de los considerandos y en idéntico sentido Punto 4 del resolutivo–, dicho protocolo de la sentencia cuestionada tiene evidente error en tanto declara al condenado Peña Zabala –Fernández Herrera resultó absuelto– reincidente a los términos del art. 50 del CP.

Así las cosas y no correspondiendo dicha mención, en uso de las facultades contenidas en el art. 487 del CPP, corresponde suprimir el dispositivo 4 de la sentencia n° 9.185.

Por lo expuesto, corresponde contestar de manera negativa a la primera cuestión planteada y, en consecuencia, debe rechazarse el recurso de casación promovido y confirmarse la sentencia criticada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado Luciano Andrés Peña Zabala.
- 2.- Suprimir el resolutivo 4 de la sentencia n° 9.185 de conformidad con las consideraciones precedentes (art. 487 del CPP).
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal.
- 4.- Imponer las costas a la parte vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 5.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos, quien deberá tener expresamente en cuenta lo dispuesto en el resolutivo segundo de la presente, a los efectos de efectuar en debida forma las comunicaciones pertinentes.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

32- DIMATTEO LUNA. 10-11-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	-	-	AI	PCE	-	-	CO	R		-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=960>

Lex: Art. 166 inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto y 45 del CP

Vox: Robo. Arma impropia. Objeto contundente. Consumación. Reedición de planteos.

Summa:

El TPC condenó a los nombrados Dimatteo y Gómez, respectivamente, a la pena de **siete años y de seis años y seis meses de prisión** por considerárseles coautores penalmente responsables del delito de robo agravado por el uso de arma, previsto y penado (arts. 166 inc. 2° primer supuesto y 45 C.P), declarándolos reincidentes.

Las **defensas técnicas** de los indicados interponen recurso de casación. Art. 474 del CPP.

La defensa de **Dimatteo** cuestiona la utilización de un elemento contundente y la consumación del robo.

La defensa de **Gómez** se agravia porque la sentencia adolece de falta e insuficiencia en la motivación.

Pone en crisis el empleo de arma impropia.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó ambos recursos de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1796, pronunciada por el TPC N° 2-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- González Araya. 15-08-17: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
DERECHO PENAL - DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD - ROBO - DISPOSICION DE LA COSA - **ESFERA DE CUSTODIA**

Texto:

El momento consumativo del robo se determina cuando el autor se encuentra en **condiciones materialmente pacíficas de disponer** sobre los bienes objeto del ilícito, no bastando con que la víctima quede desposeída de ellos. Por lo que el autor debe encontrarse en una situación apta para decidir el destino de la cosa.

Sostener que la consumación del delito de robo se produce con la pérdida de la custodia del bien por parte de la víctima, traería como consecuencia sistemática que ante ello no podría actuarse en legítima defensa, pues ella solo tiene lugar durante la ejecución del ilícito, mas no luego de su consumación. Es decir, **la legítima defensa** sólo puede tener lugar hasta la consumación del delito, luego de ello, la agresión cesa y pierde su actualidad. El criterio según el cual el robo se consuma con el desapoderamiento de la víctima haría materialmente imposible actuar ante él en legítima defensa. Por ello, debe considerarse que la tentativa se mantiene hasta el momento en que se obtiene una posesión pacífica sobre los bienes, y por ende, hasta ese momento cabe la defensa contra esa agresión.

DERECHO PENAL - CONCURSO DE DELITOS - **CONCURSO REAL** - CONCURSO IDEAL - DIFERENCIAS

Texto:

La diferencia entre el concurso real y el concurso ideal reside en que en el primero existe una única acción que puede subsumirse bajo más de un tipo penal, mientras que en el segundo son conductas independientes las que se encuadran en las distintas figuras típicas. Por lo tanto, no alcanza con sólo referir a la pluralidad de tipos penales que intervienen para confirmar la concurrencia del concurso real, para ello deben individualizarse cuáles son los hechos independientes que se le atribuyen al imputado.

Expte.: 13038502259 - F. C/ GONZALEZ ARAYA MARTIN RAMON Y TEJADA AGUILAR P/ ROBO SIMPLE P/
CASACION Tribunal: SUPREMA CORTE - SALA N °2. Magistrado/s: VALERIO - PALERMO - ADARO

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo

Fallo:

CUIJ: 13-06767911-8/1((018602-97729)) FISCAL C/ DIMATTEO LUNA, PABLO CARLOS Y GOMEZ TAPIA, JESE ESTEBAN P/ ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA CUYA APTITUD PARA EL DISPARO NO PUEDE TENERSE DE NINGÚN MODO POR ACREDITADA, ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA IMPROPIA Y ROBO AGRAVADO PR SER EN POBLADO Y EN BANDA, TODO EN CONCURSO IDEAL (97729/20) (97729) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106023924*

En Mendoza, a los diez días del mes de noviembre del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06767911-8/1 caratulada "F. c/ DIMATTEO LUNA, PABLO CARLOS Y GÓMEZ TAPIA, JOSÉ ESTEBAN P/ ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA CUYA APTITUD PARA EL DISPARO NO PUEDE TENERSE DE NINGÚN MODO POR ACREDITADA, ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA IMPROPIA Y ROBO AGRAVADO POR SER EN POBLADO Y EN BANDA, TODO EN CONCURSO IDEAL S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa de Pablo Carlos Dimatteo Luna y de José Esteban Gómez Tapia interponen recursos de casación contra la sentencia n° 1.796, y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de esta Primera Circunscripción Judicial.

Ello, en tanto se condena a los nombrados, respectivamente, a la pena de siete años y de seis años y seis meses de prisión por considerárselos coautores penalmente responsables del delito de robo agravado por el uso de arma, previsto y penado (arts. 166 inc. 2° primer supuesto y 45 C.P), declarándolos reincidentes en los autos n° P-97.729/20.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Son procedentes los recursos interpuestos?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El tribunal de la instancia anterior resolvió del modo precedentemente señalado al considerar probados que «[...] el día 23 de diciembre de 2020, minutos antes de las 04:30 horas aproximadamente, JOSÉ ESTEBAN GÓMEZ TAPIA y PABLO CARLOS DIMATTEO LUNA ingresaron al domicilio sito en calle Sargento Cabral N°421 de Ciudad de Mendoza, previo descolgarse por el techo de la vivienda hacia el patio y romper la reja de la puerta. Una vez en el interior PABLO CARLOS DIMATTEO LUNA fue a la habitación donde pernoctaba Julio Alberto Landaburu y su esposa y le exigió al primero de los nombrados le entregue dinero, para luego golpearlo con un objeto contundente ocasionándole lesiones en su brazo izquierdo. Asimismo, JOSÉ ESTEBAN GÓMEZ TAPIA se dirigió a la habitación de Lucía Laura Landaburu, la llevó del brazo a la habitación de sus progenitores, la empujó hacia el piso ocasionándole lesiones y, una vez que estaban todos en la habitación, los sujetos sustrajeron una radio portátil de color negro, la suma de nueve mil pesos (\$9.000) en efectivo y un juego de llaves de la casa, para luego darse a la fuga por los techos. Minutos después, personal policial logró la aprehensión de JOSÉ ESTEBAN GÓMEZ TAPIA en calles Rufino Ortega y Paso de los Andes de Ciudad de Mendoza y de PABLO CARLOS DIMATTEO LUNA en calles Arístides

Villanueva y Martínez de Rosas de Ciudad de Mendoza, ambos con parte de la res furtiva en su poder» (v. pág. 6 de los fundamentos, orden n° 58 del sistema LeD).

Para decidir en tal sentido, valoró principalmente la declaración en el debate de Ariel Adrián Rodríguez, así como también, los testimonios brindados durante la investigación pena preparatoria por parte de Lucía Laura Landaburu Vitale, Julio Alberto Landaburu Rosa, Daniela Romina Escudero y Pablo Daniel Luna Rearte, los que fueron incorporados a la causa con omisión de lectura, a instancia y expresa conformidad de las partes litigantes. Cuadro probatorio que se completa con la prueba instrumental que fuera ofrecida por las partes y admitida en el marco de la audiencia preliminar realizada, y luego incorporada a la causa (v. constancia de audiencia del día 27/08/21, orden n° 50 del sistema LeD), entre la que se destaca: el acta de procedimiento, croquis, actas de aprehensión, informe de rastreo (fs. 1/9 y 21/22), las actas de denuncia (fs. 12/14), el informe del Centro de Video Vigilancia Capital (fs. 18/20), el actas y las fotografías de secuestro (fs. 24/28), las actas de visu (fs. 34 y 40), el informe técnico de Policía Científica "RC" N° 2130/20 (fs. 129/132 y 166/169), el informe de la División Delitos Tecnológicos N°: 4012/2020 (fs. 135/141 y 170/176), y el desgravado del Centro Estratégico de Operaciones (fs. 195/199).

2.- Los recursos de casación interpuestos por las defensas

2.1.- La defensa del acusado *Dimatteo Luna*

La defensa del acusado Dimatteo Luna formula recurso de casación contra la sentencia arriba reseñada a tenor de lo previsto en ambos incisos del art. 474 del CPP, esto es, por entender que la decisión criticada adolece de vicios in iudicando e in procedendo que la descalifican como acto jurisdiccional válido.

Ello por cuanto, su criterio, se ha aplicado erróneamente la ley penal sustantiva y, además, la fundamentación de la sentencia resulta arbitraria.

También reclama que se declare la nulidad de la sentencia porque el juez de la instancia previa se basó en indicios endebles, no obstante que habían sido reunidas pruebas directas que los refutaban. Apunta, asimismo, que no se le otorgó crédito al descargo de la defensa.

Se agravia también porque el apartamiento de las reglas de la sana crítica racional en la valoración de las pruebas, afectó directamente la presunción de inocencia y el principio in dubio pro reo.

En particular, se queja porque el sentenciante afirmó que se utilizó **un elemento contundente** como arma impropia para golpear a Landaburu, sin tener en cuenta la confesión de su defendido, de que **se trató de un golpe de puño**.

Refiere que, sin pruebas, el juez de la instancia previa **desestimó la existencia de un arma de fuego** y afirmó la utilización de otro elemento duro para golpear a la víctima.

Agrega que no se puede sostener la existencia de otro elemento usado como arma impropia, si el sentenciante afirmó que el testigo Julio Landaburu mencionó que vio el arma y luego agregó que, en realidad, no la vio.

Refiere en este sentido que, desgraciadamente, no fue posible contar con su testimonio en juicio para que aclarara sus dichos.

Señala como contradictorio que se afirme que Dimatteo golpeó a la víctima con un arma, observada por personal policial, para luego descartar que fuera usada **como arma impropia** y finalmente sostener que usó alguno de los elementos que le fueron secuestrados, lo que no es sino una mera conjetura del sentenciante, sin prueba alguna que la respalde, ya que el elemento duro con el que golpearon a Landaburu fue el puño de Dimatteo.

Para sostener esa afirmación, cita la declaración de Lucía Landaburu, quien estuvo presente en ese momento y dijo que no vio arma alguna. Además, Ariel Rodríguez dijo que entró al domicilio y no vio que el dueño de casa tuviera sangre, pero que se lo observaba lastimado.

Dice, asimismo, que en otros procedimientos no ha visto una lesión así con un arma, pero que no da fe.

El otro agravio que esgrime la defensa de Dimatteo, es el relativo a **la falta de consumación del robo**. Entiende que los argumentos dados por el tribunal de juicio al resolver del modo en que lo hizo, no se ajustan a la prueba colectada en autos, la que demuestra que los acusados no tuvieron la posibilidad de disponer de los bienes que sustrajeron.

Al respecto, destacan que del acta de procedimiento surge que las víctimas dijeron que les entregaron \$ 5.000 a los sujetos que los atacaron, que es el monto que les secuestraron.

Ello también es afirmado por la oficial de policía Escudero, mientras que del CEO informaron que las víctimas les dijeron que les sustrajeron entre \$2.000 y \$5.000.

Cita igualmente el recurrente el testimonio del oficial Rodríguez, que declaró que la víctima le dijo que le robaron un celular viejo y no recuerda si \$ 3.000 o \$ 5.000, objeto que no fue materia de acusación y que es lo que efectivamente se les secuestró a los acusados.

Agrega que de la declaración de la denunciante surge que inmediatamente tocaron el timbre de la casa y era la policía y que entre el momento en que llegó la policía y les avisaron que habían aprehendido a los acusados, **transcurrieron cinco minutos**.

Cita otras declaraciones e informes en el mismo sentido.

Por todo ello, solicita a este Cuerpo que case la sentencia cuestionada, se recalifique la conducta reprochada a su representado, quien debe resultar condenado por el delito de robo simple en grado de tentativa.

Finalmente, formula expresa reserva del caso federal.

2.2.- Por su parte, la defensa del coimputado Gómez Tapia

2.2.- Por su parte, la defensa del coimputado Gómez Tapia se agravia porque la sentencia adolece de falta e insuficiencia en la motivación. Lo que, a su criterio, vulnera disposiciones de corte constitucional.

Relata que de la valoración de la prueba no surge con certeza que el hecho se haya producido con un arma impropia, ya que hay un manto de duda al respecto, lo que debe redundar en favor de los acusados de acuerdo a lo dispuesto en el art. 2 del CPP.

Argumenta que la valoración probatoria fue contraria a las reglas de la sana crítica racional. Refiere que Lucía Landaburu, testigo presencial del hecho, dio cuenta de las condiciones de modo, tiempo y lugar en las que habrían ocurrido los hechos.

En lo que tiene que ver con la utilización de algún tipo de arma de fuego por parte de los autores manifestó que la persona que se encontraba en el dormitorio con sus padres –Dimatteo Luna– le habría querido pegar a su progenitor mediante el empleo de un golpe de puño, sin mediar ningún tipo de elemento que pueda ser considerado como arma impropia.

Destaca que esta testigo observó de manera inmediata la sucesión de los hechos y su declaración coincide con lo que declaró Dimatteo Luna en relación a la existencia de un golpe de puño de parte de Dimatteo Luna a Julio Landaburu, el cual, al cubrirse con su brazo, como un movimiento natural de protección, recibió el impacto en dicha extremidad.

Agrega que el testimonio de Julio Landaburu, a diferencia del prestado por su hija, resulta contradictorio. Ello en tanto, mientras al inicio de su declaración dijo que efectivamente había visto que uno de los asaltantes utilizó un arma, con la cual le apuntaron a cinco centímetros de su cabeza y, luego, lo

agredieron causándole una lesión en el brazo, luego, ante preguntas del Ministerio Público Fiscal expresó que, en realidad, no había observado ningún arma, aunque sintió que lo golpearon con un elemento duro, del cual no dio mayores detalles.

Considera el recurrente que esa contradicción se debe efectivamente a que, según dijo la víctima en su declaración, no pudo determinar ni precisar si el autor del injusto penal tenía o no un arma de fuego o algún otro elemento con el cual lo amedrentó en un primer momento, y luego lo agredió físicamente, no obstante lo cual el juez de la instancia previa dijo que de las declaraciones emergía que Landaburu no estaba plenamente seguro de lo que vio esa noche.

Sin embargo, ello resultaría contradictorio si se tiene en cuenta la distancia entre él y su agresor, como así también la distancia que Landaburu manifestó tener con el arma del autor. Señala que los dichos de la víctima también se contradicen con lo expuesto por su hija Lucía Landaburu, cuando manifestó que observó que, a su padre, le «quisieron pegar una piña», y que él «se cubrió con su brazo», para luego añadir que «yo no vi ningún tipo de arma pero luego mi papá me contó que le quiso pegar con el arma, pero mi papá se defendió y puso su brazo».

De ahí, la defensa considera que la testigo tomó conocimiento del arma, y del presunto golpe con la misma a su progenitor, por manifestaciones de este último, las que resultan confusas y contradictorias en cuanto al tópico en cuestión.

Advierte que esas contradicciones fueron advertidas también por el tribunal de sentencia, cuando rechazó la aplicación del agravante del arma de fuego, aunque luego no las consideró cuando tuvo por acreditado el robo con arma impropia.

Si bien no cuestiona la existencia de la lesión que habría presentado la víctima en su brazo –la cual fue corroborada no sólo por su testimonio sino también por el resto de los testigos, sin perjuicio de entender que debieron ser constatadas por profesionales de la salud del Cuerpo Médico Forense, lo que hubiera permitido esclarecer el tipo de lesión y precisar, aún a modo de probabilidad, el medio productor–, refiere que la valoración integral de la prueba determina la presencia de serias dudas acerca de que aquellas lesiones se hubieran producido con un objeto que pudiera considerarse como arma impropia, con los alcances que ello implica.

Refiere, en relación con la utilización del arma impropia, que las declaraciones de los efectivos policiales Daniela Escudero y Ariel Rodríguez no permiten esclarecer cómo se habría producido la lesión que presentaba Julio Landaburu, quienes dieron cuenta que pudieron constatar solo de manera visual, que la víctima presentaba una lesión menor (“lastimadura”, “escoriación”, “raspón”), sin poder precisar cuáles fueron las causas de su producción.

Por ello, al no haberse arribado al grado de certeza que se requiere en esta etapa procesal respecto del delito de robo agravado por el uso de arma impropia como resolviera el tribunal de juicio, solicita se anule el fallo impugnado por falta de motivación y razón suficiente, y por ser violatorio del debido proceso legal y la defensa en juicio, y se modifique la calificación legal, subsumiendo los hechos bajo la figura del robo simple.

Finalmente, formula expresa reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

A fs. 5/8, el Procurador General contesta la vista de ley y aconseja el rechazo de los recursos de casación interpuestos, desde que la resolución cuestionada no adolece de los vicios que pretenden los recurrentes.

Advierte que ambas impugnaciones se **dirigen a lograr un cambio de calificación legal** en beneficio de los acusados, para lo cual, cada una de las defensas expone sus discrepancias con la valoración de las pruebas, tendiente a demostrar que el hecho ha sido erróneamente calificado.

Lo que, a su criterio, justifica su tratamiento conjunto.

Con relación a la pretendida falta de acreditación del empleo de un arma impropia por parte de los acusados, considera que, contrariamente a los dichos de los recurrentes, la sentencia se encuentra debidamente fundada en este punto.

Refiere que de la prueba colectada, particularmente de la declaración de Julio Landaburu, Lucía Landaburu y de los efectivos policiales Ariel Rodríguez y Daniela Escudero, surge sin hesitación que la víctima presentaba una lesión en uno de sus brazos y que ella fue ocasionada por uno de los acusados.

Menciona que si bien la víctima no pudo observar el preciso momento en que el asaltante lo golpeaba, sintió el golpe, el cual quedó plasmado con una marca en su cuerpo, el cual fue, a su vez, constatado por los funcionarios policiales.

Agrega que la lesión a la que hicieron referencia los testigos, «lastimadura», «escoriación», «raspón», «pelado con algo», coincide con el producido por algún elemento duro que empleó el agresor como arma impropia, sumado a la propia víctima que dijo que «no fue un golpe de puño» el impacto que recibió. Destaca que el tipo de lesión descrita por los efectivos actuantes no es compatible con un golpe de puño ni mucho menos con la palma de la mano abierta, como lo sostuvo el imputado Dimatteo en su exposición. Por lo tanto, considera que, como lo hizo el a quo, todos los elementos de cargo dan cuenta de la utilización de un elemento duro como arma impropia durante la ejecución del robo, que culminó con la víctima lesionada en el brazo izquierdo.

En relación agravio que añade la defensa de Dimatteo respecto a la **violación al principio de congruencia**, estima que la conducta reprochada a los encartados fue precisada en la acusación y se mantuvo indemne en el dictado de la sentencia condenatoria.

Agrega que durante todo el proceso el encartado estuvo debidamente asistido por un defensor técnico, por lo que no puede decirse que recién en la sentencia tomó conocimiento de la conducta que se le reprochaba y que por tal motivo no pudo defenderse.

Con lo cual, descarta que el imputado haya sido sorprendido o que se le haya endilgado un hecho del cual no haya podido defenderse, desde que no está en dudas que Dimatteo golpeó a la víctima con un objeto y que logró lesionarla, lo que no aparece como un elemento sorpresivo al momento de dictarse la sentencia.

Asimismo, rechaza los agravios presentados por la Defensa de Dimatteo en lo atinente al cuestionamiento de la consumación del hecho, el que, a su criterio, habría quedado en grado de conato, habida cuenta que en los fundamentos desarrollados por el tribunal de la instancia previa se explicita con detalle que no fueron recuperados la totalidad de los elementos denunciados como sustraídos, de lo que se desprende que los imputados actuaron como verdaderos dueños de la res furtiva.

A lo que agrega que, por otra parte, los acusados fueron perdidos de vista en la huida que emprendieron por los techos de las viviendas aledañas hasta que alcanzaron la calle pues, de no haber sido así, se hubiesen recuperado la totalidad de los elementos sustraídos.

Concluye en que el intento efectuado por los recurrentes con la finalidad de beneficiar la situación de sus pupilos resulta insuficiente para sustentar el cambio de calificación legal, habida cuenta que de los fundamentos surge la valoración en forma razonada de los elementos probatorios que acreditaron que los imputados utilizaron un elemento duro como arma impropia para golpear a la víctima en uno de sus

brazos –conclusión a la que se arribó luego de evaluar los testimonios y las características de la lesión observada y descrita– y de esa forma doblegaron la resistencia que ésta pudo haber opuesto al apoderamiento ilegítimo, huyendo con la res furtiva, la cual no fue recuperada en su totalidad.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

En adelante de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que los recursos de casación promovidos por los defensores de los acusados deben ser rechazados.

Preliminarmente, corresponde destacar que el vértice sobre el que se apoyan los recursos de casación interpuestos por ambas defensas resulta ser un agravio de **índole procesal**.

Ello por cuanto, la alegada pretensión de los recurrentes de recalificar jurídicamente los hechos que conformaron el objeto del presente proceso –vicio in iudicando–, mediante una subsunción normativa de las conductas reprochadas en un tipo delictivo más benévolo, se sustenta en que el tribunal de la instancia previa ha incurrido en una inobservancia de las reglas de la sana crítica racional al momento de valorar los elementos probatorios incorporados a la causa –vicio in procedendo–.

De este modo, la circunstancia de que se cuestionen aquí las razones invocadas en la sentencia para justificar el encuadre jurídico de los hechos endilgados a los acusados, atacando –por arbitraria– la valoración de la prueba, hace que el análisis casatorio sea reconducido, en primer orden, a verificar si la sentencia adolece de un déficit de fundamentación sobre la acreditación de los aspectos fácticos controvertidos por ambas defensas, esto es, sobre la utilización de un arma impropia en la comisión del delito contra la propiedad enrostrado a Dimatteo Luna y a Gómez Tapia (a), y respecto al estado consumativo del mismo (b); para luego, ya en un segundo orden, poder introducirnos en el aspecto sustancial alegado, verificando la corrección del fallo en cuanto a la correlación fáctico-jurídica sustentada en la resolución censurada.

a.1.- De acuerdo con la estructura precedentemente expuesta, debe señalarse que ambos recurrentes concentran sus esfuerzos en la **modificación del encuadre legal** asignado en la sentencia cuestionada a las conductas investigadas.

Para ello, presentan como agravio común la falta de motivación y errónea valoración de la prueba respecto a la presencia y utilización de un arma impropia en la agresión a una de las víctimas durante el desarrollo de los sucesos.

Advierten que, en el caso, se presenta un estado de duda sobre este extremo que necesariamente, debe beneficiar a ambos acusados, en tanto impide la aplicación de la figura penal seleccionada por el tribunal de la instancia previa para encuadrar que les fueron reprochadas –robo agravado por el uso de arma impropia–, las que correctamente aparecen dentro de los márgenes típicos de la figura básica –robo simple–.

Para el abordaje de este agravio, conviene destacar que tanto durante el debate, como en esta oportunidad recursiva, las defensas técnicas de los acusados no han puesto en crisis la existencia del hecho ni la responsabilidad de sus defendidos en el mismo.

A esto se adiciona que, como bien lo enfatiza el juez de la instancia anterior, el acusado Dimatteo Luna reconoció en debate expresamente ambos extremos de la imputación delictiva en su contra, admitiendo la materialidad del hecho y su intervención como autor de los mismos, aunque se apartó de la plataforma fáctica contenida en la acusación fiscal en cuanto a los objetos sustraídos a la víctima –negó que incluyeran

una radio y un juego de llaves del domicilio siniestrado—, y sobre el empleo de un arma de fuego o cualquier otro elemento para agredir físicamente a Julio Landaburu (v. fundamentos, pág. 4).

Ahora bien, al ingresar en el análisis del tópico en discusión, estimo que no le asiste razón a los recurrentes cuando afirman que los elementos de prueba incorporados a la causa no acreditan con certeza la presencia y el empleo efectivo de un arma, en sentido impropio, para la comisión del delito investigado.

Por el contrario, la revisión practicada en esta instancia confirma que esa afirmación sobre uno de los aspectos fácticos de la acusación resulta de una adecuada valoración de los elementos de prueba que integran el plexo que acompaña la causa, los que han sido meritados por el tribunal de la instancia previa en forma conjunta, relacionándolos unos con otros, recibiendo un valor (o un desvalor) determinado en base a una apropiada y completa explicación que, según mi opinión, justifica esa decisión.

En primer término, vale destacar que uno de los elementos centrales que han sido considerados por el juez para tener por acreditada la presencia de un elemento contundente en la ejecución del desapoderamiento violento de bienes ajenos por parte de los acusados, es el testimonio de una de las víctimas.

Me estoy refiriendo al testimonio de Julio Landaburu quien, por cuestiones de salud, fue recepcionado a través de una video llamada de Whatsapp en los inicios de la investigación penal preparatoria, de la que participó la codefensora oficial de turno, cuyo texto consta en el acta respectiva (fs. 68/69), incorporada por decisión común de las partes, con omisión de lectura.

La simple lectura de esa testimonial permite constatar que el testigo afirmó que uno de los agresores – Dimatteo Luna— entró a su dormitorio y tras apuntarle con un arma en la cabeza, le exigió dinero. Concretamente, dijo «[...] yo en ese momento me tapo la cara con mi brazo izquierdo y este sujeto golpea con el arma en mi brazo provocándome una pequeña lesión».

Al ser preguntado específicamente por el elemento con el que le provocaron la lesión, respondió que «[...] yo no vi el arma pero cuando me golpearon sentí que era con un elemento duro como si fuera un arma. No fue un golpe de puño ni otro elemento».

A su vez, cabe destacar que, como bien lo considera el sentenciante, esa declaración concuerda con el acta de denuncia formulada por la hija del referido testigo –Lucía Landaburu—, obrante a fs. 12/14, incorporada al debate como prueba instrumental (v. fundamentos, fs. 5) quien expresó que si bien ella no vio arma, su padre le dijo que fue golpeado con un objeto duro y no con un puño.

También con el acta de secuestro, obrante a fs. 24/28, y también incorporada como prueba instrumental, de cuyo contenido el juzgador infirió que el golpe pudo haber sido propinado con alguno de los objetos secuestrados.

A partir de ello, estimo que no pueden prosperar los agravios esgrimidos por las defensas de los acusados, relativos a que la lesión del dueño de casa –Julio Landaburu—, fue ocasionada por el coimputado Dimatteo Luna mediante un golpe de puño, o bien, con la mano abierta.

Si bien esta posibilidad, introducida a la causa a través de la declaración de Dimatteo Luna en ejercicio de su derecho de defensa material fue evaluada por el tribunal de la instancia previa, advierto que el juez la descartó mediante el adecuado análisis de dicha declaración y del resto de las pruebas rendidas.

Así, estableció, acertadamente, que la víctima fue golpeada en el brazo con un elemento duro, lo que le provocó la lesión en cuestión.

La existencia de esa lesión no sólo aparece referida por la víctima y por su hija (Julio y Lucía Landaburu, respectivamente), sino, también, es confirmado a partir de los resultados de los demás elementos de prueba incorporados a la causa.

En particular, a través del acta de procedimiento de fs. 1 y vta., ratificada a fs. 2/5, el que fuera elaborado y suscripto por los agentes de seguridad que intervinieron en el procedimiento policial que permitió la aprehensión de ambos acusados en las inmediaciones del lugar del hecho.

Me estoy refiriendo al Aux.1° P.P. Edgardo Videla –cuyo testimonio fue desistido por el representante del Ministerio Público Fiscal, sin oposición de las partes–, y a la Aux. 1° P.P. Daniela Romina Escudero –cuyo testimonio rendido durante la investigación penal preparatoria también aparece incorporado al debate a solicitud de las partes, y con omisión de lectura–.

Finalmente, es el propio acusado Dimatteo Luna el que menciona la agresión, así como el lugar –brazo– donde impactó su «golpe».

Con relación a la contradicción que mencionan los recurrentes, sobre que el juez de la instancia anterior le creyó a la víctima este aspecto, pero no que Dimatteo hubiera entrado a su habitación con un arma de fuego, es menester resaltar que esta Sala ha dicho, en términos que juzgo aplicables al presente, que: «Ningún precepto legal impide al juzgador, que en la valoración de una declaración testimonial considere qué aspectos de la misma son eficaces y cuáles no para determinar cómo ocurrieron los acontecimientos[...].

Por tanto, la valoración en un sentido o en otro, de las distintas manifestaciones que contienen los testimonios citados, no implica que los mismos deben ser considerados en su totalidad como veraces o no, sin poder separar los distintos aspectos a que se refieren y valorarlos de esa manera» (L.S. 265-436, 304-280, entre otros).

En efecto, no obstante que diversas pruebas aludían a la existencia de esa arma, el juez de la etapa anterior consideró que ello no fue comprobado con certeza, lo que impactó en la calificación legal del hecho, puesto que la acusación fiscal contenía la agravante de uso de arma cuya aptitud para el disparo no pudo ser determinada, que fue suprimida al momento de la condena.

Esto fue aclarado de la siguiente manera: «[e]l testigo –tal vez– más importante, por haber estado a escasa distancia de uno de los autores, Julio Landaburu, mencionó que vio el arma y luego agregó que en realidad no la vio.

Desgraciadamente no fue posible contar con su testimonio en juicio que aclarara sus dichos. Este ir y venir sobre la existencia del arma me convence que el testigo –Julio Landaburu– no estaba plenamente seguro de lo que vio aquella noche» (v. fundamentos, pág. 13), ya que primero dijo que entró con un arma y luego lo negó.

Contrariamente a esto, el sentenciante ponderó que la víctima pudo distinguir entre el golpe de un puño en su brazo –más aún de un golpe con la mano abierta– con el golpe con un objeto duro, que el agresor empleó como arma, toda vez que la sensación del golpe en un caso y en otro es perfectamente diferenciable, según afirmó.

En consecuencia, los recurrentes no aciertan cuando afirman que el razonamiento jurisdiccional cuestionado es contradictorio desde que no sería posible, al mismo tiempo, negar la utilización de un arma de fuego y, por otro lado, afirmar la utilización de un arma impropia.

Conforme al análisis que sustenta ambas decisiones, no solamente ello no resulta incongruente, sino que se encuentra debidamente justificado en la pieza atacada.

Tampoco les asiste razón cuando aducen que los dichos del acusado Dimatteo no han sido correctamente evaluados.

Pues, conforme da cuenta los fundamentos del fallo, su versión explicativa de los sucesos, además de confirmar la existencia de los mismos y su intervención culpable en ellos, ha resultado debidamente

descartada en la sentencia, habida cuenta que ninguno de los elementos probatorios evaluados permite sostenerla como una hipótesis plausible que niegue el empleo de su parte de un elemento contundente para agredir a una de las víctimas a los fines de desapoderarla de sus bienes materiales.

Por el contrario, observo que sobre este aspecto la defensa sólo se limita a discrepar con el criterio valorativo del juzgador en el análisis de los dichos del acusado, sin más sustento que su opinión personal, lo que genera el rechazo del recurso.

Advierto que tampoco aciertan los recurrentes cuando sostienen que la versión de Dimatteo Luna encuentra sustento probatorio en la declaración de Lucía Landaburu, particularmente en lo que tiene que ver la descripción del acusado sobre la mecánica de la agresión.

Por el contrario, y como bien lo considera el tribunal de sentencia, los dichos de la testigo desacreditan que la lesión fuera producto de un golpe con alguna parte del cuerpo del agresor, en cuanto describe una herida sangrante que no resulta compatible ni con un golpe de puño, ni con un golpe con la mano abierta. Lo que coincide sustancialmente con los dichos de la víctima lesionada.

Asimismo, debe destacarse que no resulta relevante a los fines de la prevalencia de la versión de Dimatteo, que la lesión de la víctima no fuera revisada por el Cuerpo Médico Forense.

Ello, dado el estado de salud de aquélla, su edad avanzada, la circunstancia de que dependía de oxígeno permanentemente, así como la ausencia de gravedad de la lesión, según expusieron los funcionarios policiales intervinientes y demás testigos.

En particular, conviene aquí recordar que su hija, testigo presencial del hecho, fue clara al mencionar que observó que su papá, Julio Landaburu, presentaba una «herida sangrante de 10 cm de largo [...]» (v. acta de denuncia, fs. 12/14).

Tampoco es dirimente, a esos efectos, que no se determinara con precisión el elemento que se utilizó en el golpe que recibió Landaburu, como apuntan los recurrentes.

Pues, en este caso, se observa como relevante los dichos de la víctima en los términos analizados previamente, esto es, cuando aseguró que el golpe que impactó sobre su brazo izquierdo fue provocado mediante la utilización de un «elemento duro». Si bien es cierto que el personal policial que intervino en el procedimiento no aportó datos relevantes acerca de cuál fue el elemento productor de la lesión, sus dichos en este aspecto deben ser valorados dentro del contexto de su actuación, de cuyas características da cuenta detallada el acta de procedimiento labrada en su oportunidad, como también, su ratificación en sede judicial.

Así como también, en particular, deben tenerse en cuenta los elementos que fueron secuestrados a los responsables al momento de su aprehensión (fs. 27), lo que le valió al sentenciante a considerar la posibilidad cierta que alguno de estos fuese el objeto utilizado por Dimatteo Luna como arma impropia para agredir a la víctima Julio Landaburu (v. fundamentos, pág. 10).

En función de lo referido, se advierte que no existe arbitrariedad en la labor valorativa desarrollada por el juez de la instancia previa sobre los elementos probatorios que acompañan la causa, que le permitió tener por acreditado, más allá de toda duda razonable, que uno de los responsables del hecho utilizó un elemento contundente «duro» (en términos del sentenciante) para agredir y lesionar a una de las víctimas al momento del desapoderamiento violento de sus bienes.

a.2.- En otro orden de ideas, la defensa del acusado Dimatteo Luna se agravia en razón de considerar que el delito atribuido a aquél ha sido enrostrado en calidad de delito consumado, cuando en realidad habría quedado en grado de tentativa. Ello, por dos motivos: primero, porque la prueba obrante en la causa demuestra que se intentó sustraer únicamente dinero en efectivo, lo que impide verificar la existencia de

un poder de señorío sobre bienes que no fueron sustraídos en el robo, como arbitrariamente se considera en la sentencia cuestionada. Segundo, porque las víctimas y/o terceros estuvieron en condiciones de impedir el poder de disposición sobre los bienes sustraídos, al tener posibilidades físicas de recuperar las cosas, como lo hicieron.

Al respecto, debo decir que no comparto ninguno de los argumentos dados por el recurrente para sostener la reedición de este planteo, ahora a modo de agravio casatorio. Por el contrario, comparto con el juez de la instancia previa cuando analiza esta cuestión, y explica que el hecho superó la etapa de la tentativa por cuanto la prueba obrante en la causa acredita que los intervinientes tuvieron poder de disposición plena de los elementos (v. en cuanto resulte pertinente, «**González Araya**» y los precedentes allí citados).

En este sentido, acierta el sentenciante cuando destaca que no se logró recuperar la totalidad de los bienes de propiedad de la víctima, lo que determina que los responsables del hecho efectivamente dispusieron de los mismos, comportándose a ese respecto con poder de señorío. Conforme se desprende de las constancias incorporadas a la causa, Julio Landaburu espontáneamente declaró que los acusados se llevaron «[u]n llavero, una radio portátil y plata». Seguidamente, al ser interrogado sobre los elementos sustraídos, señaló que le habían robado «[u]na radio portátil [...] de color negro, dinero en efectivo por la suma de nueve mil pesos (\$9000), la mayoría billetes de cien pesos, un manojo de llaves de toda la casa» (v. acta, fs. 68/69).

Esta descripción concuerda con la que previamente había realizado su hija, Lucía Landaburu, al momento de denunciar el hecho (fs.12/14). Por su parte, conforme surge de las actas de secuestro, además de sus respectivos teléfonos celulares, Dimatteo Luna tenía en su poder al momento de su aprehensión «[d]os mil quinientos diez pesos argentinos (25 billetes de cien pesos y un billete de diez pesos)» (fs. 24), y Gómez Tapia «[d]os mil seiscientos cincuenta pesos (11 billetes de cien pesos, tres billetes de quinientos pesos y un billete de cincuenta pesos)» (fs. 25).

Lo apuntado acredita objetivamente que, por un lado, no se recuperó la totalidad del dinero que las víctimas denunciaron como sustraído por los responsables del delito, pues la suma secuestradas conforman un monto total de cinco mil ciento cincuenta pesos (\$5150), verificándose un faltante de tres mil ochocientos cincuenta pesos (\$3850). Tampoco la radio ni el juego de llaves de la vivienda siniestrada. Por lo tanto, este remanente de bienes materiales que no fue recuperado, impide per se acoger la pretensión defensiva de considerar que el delito no se encuentra consumado.

A lo cual cabe agregar, con referencia al segundo de los aspectos señalados por el recurrente, que las constancias comprobadas de la causa no permiten sostener que las víctimas y/o terceras personas no perdieron, aún por breves instantes, la posibilidad física de impedir ese poder de disposición.

Aspecto que se encuentra debidamente desarrollado en los fundamentos del fallo (pág. 14/15), cuyo análisis y conclusiones se comparte en esta instancia. Así, para arribar a esa conclusión, el juez valoró los dichos del testigo Pablo Daniel Luna Ruarte prestados durante la investigación penal preparatoria – incorporados al debate con omisión de lectura, a solicitud de las partes–, el informe del Centro de Video Vigilancia de Capital, que da cuenta de la visualización de las cámaras de seguridad del lugar (fs. 18/19), y el testimonio de los efectivos policiales Ariel Rodríguez y Daniela Escudero. Elementos que, en su conjunto, no hacen más que ratificar el acierto del sentenciante cuando consideró que los acusados fueron perdidos de vista por sus seguidores cuando huían del lugar de los hechos a través de los techos de las viviendas colindantes al inmueble siniestrado.

A este análisis no escapa apreciar las circunstancias que rodearon este segmento fáctico, esto es, que nos encontramos ante la huída de dos individuos por los techos, con distintas alturas derivadas de las diversas construcciones existentes en el espacio que recorrieron, en medio de la oscuridad propia de las 4.30 de la madrugada. Aspectos que demuestran la evidente dificultad de visualizar a los responsables y, aun más, de impedir la realización de actos de disposición sobre los bienes sustraídos. De todo lo cual, también da cuenta el sentenciante en los fundamentos (pág. 15).

a.3.- Por todo lo expuesto, entiendo que los motivos de agravio formales esbozados por las defensas de los acusados no pueden tener acogida favorable en esta instancia, en tanto la sentencia se encuentra adecuadamente fundada y sostenida en un caudal probatorio suficiente para resolver en sentido condenatorio cuestionado.

b. Tal como se adelantara, ambas defensas cuestionan que se aplicara erróneamente el derecho, asignando a la conducta desplegada por los respectivos acusados una calificación jurídica que, desde sus respectivas opiniones, resulta errónea.

En efecto, según sostiene la defensa de Dimatteo Luna, si el hecho se cometió sin un arma impropia y los responsables no tuvieron posibilidad física de disponer porque sólo se intentó sustraer dinero en efectivo que fue recuperados en su totalidad y devuelto a su propietario, el delito por el que fuera condenado su representado debe ser modificado en cuanto a su calificación legal, correspondiendo sea tipificado de robo simple y en grado de tentativa.

Por su parte, con similares argumentos, la defensa de Gómez Tapia, hace lo propio y solicita se cambie la calificación legal del delito atribuido a su representado, aplicándose la figura penal del robo simple. Ahora bien, en razón de que anteriormente se han brindado las razones por las que se considera que el hecho atribuido a los acusados ha sido correctamente fijado en la sentencia impugnada, estimo que el encuadre jurídico también resulta adecuado, al verificarse en los comportamientos juzgados los elementos típicos requeridos por la figura penal seleccionada por el tribunal de la instancia previa.

Dicho de otro modo, si los agravios sustanciales encuentran como único sustento una modificación de la plataforma fáctica sobre la que se asienta la calificación legal, rechazado el primero, debe ello tener virtualidad manifiesta sobre lo segundo, el que también debe ser descartado. Con lo cual, al descartarse la existencia de duda sobre la utilización de un arma en sentido impropio y encontrarse acreditado el estado consumativo alcanzado, se verifica la corrección del fallo cuestionado.

Ello, por cuanto existe una acertada correlación entre la plataforma fáctica tenida por históricamente cierta y el análisis jurídico del caso, en tanto los hechos han sido correctamente subsumidos bajo la calificación legal del tipo previsto y reprimido en el art. 166, inc. 2, primer supuesto, del CP, corresponde desestimar el recurso interpuesto. Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto Dr. Palermo. Adhiere. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, POR SU VOTO, DIJO: Puesto a resolver los recursos de casación interpuestos por las defensas de Dimatteo Luna y Gómez Tapia, coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante.

En efecto, considero que no se verifican los vicios que las defensas de los acusados le atribuyen a la sentencia de la instancia previa, en tanto no advierto arbitrariedad alguna en la valoración de los elementos de prueba.

De tal manera, y como bien se señala en el voto preopinante, si se tiene en cuenta que existieron bienes que no fueron recuperados, no resulta procedente la pretensión vinculada a que el hecho no se encuentra consumado.

En cuanto a la efectiva posibilidad efectiva de disposición de los bienes por parte de los acusados, debo remitirme a las consideraciones realizadas en el **precedente «González Araya»**.

Aún así, las razones que fueron expuestas anteriormente me convencen de la consumación del delito. En razón de lo expuesto, estimo que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado Pablo Carlos Dimatteo Luna.
- 2.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado José Esteban Gómez Tapia.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada por ambos recurrentes.
- 5.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

33- VELAZQUEZ BENEGAS. 14-11-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 54	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	B	M	AI	-	-	-	A	-	CI	-	-		-	474
									CA					414

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=944>

Lex: Art. 166 inc. 2, 1° párrafo, 1° supuesto, 54 y 167 inc. 2 del CP

Vox: Robo. Arma impropia. Concurso ideal. Poblado y en banda. Concurso aparente.

Summa:

El **TPC** absolvió a Luis Miguel Matías Velázquez Benegas como autor del delito de robo agravado por el uso de arma impropia en concurso ideal con robo agravado por ser en poblado y en banda (arts. 166 inc. 2, primer párrafo, primer supuesto, 54 y 167 inc. 2 del CP)

EL **MPF** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** mantiene el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazar el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal.

Resolución cuestionada: Sentencia n°651, pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

a-CFCP. Sala I.

«Zari, Sergio Domingo».08-08-16

SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.

Fallo:

CUIJ: 13-04833373-1/1((018601-64394)) FC/ VELAZQUEZ BENEGAS LUIS MIGUEL MATIAS P/ ROBO AGRAVADO (64394) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104914835*

En Mendoza, a los catorce días del mes de noviembre del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-04833373-1/1 caratulada “F. C/ VELAZQUEZ BENEGAS, LUIS MIGUEL MATÍAS P/ ROBO AGRAVADO S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. MARIO D. ADARO.

El representante del Ministerio Público Fiscal interpone recurso de casación contra el punto IV de la sentencia n° 651, y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción.

Ello, en tanto se absolvió a Luis Miguel Matías Velázquez Benegas como autor del delito de robo agravado por el uso de arma impropia en concurso ideal con robo agravado por ser en poblado y en banda (arts. 166 inc. 2, primer párrafo, primer supuesto, 54 y 167 inc. 2 del CP) en la causa n° P-64.394/15.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

Como se adelantó, el tribunal de la instancia anterior absolvió, por el beneficio de la duda, a Luis Miguel Matías Velázquez Benegas en la presente causa. A éste se le atribuyó la comisión de un hecho calificado legalmente como robo agravado por el uso de arma impropia en concurso ideal con robo agravado por ser en poblado y en banda como autor.

En este orden, debe destacarse que, según la plataforma fáctica contenida en el requerimiento de citación a juicio, en la causa n° P-64394/15, «[e]l día 18 de junio de 2015, siendo las 04.00 horas, la denunciante en autos, Elena Érica Cortez Velázquez, se encontraba en su domicilio sito en Barrio Corredor Urbano II, manzana A, Casa 04 de Godoy Cruz, junto a sus tres hijos, los que se encontraban durmiendo, cuando ingresaron a la vivienda, previo propinar un punta pie al portón y a la puerta de la cocina colindante con aquel ambiente, tres sujetos, dos de ellos portando armas de fuego, y uno de ellos fue reconocido espontáneamente por Brenda Cortez, hija de la denunciante, como Matías Luis Miguel Velázquez, alias “Pato”, ahora imputado en autos y primo de la denunciante, siendo éste sujeto quien se encargaba de sustraer las pertenencias de las víctimas, mientras otro de los autores acompañó a Brenda Cortez a la habitación de su madre, y allí, dos de los individuos revisaron la habitación, exigiéndole a la denunciante que le diera dinero, por lo que ésta les entregó dos carteras que contenían dinero, les señaló un cajón de la cómoda donde había más dinero.

Posteriormente, los autores del hecho le manifestaron a la denunciante “más te vale que me des todo, sino mañana volvemos y te matamos y no me mires a la cara y no me hagas la denuncia porque te mato”. Uno de los sujetos trasladó los elementos sustraídos por el portón de la vivienda, para cargarlos en un vehículo, mientras los otros dos sujetos, permanecieron con la denunciante y su hija.

Intertanto la hija menor de la denunciante, alertó al hermano de la denunciante, quien a su vez dio aviso del hecho al 911, observando mientras tanto la casa de su hermana, por vivir frente a ella.

Cuando los autores del hecho salieron del domicilio de la víctima se cruzaron de vereda los sobrinos de ésta, Daniel Gallardo y Enzo Peralta, quienes identificaron a “Pato” y tras una discusión con Peralta, el ahora imputado gatilló el arma de fuego que portaba, la que no ejecutó el disparo.

Por lo que Peralta salió corriendo y el imputado le propinó un golpe con la culata del arma en la cabeza a Gallardo, provocándole un corte en el cuero cabelludo. Acto seguido, Velázquez subió al vehículo donde se trasladaba junto a los demás autores del hecho, quienes se dieron a la fuga hacia el oeste en dirección a la rotonda del Corredor del Oeste».

Para llegar a la solución absolutoria el tribunal de la instancia previa sostuvo que no existió ninguna prueba de carácter objetivo que acreditara la participación del acusado en el hecho investigado sino que, por el contrario, las únicas pruebas que incriminaban al acusado son las declaraciones testimoniales de Brenda Cortez, Elena Cortez, Marianela Peralta, Enzo Peralta y Daniel Gallardo.

2.- El recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal

El representante del Ministerio Público Fiscal promueve su impugnación sustentada en las disposiciones del art. 474, incs. 1 y 2 del CPP.

Cuestiona del decisorio el haber absuelto al acusado del delito de robo agravado por el uso de arma impropia en concurso ideal con robo agravado por ser en poblado y en banda. Considera que la resolución recurrida contiene una fundamentación aparente y por ello resulta arbitraria, absurda y errónea.

Asimismo, agrega que presenta **defectos de logicidad y sentido común** que la descalifican como acto judicial válido. Sostiene que el sentenciante efectuó un tratamiento general, y no minucioso, sin evaluar a través de la sana crítica racional y conforme la psicología del testimonio, los relatos y vivencias de las víctimas.

Al respecto, estima que el sentenciante le restó valor probatorio al reconocimiento que las propias víctimas hicieron del autor del hecho, identificándolo como «el Pato», primo de una de las víctimas, por aspectos tales como su voz, su manera de caminar, el contorno de ojos, entre los aspectos más relevantes. De tal manera, considera que el sentenciante desacreditó los testimonios certeros y fiables de las víctimas y de los testigos, por las circunstancias que los autores del hecho se encontraban con capuchas o con los cuellos de los buzos arriba y por no existir en la causa otra prueba de carácter objetivo.

En consecuencia, sostiene que la referida falta de prueba de carácter objetivo señalada por el juez de la instancia previa no puede convertirse en determinante para la absolución cuando, a su entender, hay indicios concretos que pueden llevar a establecer y/o identificar al autor del hecho, como es, en el caso, la percepción del ser humano a través de todos sus sentidos. Hace reserva del caso federal

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General mantiene el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal contra el punto IV de la sentencia n° 651 y sus fundamentos mediante, como se dijo, se absolvió a Luis Miguel Matías Velázquez Benegas como autor del delito de robo agravado por el uso de arma impropia en concurso ideal con robo agravado por ser en poblado y en banda, en la causa n° P-64394/15I.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante. Hacer lugar a la impugnación.

Puesto a resolver el recurso de casación formulado por el representante del Ministerio Público Fiscal considero, por los motivos que a continuación se exponen, que corresponde **hacerle lugar a la impugnación.**

De manera preliminar, considero oportuno realizar una breve aclaración en relación con los agravios aludidos.

Si bien el Ministerio Público Fiscal aborda su crítica y considera que sus cuestionamientos configuran un supuesto de vicios sustanciales y de procedimiento, a poco de ingresar en su análisis se advierte que ataca principalmente la valoración que el juez realiza de las declaraciones testimoniales de Elena Cortez y Brenda Cortez y de los testigos.

Esta falencia de motivación impide que dicho acto sentencial pueda ser considerado un acto jurisdiccional válido, razón por la que adolece de falencias tales que ameritan su anulación.

Esto de acuerdo a la jurisprudencia reiterada de esta Sala según la cual para que los defectos en la fundamentación conlleven a tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a su ausencia (LS. 186-427; 153-011;354-218; 392-94 y 397-177, entre otros).

Efectivamente, como sostiene el juez de sentencia **la materialidad del hecho se encuentra debidamente acreditada.**

Esto es que el 18 de junio de 2015, a las 04:00 horas, previo propinar un punta pie al portón y a la puerta de la cocina colindante, ingresaron al domicilio de la víctima, sito en Barrio Corredor Urbano II, manzana A, casa 4, de Godoy Cruz, tres sujetos, dos de ellos portando arma de fuego, y sustrajeron varios elementos. Por el contrario, la discusión se centra en la autoría de Luis Miguel Matías Velázquez Benegas en el hecho investigado.

Así, luego del análisis del recurso, como de la resolución atacada, llego a la conclusión que la motivación de la sentencia se encuentra viciada, en tanto se ha efectuado **una errónea valoración de la prueba decisiva incorporada**, concretamente, las declaraciones testimoniales de Elena Cortez, Brenda Cortez, Daniel Gallardo, Marianela Peralta y Enzo Peralta.

Ello, por cuanto se **advierte una apreciación aislada de los elementos de prueba** obrantes en la causa y que acreditarían los aspectos fácticos de la imputación, lo que contraviene las disposiciones de los arts. 206 y 409 del CPP, que establecen que la prueba siempre debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional y dentro del contexto.

En efecto, de las referidas declaraciones testimoniales surge que Elena Cortez, Brenda Cortez, Daniel Gallardo, Marianela Peralta y Enzo Peralta, en forma conteste, reconocieron, por su voz, a Luis Miguel Matías Velazquez Benegas, alias «el Pato», como autor del hecho investigado. En este sentido, hicieron referencia que el acusado era miembro de la familia y que habían compartido muchos momentos juntos, por esa razón reconocieron su voz.

En este orden, Elena Cortez y Brenda Cortez sindicaron al acusado en tanto lo escucharon decir «paca vigilante». Asimismo, Enzo Peralta sostuvo en el debate que reconoció al acusado como autor del hecho por su voz, en tanto éste le manifestó: «ustedes ¿qué hacen acá?».

Aclaró que su voz era «fina» y que si le hacían escuchar varias voces él podía reconocer la de Velazquez Benegas. Además, hizo referencia que también lo reconoció por la forma de caminar, de sus ojos y cejas. En este último sentido, dijo que el sujeto autor del hecho tenía «cejas gruesas», tal como el acusado. En forma coincidente, Daniel Gallardo manifestó que reconoció a Velazquez Benegas por la voz, cuando éste

le dijo «¿qué haces acá vos?». Además, y tal como señala Enzo Peralta, hizo referencia que su voz era «fina».

Por último, Marianela Peralta sostuvo en el debate acerca del día del hecho que, se acercó al acusado, porque lo reconoció por su manera particular y su porte, y le manifestó «Pato, ¿qué es lo que hacés acá?», éste la insultó y le dijo «ustedes que hacen acá».

Es de resaltar que ante la pregunta del Fiscal acerca de si estaba segura que esa persona era el acusado, manifestó «estoy muy segura que esa persona era “el Pato”».

Al respecto, estimo que no hay motivos para dudar de las declaraciones de los testigos, quienes en forma coincidente y concordante sindicaron a Velazquez Benegas, alias «el Pato», como autor del hecho investigado.

En función de lo señalado, debe decirse que el juez de sentencia o señaló debidamente los motivos que lo llevaron a comprender que el **reconocimiento de la voz del acusado, no debía tener valor de convicción de cargo, siendo que la experiencia común indica que no sólo con el sentido de la vista se puede reconocer a una persona**, sino también puede reconocerse perfectamente a alguien por el timbre de su voz y, más aún cuando se trata de un familiar, como ocurre en el caso en concreto.

Por su parte, el sentenciante, erróneamente a mi entender, le asignó un valor de peso a la circunstancia según la cual del acta de procedimiento surge que no se levantaron huellas ni rastros así como el resultado negativo de los dos allanamientos realizados en los domicilios del acusado.

En función de ello, el juez estimó, para avalar sus conclusiones que no existía prueba de carácter objetivo que acreditara la participación del acusado en el hecho investigado.

De esta manera, se advierte que el sentenciante realizó una interpretación parcializada de la prueba, en tanto no valoró en forma integral, y de acuerdo con las reglas de la sana crítica racional, particularmente las relativas a la experiencia común, las declaraciones testimoniales reseñadas. E

llo constituye una indebida fragmentación de la prueba en tanto se han aislado los principales elementos de cargo, restándoles así la fuerza de convicción que surge de su conjunta valoración. En este orden, debe recordarse lo que has sostenido esta Sala en otras ocasiones sobre que «[...] los medios de prueba no constituyen compartimientos estancos porque cada uno de ellos se apoya en mayor o menor grado sobre los restantes.

Unos y **otros aparecen finalmente como los elementos de un todo**, y será ese conjunto el que dará la prueba sintética y definitiva, aquella sobre la cual se podrá levantar la reconstrucción de los hechos.

Las diversas pruebas presentadas en un momento dado deben ser examinadas al mismo tiempo, pues el resultado global es el que cuenta [...]» **(L.S. 388-219)**.

Asimismo, que «el sistema de la sana crítica racional se encuentra íntimamente relacionado con el principio de la unidad de la prueba e impone como regla de la consideración de la prueba en su conjunto, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles e imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados» **(L.S. 388-219)**.

En conclusión, de acuerdo con el análisis de la prueba considero que el reconocimiento de la voz del acusado, por parte de las denunciadas y de los testigos, así como de otras características físicas de aquél, constituyen elementos de cargo de importancia a los efectos de determinar la intervención del acusado en los hechos investigados que fueron debidamente merituados por el sentenciante al momento de su valoración.

En este sentido, y a partir de aquellos, también debe decirse que no resulta determinante ni esencial para verificar aquella intervención la ausencia de prueba objetiva, tal como hizo referencia el juez en la sentencia, como el hallazgo de huellas en el lugar del hecho o el resultado positivo de los allanamientos realizados.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera afirmativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Disidencia. Rechazar el recurso.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, EN DISIDENCIA, DIJO: Puesto a resolver el recurso interpuesto por el Ministerio Público Fiscal considero, por los argumentos que a continuación se exponen, que corresponde **rechazar la impugnación** y confirmar la resolución cuestionada. Paso a explicarlo.

El representante del Ministerio Público Fiscal, promueve el recurso de casación a la luz de ambos incisos del art. 474 del CPP.

Esto, puesto que considera que el acto sentencial que impugna presenta vicios de procedimiento y vicios sustanciales. Del contenido del recurso, se advierte que el eje central de la impugnación radica en la interpretación de los testimonios que se prestaron en el debate, cuya ponderación llevada a cabo por el juez cuestiona el recurrente. Sin embargo, no surge del recurso el desarrollo del vicio sustantivo expuesto, ya que más allá de la referencia en cuanto a que la absolución del acusado se cuestiona, la crítica se redirecciona a los vicios formales propuestos.

A este ámbito se circunscribirá el análisis entonces.

El juez de la instancia previa fundó la absolución de Luis Miguel Matías Velázquez, en orden al delito de robo agravado por el uso de arma impropia en concurso ideal con robo agravado por ser en poblado y en banda (arts. 166 inc. 2, 1° párrafo, primer supuesto, 54 y 167 inc. 2 del CP), en las siguientes razones (ver registro audiovisual de fecha 23/5/19):

a.- Las declaraciones testimoniales de Enzo Peralta; Daniel Peralta, Maria Elena o Marianela Peralta no resultaron, de acuerdo con las circunstancias de la causa, lo suficientemente determinantes para, por sí solas, acreditar la intervención del acusado en el hecho.

Al respecto, el juez dividió las declaraciones en dos grupos. Por un lado, las de quienes se encontraban dentro de la casa y, por el otro, la de los testigos que estaban fuera de la vivienda. Valoró así que uno de los testigos –que se hallaba dentro de la casa– llamó a quienes estaban afuera y les dijo «Pato está adentro de la casa».

Meritó también que uno de los testigos al referirse al arma dijo que le había visto “corredera”, en tanto otro de los de los testigos indicó que se trataba de un revolver. De ello infirió diferencias de apreciación y destacó que, según señaló uno de los testigos, había muy poca luz en el lugar del hecho.

Por su parte, el juzgador entendió que la posición de cuclillas a la que se refirió la testigo Marianela Peralta respecto del agresor (ver registro audiovisual de la audiencia de fecha 17/4/19 minuto 3.37), no resulta de particularidad tal como para que resulte posible un reconocimiento, en tanto que no advirtió que los ojos del acusado (minuto 13.00 del registro audiovisual de los fundamentos brindados en forma oral) cuenten con alguna particularidad que permita distinguirlo de otros.

Tampoco le resultó determinante, para acreditar la autoría del hecho por parte del acusado, el supuesto conocimiento que tenía el autor del hecho sobre el lugar donde se encontraban los objetos sustraídos. Consideró que una computadora personal y televisores se encuentran a simple vista en cualquier momento, en tanto que de las declaraciones de los testigos surge que los agresores exigieron que les indicaran dónde estaba el dinero.

Por otro lado, entendió que en el grupo de testigos que se acercaron al lugar, luego de llamado de una de las personas que se encontraban en la vivienda, podía advertir un sesgo cognitivo de confirmación que podría haber provocado una distorsión entre lo que encontraron en el lugar, tendiendo que lo hallado coincida con la información que habían recibido.

Ponderó también el evento de que un grupo de las víctimas concurren al domicilio donde se hallaba el acusado, así la expresión de Mirta Velázquez en torno a las circunstancias en que halló a Luis Miguel Matías Velázquez, fueron mutadas de «se estaba acomodando la ropa» a que «se estaba cambiando de ropa», buscando adecuar lo sucedido a la versión del hecho.

Que la «cara de dormido o no» no resultan datos concluyentes.

b.- Ausencia de datos objetivos que corroboraran las declaraciones testimoniales de Elena Cortez, Brenda Cortez, Marianela Peralta, Enzo Peralta y Daniel Gallardo.

En este sentido, señaló que del acta de procedimiento surgía que del lugar del hecho no se levantaron huellas, ni existían rastros que pudieran ser útiles para identificar los autores del suceso.

Por su parte, los allanamientos realizados en los domicilios donde el acusado residía y donde pernoctaría – ubicados en calle Bahía Blanca y Guiraldes de Las Heras y en Barrio Chile de Godoy Cruz– arrojaron resultado negativo en cuanto al hallazgo de los objetos sustraídos (ver fs. 42 y 44).

Asimismo, la medida llevada a cabo en relación de un teléfono celular sustraído –LG modelo L9– si bien fue localizado con geolocalización no fue posible obtener certeza sobre el lugar exacto de ubicación del objeto.

A partir de ello, consideró que los indicios que daban cuenta de la intervención del acusado en el hecho eran anfibológicos, razón por la **cual no era posible afirmar con el suficiente grado de certeza** la participación del acusado en el hecho atribuido.

De tal manera, y en función del **art. 2 del CPP** dispuso la absolución del acusado.

De tal manera, contrariamente a lo que afirma el recurrente, considero que la sentencia no luce arbitraria, absurda y errónea, ni con fundamentación aparente.

Por el contrario, estimo que el juez de la instancia previa aportó razones suficientes para considerar que el reconocimiento del acusado por circunstancias tales como la voz, el contorno de ojos y la forma de caminar no resultaban suficientes para la condena del acusado.

En relación con la ausencia de pruebas de carácter objetivo referida por el juez de sentencia, el recurrente señala que «[...] no puede convertirse **la falta de pruebas de carácter objetivo** en determinante para la absolución, cuando hay indicios concretos y fiables, acreditables por las ciencias forenses, que pueden llevar a establecer y/o identificar al autor del hecho, como es, en este caso, la “psicología del testimonio y las referencias concretas a la percepción del ser humano a través de todos sus sentidos».

Al respecto, debo señalar que la acusación tuvo la posibilidad de proponer y, llevar a cabo, medios de prueba tendientes a confirmar la percepción señalada por la denunciante (Elena Cortez a fs. 7), los testigos Brenda Cortez (fs. 17), Marianela Peralta (fs. 26), Enzo Peralta (fs. 29); y Daniel Gallardo (fs. 30) al momento de formular denuncia.

En efecto, en virtud del principio de libertad probatoria (**art. 205 del CPP**), los organismos encargados de promover la persecución penal pudieron haber dispuesto **un reconocimiento de voz** (ver al respecto, CFCP, Sala I, sentencia del 8/8/2016, «Zari, Sergio Domingo»), o investigarse la vinculación con el hecho, con el acusado, del vehículo en el que huyeron los autores del hecho investigado, del cual contaban con datos relevantes: su color (gris oscuro), la posible marca y/o modelo (Renault Symbol, Renault Clío, Volkswagen Bora o Volkswagen Voyage) y las letras del dominio alfanumérico (HIX).

Así, tal como se detalló precedentemente, el juez aludió a las divergencias de percepción de los distintos testigos en virtud de que podría haber operado en el ánimo de aquellos un estereotipo que indicaba la identidad de la persona que hallarían en el lugar.

Ello, sumado –en el presente caso– a la ausencia de otros medios objetivos de prueba que respalden las apreciaciones de los testigos en torno a la identificación efectuada, determinó la absolución que en esta instancia se cuestiona.

De tal manera y en atención a las particularidades de la identificación llevada a cabo por los testigos en la causa que por el delito de robo se le siguió al acusado, me permite afirmar que se encuentra debidamente fundada la sentencia cuestionada en torno a la duda que apoya la decisión recurrida.

Lo señalado no significa exigir siempre la existencia de elementos objetivos que corroboren la prueba de indicios, sino que los indicios existentes en la causa, por sí solos, no resultan suficientes para fundamentar una sentencia condenatoria.

Conforme señalé resultaba posible que el órgano acusatorio obtuviese medios de prueba que apoyaran la percepción auditiva y sensorial referida por los testigos –tal como ubicación del vehículo del cual se contaba con datos sobre su posible marca y modelo, color y parte de su dominio, reconocimiento de voces (en similar sentido a los reconocimientos en ruedas de personas y de objetos que se llevan a cabo habitualmente)–, sin embargo no se llevaron a cabo ni demostró el representante del Ministerio Público Fiscal que por parte quienes por otra parte.

Por ello, estimo que el recurso del Ministerio Público Fiscal no resulta más que la mera discrepancia con el criterio sustentado por el juez de la instancia anterior, sin que alcance a desvirtuar el razonamiento efectuado por el magistrado. Por lo expuesto, es que considero que corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión planteada, rechazar el recurso casatorio y confirmar la sentencia impugnada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere al voto que antecede. Rechazar el recurso.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede. SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso formulado en autos, y anular el punto IV de la sentencia n° 651 de fs. 217 y vta. y sus fundamentos, y remitir las actuaciones al Tribunal Penal Colegiado N° 1 correspondiente a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la realización del nuevo debate. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 203/211 y vta. por el Ministerio Público Fiscal.
- 2.- Remitir, en función del resolutivo anterior, las presentes actuaciones al Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la realización del nuevo debate.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

ERROR MATERIAL. Leer aclaratoria.

Aclaratoria. RECTIFICACION.

CUIJ: 13-04833373-1/1((018601-64394)) FC/ VELAZQUEZ BENEGAS LUIS MIGUEL MATIAS P/ ROBO AGRAVADO (64394) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104914835*

Mendoza, 28 de noviembre de 2.022.

VISTO: Los autos arriba intitulados, y

CONSIDERANDO: 1.- Que el representante del Ministerio Público Fiscal, promovió recurso de casación contra el punto IV de la sentencia N° 651, y sus fundamentos, del Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial, en tanto absolvió a Luis Miguel Matías Velázquez Benegas como autor del delito de robo agravado por el uso de arma impropia en concurso ideal con robo agravado por ser en poblado y en banda (arts. 166 inc. 2 primer párrafo, primer supuesto, 54 y 167 inc. 2 del CP). Ello, en autos N° P 64.394/15. 2.- Que a fs. 234/240 vta. se encuentra agregada la sentencia de este Tribunal que resuelve la censura casatoria interpuesta. En el voto preopinante, el doctor José V. Valerio consideró, en relación con la primera cuestión sometida a consideración, referida a la procedencia del recurso de Ministerio Público Fiscal, que correspondía hacer lugar a la impugnación. Por su parte, al momento de emitir su voto sobre la primera cuestión tratada, el doctor Omar A. Palermo estimó que debía rechazarse el recurso interpuesto. Así surge del encabezado del voto, de sus argumentos y de la conclusión donde expresamente se refiere que: «Por lo expuesto, es que considero que corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión planteada, rechazar el recurso casatorio y confirmar la sentencia impugnada». A ese último voto adhirió el doctor Mario D. Adaro. De tal manera y, en atención al resultado obtenido en la primera cuestión, esto es la respuesta negativa a la procedencia recurso casatorio y la confirmación de la sentencia absolutoria impugnada, es que el tratamiento de la segunda cuestión debió haberse omitido. Esto, toda vez que sólo se plantea para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. En consecuencia, el resolutivo debió rechazar el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal sin que se dispusiese su remisión a la OGAP, conforme el resolutivo 2. 3.- Por lo expuesto, corresponde rectificar la segunda cuestión de la sentencia de fecha 14 de noviembre de 2.022, así como los resolutivos 1 y 2, los que deberán quedar redactados conforme se señala a continuación: «SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión los doctores Omar A. Palermo y Mario D. Adaro adhieren al voto que antecede». «Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE: 1- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 203/211 y vta. por el Ministerio Público Fiscal. 2.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese». Por todo lo expuesto, esta Sala Segunda

RESUELVE:

1.- Rectificar la SEGUNDA CUESTIÓN de la sentencia obrante a fs. 234/240 y vta. la que deberá quedar redactada de la siguiente manera: «SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión los doctores Omar A. Palermo y Mario D. Adaro adhieren al voto que antecede». 2.- Rectificar los resolutivos de la sentencia referida en el punto anterior, el que deberá quedar redactado de la siguiente manera: « Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE: **1- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 203/211 y vta. por el Ministerio Público Fiscal.** 2. Remitir los

presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese». Regístrese. Notifíquese.

DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

34- MUÑOZ y ot. 24-11-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	B	-	-	PCE	-	EGT	A	-		-	-		-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=966>

<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=943>

Lex: Art. 167 inc. 2 y 42 del CP. Ley 8008.

Vox: Robo. Poblado y banda. Tentativa. Principio de inmediación. Principio de congruencia. Circunstancia agravante de la banda.

Summa:

El JPC condenó al señalado a la pena de **un año y seis meses de prisión de cumplimiento efectivo** por considerársele autor penalmente responsable del delito de robo agravado en poblado y en banda en grado de tentativa (arts. 167 inc. 2 y 42, todos del CP)

La defensa interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP).

El Procurador General entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La SCJM rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1687, pronunciada por el JPC N° 1-4° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

.

Parágrafos destacados.

Sin embargo, esta circunstancia no alcanza para hacer decaer la concurrencia de la agravante, habida cuenta que el robo no se agrava únicamente cuando se ejerce violencia en las personas, sino que basta también con verificar que la banda ha actuado sobre las cosas objeto del robo

Doctrina citada.

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo

Fallo:

CUIJ: 13-06829912-2/1((048501-104047)) FC/ MUÑOZ JUAN Y OTROS P/ ROBO AGRAVADO POR SER EN POBLADO Y EN BANDA P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106081725*

En Mendoza, a los veinticuatro días del mes de noviembre del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06829912-2/1 caratulada “F. c/ MUÑOZ GUERRERO S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO; segundo, DR. MARIO D. ADARO y tercero, DR. JOSÉ V. VALERIO.

La defensa de Juan José Muñoz Guerrero interpone recurso de casación contra la sentencia n° 1.687 y sus fundamentos, emitida por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Cuarta Circunscripción Judicial.

Ello, en tanto se condena a aquél a la pena de un año y seis meses de prisión de cumplimiento efectivo por considerársele autor penalmente responsable del delito de robo agravado en poblado y en banda en grado de tentativa (arts. 167 inc. 2 y 42, todos del CP) en la causa P-104.047/21.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El juez de la instancia anterior tuvo por acreditado, con la certeza requerida para el dictado de una sentencia condenatoria, que «[...] el día diez de octubre de 2021, siendo aproximadamente las 22:15 hs, Juan Gabriel Acosta Vega y Juan José Muñoz Guerrero, ingresaron a la vivienda de Adolfo Antonio Gonzalez Ocampo que se encontraba deshabitada, por estar en remodelación, ubicada en Loteo Solis de Colonia Las Rosas, Tunuyán, por una ventana que da al norte y que se encontraba protegida con rejas, cortando estas con un tijerón corta fierros de cabo verde. Mientras estos sujetos ingresaban al lugar, Martín Pablo Acosta Vega quedó afuera del domicilio a efectos de avisarle a estos si eran descubiertos. Del interior del domicilio sustrajeron una garrafa, una olla, una pava eléctrica, fiambre, una gaseosa y un cable alargador que se encontraba en el patio. Juan Gabriel Acosta Vega y Juan José Muñoz Guerrero fueron aprehendidos por personal policial en el interior del domicilio, mientras que Martín Pablo Acosta Vega fue aprehendido cuando se encontraba escondido entre las malezas en un inmueble colindante a la propiedad, pudiendo González Ocampo recuperar los primeros tres elementos mencionados» (véase expte. digital).

Para decidir en tal sentido, el juez valoró las declaraciones testimoniales brindadas en sede de debate – en particular del personal policial–, las actas de procedimiento, el informe de policía científica y el acta de aprehensión.

Todo ello junto con el resto de la prueba válidamente incorporada al proceso.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa interpone su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 474, incs. 1 y 2 del CPP. En ese sentido, sostiene, en primer lugar, que **se violó el principio de inmediación**, en tanto el fiscal que intervino en los alegatos no es el que intervino en la etapa de la producción de la prueba.

En segundo lugar, alega que se violó el **principio de congruencia**, en tanto se introdujeron en la sentencia circunstancias fácticas de las cuales Muñoz Guerrero no se pudo defender.

En concreto, sostiene que en la acusación se afirmó que intervinieron en el hecho tres personas, mientras en la sentencia se hizo referencia a cuatro.

En tercer lugar, argumenta que la circunstancia agravante del **art. 167, inc. 2 del CP requiere que exista una víctima que sea puesta en una situación de indefensión** por la banda.

3.- El dictamen del señor Procurador General

Una vez analizados los agravios vertidos por la defensa, el Procurador considera que si bien el recurso procede formalmente, debe ser rechazado en el fondo.

En este sentido, descarta de plano que se hayan vulnerado los principios de inmediación y congruencia.

Respecto del primero, subraya que los integrantes del Ministerio Público Fiscal se rigen por el principio de unidad de actuación, a lo que se suma que el fiscal, cuya actuación se cuestiona, contó con los audios y videos de las respectivas audiencias, no advirtiéndose perjuicio alguno.

En cuanto al principio de congruencia, advierte que el juez sentenciante siempre hizo referencia a tres sujetos.

Es decir, que la defensa nunca se vio sorprendida, no habiéndose introducido un cuarto sujeto como postula la defensa.

Finalmente, respecto del concepto de banda, con cita a doctrina, refiere que el hecho se agrava tanto por la violencia en las personas, como por la fuerza en las cosas.

Dicho de otro modo, la indefensión puede referirse a la víctima o a la cosa, debido al mayor poder vulnerante de la actuación de la banda.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar. Paso a explicarlo.

El recurso defensivo se agrava en tres puntos concretos: el primero referido al principio de inmediación, el segundo relativo al principio de congruencia y, finalmente, el tercero cuestiona la calificación jurídica de los hechos respecto de la existencia de la banda.

a.- La defensa postula que se ha vulnerado el principio de inmediación en tanto el fiscal que intervino en los alegatos no es quien intervino en la etapa de producción de la prueba.

En efecto, señala que «[d]urante los alegatos intervino el Dr. Alfonso y durante todas las audiencias anteriores lo hizo el Dr. Garnica» (véase expte. digital).

Este agravio puede ser refutado con base en dos argumentos. Por un lado, y tal como afirma el Procurador General al momento de dictaminar, **no debe perderse de vista que el Ministerio Público Fiscal se rige por el principio de unidad de actuación (art. 3 de la ley 8.008).**

El Ministerio Público Fiscal es una organización jerárquica cuya máxima autoridad es el Procurador General. En su actuación es único e indivisible y estará plenamente representado en la actuación de cada uno de sus funcionarios, independientemente de que estos puedan actuar en una u otra etapa del proceso, siempre conforme a lo previsto en la ley.

Así lo dispone específicamente el art. 3 de la ley 8.008 en cuanto establece que «el Ministerio Público Fiscal es uno y será representado por cada uno de sus integrantes en los actos y procesos en que actúen de manera unipersonal o conjuntamente».

Por otra parte, es determinante no perder de vista que, materialmente, el representante del Ministerio Público Fiscal que intervino en los alegatos tuvo a su disposición la prueba obrante en la causa y los registros fílmicos que dan cuenta de lo actuado durante cada una de las audiencias del debate.

Dicho de otro modo, que haya sido diverso el fiscal que alegó del que participó durante la celebración del debate, en nada afecta los derechos o garantías del acusado. En este aspecto, la defensa no fundamenta su cuestionamiento.

b.- En segundo lugar, el recurrente se agravia por la vulneración del principio de congruencia.

Mientras la acusación hizo referencia a tres co-intervinientes, en la sentencia se habrían mencionado cuatro. En palabras de la defensa: «[...] en la acusación se dice que en la **escena habían tres sujetos y en la sentencia, que habían cuatro.**

De esta manera se está condenando al señor Muñoz Guerrero introduciendo circunstancias fácticas de las cuales no pudo defenderse, violando así su derecho de defensa» (véase expte. digital).

Compulsadas las presentes actuaciones y contrastadas en particular la pieza de acusación con la sentencia, advierto –en línea con el dictamen del Procurador General– que no existe incongruencia alguna entre ambas.

En rigor, como referimos ut supra, la citación a juicio hace referencia a un robo orquestado por tres personas: Juan Gabriel Acosta Vega y Juan José Muñoz Guerrero –quienes ingresaron a la vivienda por la ventana norte después de cortar las rejas– junto con Martín Pablo Acosta Vega, quien permaneció fuera del domicilio con el fin de avisarles si eran descubiertos.

Por su lado, en la sentencia se habla siempre de la intervención de tres personas. Así, el juez de la instancia anterior tuvo por acreditado «[...] que Juan José Muñoz Guerrero junto con dos personas más, entre ellas Juan Gabriel Acosta Vega (al haber sido aprehendido junto al primero y sin lesiones), forzaron la reja de la ventana que da al norte de la vivienda de Adolfo González, habiendo, el tercer sujeto, dejado material biológico sobre la reja de la ventana, reja forzada, e intentaron sustraer los elementos detallados y no lograron su cometido por el accionar oportuno del personal policial» (véase expte. digital).

De este modo, no se advierte vulneración alguna del principio de congruencia o sorpresa que haya podido disminuir el derecho de defensa del acusado, afectándose así el debido proceso.

c.- Finalmente, la defensa objeta que se haya verificado y aplicado al caso en cuestión la circunstancia agravante del art. 167, inc. 2 del CP, en particular, respecto de la existencia de la banda que califica el robo.

Alega, en esta línea, que el **fundamento de la agravante es el mayor poder ofensivo** de la concurrencia de personas y, a la inversa, la mayor indefensión de la víctima.

Como es sabido, en el momento en el que se ejecutó el robo la vivienda se encontraba vacía, esto es, **sin la presencia de los moradores.**

Sin embargo, **esta circunstancia no alcanza para hacer decaer la concurrencia de la agravante, habida cuenta que el robo no se agrava únicamente cuando se ejerce violencia en las personas, sino que basta también con verificar que la banda ha actuado sobre las cosas objeto del robo.**

Conforme a ello, este agravio tampoco puede prosperar.

d.- Con base en lo dicho hasta aquí estimo que no existe **vulneración de garantías procesales** que afecten el derecho de defensa del acusado, ni problemas de calificación jurídica con base en los hechos acreditados.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Adaro. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia, RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de Juan José Muñoz Guerrero (véase expte. digital)
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

35- CAMPILLAY NOGUERA. 12-12-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
														474
														414
-	B	-	ANA	-	-	-	A	-	-	-	-	-	N	262

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=946>

Lex: Art. 166 inc. 2, 2º párrafo, art. 54, art. 167 inc. 2 del CP. Art. 2, 414, 416 inc. 4 del CPP

Vox: Robo. Arma de fuego apta para el disparo. Concurso ideal. Poblado y en banda. Absolución por duda. Principio in dubio pro reo. Reconocimiento positivo en **rueda de personas**.

Summa:

El **TPC** absolvió al imputado del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo en concurso ideal con el delito de robo agravado por ser cometido en lugar poblado y en banda (art. 166 inc. 2, 2º párrafo, art. 54, art. 167 inc. 2, todos del CP), por el beneficio de la duda (art. 2 CPP).

El **MPF** interpone recurso de casación. (Art. 474 inc. 2 del CPP)

El **Procurador General** mantiene el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación, y en consecuencia la anulación de la sentencia.

Resolución cuestionada: Sentencia nº 1153, pronunciada por el TPC Nº 2-1º CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

«Ruiz Gutiérrez». 18-02-19:

<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=8>

b-CIDH

Caso «Lori Berenson Mejía Vs. Perú». Demanda de Interpretación de la Sentencia de Fondo y Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 128. párr. 132.

https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=246

Caso «Herrera Ulloa», párr. 147;

https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=209&lang=es

Caso «Maritza Urrutia», párr. 118:

https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=290

Caso «Myrna Mack Chang», párr. 202.

https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=287

Doctrina citada.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, Justicia penal. De principios y prácticas, Ed. Eolas, 2022.

CAFFERATA NORES, José I. – **HAIRABEDÍAN**, Maximiliano, La prueba en el Proceso Penal, 7ª edición, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 155.

Parágrafos destacados.

“...el principio in dubio pro reo no opera en el momento de la valoración de la prueba, sino en el de la toma de decisión sobre la confirmación o destrucción del estado de inocencia del acusado, lo cual sólo

puede suceder una vez que se ha valorado los elementos de prueba que obran en la causa y, a pesar de ello, no encuentra razonable condenar [...].”

SCJM. Dra. Day. Dr. Llorente. Dr. Gómez (Disidencia)

Fallo:

CUIJ: 13-05370263-9/1((018602-50797)) FC/ CAMPILLAY NOGUERA ALEXIS GONZALO CARRIZO FERREYRA MARIO JAVIER, TALQUENCA CHISARI EMANUEL SEBASTIAN P/ ROBO AGRAVADO P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105542987*

En Mendoza, a los doce días del mes de diciembre del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-05370263-9/1 caratulada "F. c/ CAMPILLAY NOGUERA, ALEXIS, CARRIZO FERREYRA, MARIO Y TALQUENCA CHISARI, EMANUEL P/ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO APTA PARA EL DISPARO EN CONCURSO IDEAL CON ROBO AGRAVADO POR SER COMETIDO EN LUGAR POBLADO Y BANDAS/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DRA. MARÍA TERESA DAY, segundo DR. PEDRO J. LLORENTE y tercero DR. JULIO R. GÓMEZ.

El Ministerio Público Fiscal interpone recurso de casación contra la sentencia n° 1.153 y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de esta Primera Circunscripción Judicial, mediante la cual se absolvió a Mario Javier Carrizo Ferreyra del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo en concurso ideal con el delito de robo agravado por ser cometido en lugar poblado y en banda (art. 166 inc. 2 párr. 2, art. 54, art. 167 inc. 2, todos del CP), en la causa n° P-50.797/17-2 por el beneficio de la duda (art. 2 CPP).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, LA DRA. MARÍA TERESA DAY, DIJO:

1.- La resolución recurrida

Como se adelantó, el tribunal impugnado absolvió a Mario Javier Carrizo Ferreyra del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo en concurso ideal con el delito de robo agravado por ser cometido en lugar poblado y en banda por el beneficio de la duda. En este orden, debe destacarse que, según la plataforma fáctica contenida en el requerimiento de citación a juicio de fs. 741/747, en la causa n° P-50.797/17-2, al acusado se le atribuyó participación en el hecho que a continuación se detalla. Esto es que «[e]l día 13 de junio de 2017, aproximadamente a las 23.30 horas, Alexis Gonzalo CAMPILLAY NOGUERA (a) "TOTO", conduciendo un moto vehículo, acompañado de Mario Javier CARRIZO FERREYRA y de Emanuel Sebastián TALQUENCA CHISARI, se detuvieron frente al local comercial Belgrano Sándwich ubicado en calle Boulogne Sur Mer s/n esquina calle Río Diamante en el Complejo La Delfina de Las Heras, Mendoza, luego de lo cual CARRIZO FERREYRA y TALQUENCA CHISARI descendieron del rodado e ingresaron al local comercial referido exhibiendo armas de fuego, con las cuales amenazaron y redujeron a los empleados y clientes del local exigiendo la entrega de dinero en efectivo, sustrayendo la suma aproximada de pesos cuatro mil setecientos (\$4700) de la caja del local, un teléfono LG4, la suma de pesos trescientos (\$300) a un cliente del lugar.

Mientras se cometía el hecho ilícito, la situación fue observada por César Adrián DUARTE MIRANDA, policía de civil que pasaba por el lugar en su vehículo particular, quien procedió a descender del mismo, acercarse hasta el teatro de los hechos, dar la voz de "alto policía", momento en que se produjo un intercambio de disparos entre el efectivo policial y los autores del hecho, impactando tres disparos en la

humanidad de DUARTE MIRANDA, momento el cual fue aprovechado por los autores del hecho, quienes se dieron a la fuga raudamente del lugar con los elementos sustraídos en su poder».

Para llegar a la solución absolutoria, el tribunal de la instancia previa sostuvo que la prueba que conformó el plexo valorado no acreditaba, con el grado de certeza que se requiere para el dictado de un fallo condenatorio, la participación del acusado en carácter de autor de los hechos que constituyen el objeto del presente proceso, cuya existencia material juzgó demostrada.

2.- El recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal

El fiscal de la Unidad Fiscal de Robos y Hurtos formula su impugnación a tenor de lo previsto en el art. 474, inc. 2 del CPP, esto es, por considerar que la sentencia que absuelve al acusado de los hechos investigados **adolece de vicios formales** que descalifican esa decisión como acto jurisdiccional válido.

En concreto, refiere que el tribunal de la instancia previa ha inobservado las normas que el rito penal establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad, al haber omitido valorar la prueba rendida en la causa de acuerdo con las reglas de la sana crítica racional (arts. 260, 411 y 416 inc. 4 del CPP).

Entiende que este razonamiento condujo al sentenciante a tener por acreditada la existencia material de los hechos objeto del presente proceso, pero no así la autoría del acusado Carrizo Ferreyra en los mismos, extremo sobre el cual entendió que existía una situación de duda razonable que debía ser resuelta a su favor.

En primer lugar, el recurrente considera contradictorio que el juez de sentencia afirmara en sus conclusiones que existían dudas acerca de que los responsables del delito hubieran salieron del local comercial donde se produjo el hecho a cara descubierta, siendo que previamente había admitido que esa circunstancia resultaba posible a la luz de las declaraciones aportadas a la causa por, al menos, tres testigos, y por el secuestro de un casco de motocicleta a escasa distancia del teatro de los hechos.

Expresa que no solo César Duarte –efectivo policial que pasaba casualmente por el lugar de los hechos e intervino a fin de impedir la comisión del delito– dijo que pudo ver el rostro de los autores del hecho, sino que también su hermano, Edgardo Duarte, sostuvo que observó que aquéllos, cuando salían del local, estaban con la cara descubierta, aunque refirió que no los podía reconocer porque estaba a mayor distancia. Además, en forma coincidente, Mauricio Pinillas, empleado del local, dijo que los vio salir con la cara descubierta, incluso que uno de ellos llevaba en su mano un casco rojo.

Refiere que esas **manifestaciones deben valorarse conjuntamente** con el acta de procedimiento agregada en autos, que da cuenta del secuestro de un casco rojo en la vereda del local comercial, precisamente donde Cesar Duarte observó, a escasos cinco metros de distancia, cuando se autores de hecho se daban a la fuga. Desde ahí refiere que no se comprende la duda puesta de manifiesto por el juez sobre este aspecto en la resolución atacada.

Por otro lado, el representante del Ministerio Público Fiscal critica que el juez de la instancia previa desacreditara la capacidad del Cesar Duarte para observar el rostro de los asaltantes al momento del egreso del lugar del hecho y, desde allí, restarle mérito convictivo al reconocimiento positivo que, en rueda de personas, hizo el testigo respecto de Carrizo Ferreyra. Ello, por tres motivos. Primero, porque ese descrédito resulta de apreciaciones personales del juez sobre el estado físico del testigo en ese tramo de los sucesos que carecen de sustento probatorio.

Segundo, porque el testigo fue claro cuando dijo, durante el debate, que tuvo una sensación de mareo o desvanecimiento producto de las heridas provocadas por los impactos de bala, pero que ello no le impidió visualizar el rostro de los responsables.

Tercero, porque Duarte es miembro de las fuerzas de seguridad, lo que le permite contar con un mayor grado de capacidad para percibir y evaluar las circunstancias del hecho en el cual intervino.

Agrega que tampoco acierta el sentenciante cuando, en el mismo sentido, mencionó que en la descripción previa al reconocimiento que efectuó Duarte, no brindó detalles sobre los rostros de los autores del hecho, lo que en le restaría valor a ese medio de prueba.

Al respecto, explica el recurrente que es habitual en la práctica forense que los testigos hagan una descripción muchas veces genérica de los autores de delitos y, sin embargo, al encontrarse cara a cara con los mismos, los reconozcan de manera indubitable. Lo que de ningún modo, y en ningún caso, invalida el mérito probatorio de tal medida de prueba.

Cita doctrina en respaldo de su análisis.

En la misma línea crítica, refiere que no se ha tenido en cuenta que, encontrándose en las mismas circunstancias y distancia de ambos agresores, el coautor condenado, Talquenca Chisari, también fue reconocido indubitablemente en rueda de reconocimiento de personas por Cesar Duarte, tal cual se desprende del acta de fs. 665 que fue incorporada como prueba instrumental, haciendo igualmente una descripción genérica de sus características.

Por lo tanto, afirma que el testigo, por haber tenido a los autores a escasos cinco metros de distancia, pudo reconocerlos y el hecho de que el resto de los testigos, por diferentes circunstancias, no hayan podido reconocerlos, no disminuye de ninguna manera la fuerza convictiva de la prueba en cuestión.

De este modo, advierte que no resultan razonables las argumentaciones del juez de la instancia previa para **descreer del reconocimiento efectuado** por Cesar Duarte. Cita doctrina que estima respaldatoria de su afirmación.

En virtud de ello, asegura que el testimonio de Cesar Duarte es sincero, sin animosidad, pues su persistencia se ha demostrado a lo largo de todo el proceso penal y resulta coherente en toda su declaración. Incluso dando razones por las cuales en el hospital, y poco más de veinticuatro horas de ocurrido el hecho, dijo que no podía reconocer a los autores y, con el transcurrir de los días, pudo rememorar lo acontecido, lo que le permitió llevar a cabo los reconocimientos en rueda de personas, tanto de Carrizo, como de Chisari Talquenca.

En segundo lugar, el representante del Ministerio Público Fiscal cuestiona el análisis que se realiza en la sentencia sobre los informes del Registro Provincial de Huellas Genéticas Digitalizadas, y su valoración como elementos que juegan a favor del acusado.

Principalmente, en cuanto no se halló en las prendas secuestradas en el escenario de los hechos el perfil genético de Carrizo. Señala que, para llegar a esa valoración, el juez supone –porque así lo expresa en los fundamentos– que, dada la cantidad de disparos efectuados aquella noche, y la corta distancia del enfrentamiento, resultaba altamente probable que el oficial Duarte haya herido a ambos delincuentes.

Sin embargo, advierte el recurrente que esa suposición contradice lo dicho por el propio testigo, cuando dijo que había herido a uno de los autores, y que ello lo había puesto en conocimiento del CEO (fs. 55).

Además, expresa que tampoco el Ministerio Público Fiscal sostuvo que Carrizo fue herido por el enfrentamiento con el efectivo policial, toda vez que la constancia médica realizada veinte días posteriores al hecho, determina que aquel no presentaba lesiones compatibles con heridas de arma de fuego. Desde ahí que no pueda pretenderse, como lo hace el juez, que en dichas camperas hubiera también sangre de Carrizo.

Para reforzar su interpretación, con cita de doctrina que respalda su argumento, el recurrente entiende que la ausencia de perfil genético del acusado en las prendas secuestradas no permite descartar su intervención en el hecho.

Afirma que ese otro individuo de sexo masculino, cuyo perfil genético fue hallado en las prendas secuestradas, es Carlos Iván Gonzalo Ferraris, dueño de las camperas quien, indudablemente al usarlas, dejó restos de ADN que estuvieron en contacto con la muestra hemática en la que se obtuvo perfil genético de Chisari.

Máxime cuando solo uno de los autores tomó la campera y no surge de ninguno de los testimonios que aquél que la tomó se la entregara al otro.

En consecuencia, concluye que los vicios señalados demuestran que el tribunal de juicio ha realizado un análisis parcial y arbitrario del material probatorio, prescindiendo de las reglas de la sana crítica racional como sistema de valoración de la prueba en un modelo teórico acusatorio.

Por ello, solicita que este Cuerpo case la sentencia atacada y resuelva el caso declarando la responsabilidad penal de Carrizo Ferreyra en el delito atribuido.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General mantiene el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal contra la sentencia n° 1.153 y sus fundamentos mediante la cual, como se dijo, se absolvió a Mario Javier Carrizo Ferreyra del delito de robo agravado por el uso de arma apta para el disparo en concurso ideal con robo agravado por ser cometido en lugar poblado y en banda, en la causa n° P-50.797/17-2.

4.- La solución del caso

Voto Dra. Day. Preopinante

Puestos en consideración los motivos de agravio invocados por el representante del Ministerio Público Fiscal, adelanto mi posición en el sentido que corresponde admitir el recurso articulado. Doy razones.

De la reseña realizada, se advierte que el tribunal de la instancia previa consideró, a partir de la prueba producida, que no estaba acreditada, con el grado de convicción necesario para el dictado de una sentencia condenatoria, la intervención del acusado en el hecho.

En consecuencia, aplicó el principio de la duda para dictar el pronunciamiento absolutorio que hoy resulta materia de análisis.

Para resolver de esa manera, el razonamiento del juez se basó en una argumentación que lo condujo a afirmar, esencialmente, que ni el testimonio de César Adrián Duarte Miranda, agente de las fuerzas de seguridad que, aunque al momento del hecho no se encontraba en funciones, intervino para evitar la comisión del ilícito, ni el reconocimiento positivo en rueda de personas sobre el acusado por parte del referido testigo, serían lo suficientemente contundentes para alcanzar el grado de certeza exigido por esta instancia procesal para acreditar la autoría del acusado en los hechos investigados; cuya existencia material no fue puesta en tela de juicio por los litigantes durante el debate realizado.

Esa afirmación se apoyó en el análisis de dos aspectos centrales.

El primero, referido al **contexto de situación** en el que se encontraba el testigo al momento de percibir los hechos –con dolores causados por las heridas de los diversos impactos de bala–, y su posible efecto limitante de la capacidad real de visualización del rostro del acusado.

El segundo, respecto insuficiente información brindada por el testigo en forma previa a la rueda de reconocimiento realizada.

Todo lo cual, en su criterio, influyó decisivamente para **restarle valor conviccional** a dicho elemento probatorio que, además, se encontraría huérfano de otro sustento que lo corrobore.

No obstante ello, y como lo adelantara, este camino argumentativo no se presenta como una operación intelectual que respete las reglas de la sana crítica racional.

Por el contrario, revela una fundamentación insuficiente derivada de la utilización de razonamientos que, en el mejor de los casos, resultan hipotéticos, cuanto no alejados de las constancias probatorias debidamente producidas e incorporadas a la causa.

Todo lo cual conduce necesariamente a la **anulación del fallo impugnado**, conforme lo previsto en el art. 416 inc. 4 del CPP. Veamos.

El peso probatorio del reconocimiento positivo en rueda de personas

En primer lugar, comparto con el recurrente cuando considera que la primera premisa de la cual parte el tribunal de juicio para descartar el peso probatorio del **reconocimiento positivo** en rueda de personas realizado por César Duarte respecto de Carrizo Ferreyra (ver al respecto, acta de fs. 396, incorporada al debate como prueba instrumental), responde a una apreciación del juzgador desprovista de sustento en las constancias probatorias de la causa.

En efecto, conforme se desprende de la compulsa de las actuaciones obrantes en autos, se observa que el testigo referido ha descartado reiteradamente que su visualización del rostro de los sujetos que intervinieron activamente en el robo, hubiera sido impedida, obstaculizada o limitada de algún modo, a raíz de las lesiones provocadas por los impactos de bala que alcanzaron diversas zonas de su cuerpo.

Por el contrario, a excepción de sus primeras manifestaciones brindadas a escasas horas que se produjeran los hechos, las que fueron recogidas por personal policial mientras el testigo se encontraba internado en terapia intensiva dentro del Hospital Santa Isabel de Hungría, fue enfático al confirmar que **observó el rostro** de los atacantes, dado que se encontraban descubiertos, como lo refiere el sentenciante (v. fundamentos, fs. 1315)

Esta afirmación, que vacía de acierto aquella afirmación del juzgador, incide necesariamente en la valoración del reconocimiento positivo en rueda de personas que efectuara el testigo respecto de Carrizo Ferreyra.

Ello, por cuanto no puede sostenerse razonable y válidamente, como lo hace el juez de la instancia previa en algún pasaje la sentencia, que ese medio de prueba pierda mérito convictivo porque el sujeto reconociente no pudo observar «con una celosa precisión los rostros de sus adversarios» (fs. 1316).

Pues esto no surge de ninguno de los elementos probatorios colectados y debidamente ingresados a la causa.

Esto determina desde ya el carácter arbitrario de esta primera conclusión en relación con la valoración probatoria.

Aquí no debe perderse de vista que nos encontramos ante un hecho delictivo enmarcado **dentro de un particular contexto de violencia**, que incluyó un intenso y grave intercambio de disparos entre los atacantes y César Duarte.

Al respecto, debe decirse que este último, que transitaba ocasionalmente a bordo de su vehículo por el lugar de los acontecimientos, **decidió intervenir voluntariamente** para impedir la ejecución del ilícito, repeliendo con su arma reglamentaria los disparos proferidos por los asaltantes.

Por lo tanto, si el propio testigo afirmó haber observado el rostro de los responsables, y no existen elementos que permitan desconocer la fiabilidad de esa observación, sumado a que el testigo se desempeñaba como personal de las fuerzas de seguridad –lo que supone cierto entrenamiento y destreza

vinculado con sus percepciones–, no hay razones válidas para poner en duda su reconocimiento respecto de los sujetos involucrados en los hechos investigados.

De este modo, los argumentos dados por el sentenciante para fundar la afirmación que hizo sobre la supuesta incidencia de factores que, en su personal criterio, pudieron afectar la percepción inicial del suceso y el posterior período de retención, no resultan atendibles, pues han resultado lógicamente desacreditados a través de las constancias de la causa.

En segundo lugar, considero que también resulta atendible el argumento del recurrente mediante el cual se cuestiona el escaso valor conviccional que le atribuyó el tribunal de sentencia al reconocimiento positivo en rueda de personas que realizó César Duarte respecto del acusado Carrizo Ferreyra. Ello por dos motivos.

Primero, porque las razones invocadas por el sentenciante para justificar esa valoración, resultan contradictorias con otros pasajes de los fundamentos del fallo, donde se analizan cuestiones vinculadas a las circunstancias modales en que se produjeron los hechos, de acuerdo con el examen de los demás elementos probatorios incorporados en autos.

Segundo, porque considero que el alegado déficit en la descripción previa del reconociente sobre las características del sujeto a reconocer, no son tales y, por ende, no permiten razonablemente concluir del modo en que lo hizo el juez. Doy razones.

Por un lado, el juez en la sentencia considera que la **fiabilidad del reconocimiento en rueda practicado** en autos sobre el acusado se ha visto reducida por determinadas características del suceso, del autor y del testigo que realizó la identificación.

En particular, porque este último observó «por escasos momentos a sus agresores, en horario nocturno, mientras se tiroteaba con los mismos, recibiendo múltiples impactos que lo hicieron desvanecerse», y agrega que existía duda si los autores se encontraban efectivamente en ese instante con el rostro descubierto (v. fundamentos, fs. 1316 vta.).

Sin embargo, al momento de analizar la totalidad de los testimonios recogidos durante la tramitación de la causa, particularmente de aquellos testigos que depusieron durante el debate, el sentenciante sostuvo valoró que al menos tres testigos –César Duarte, Edgardo Duarte y Mauricio Pinillas– coincidieron en que, al menos uno de los atacantes, se encontraba a cara descubierta al momento del egreso del local comercial.

De tal manera, la duda que plantea sobre este aspecto fáctico no se condice con la prueba rendida, ni con el análisis que particularmente hizo de ella el tribunal de juicio.

A ello cabe agregar que las condiciones de luz aludidas no representaron para el testigo reconociente, ningún aspecto que hayan impedido visibilizar el suceso criminoso en general, ni tampoco a los autores del hecho en particular.

Al respecto, se advierte que el testigo fue claro y contundente al afirmar, desde los comienzos de la investigación, que se iba trasladando junto a su hermano a bordo de su vehículo, y que al transitar por calle Boulogne Sur Mer con dirección al norte, antes de llegar a calle Almirante Brown, de Las Heras, observó «que sobre la vereda del costado oeste, frente a unos locales comerciales, desciende de una moto color negra dos sujetos, los dos con casco puesto, uno con ropa oscura y el otro con ropa más clara, y que ambos ingresan corriendo hacia un local de comidas.

Al ver esta situación, desciendo del auto y me acerco al lugar, y observo que a punta de armas de fuego, estaban sustrayéndole la plata de la caja a la cajera, y se escuchaban gritos de los sujetos hacia la cajera.

En ese momento, observé que uno de los sujetos se separa y se dirige hacia donde estaban los clientes y comenzó a amenazar con el arma a una pareja [...]» (v. acta de fs. 72/73 vta.).

Por su parte, también fue contundente al mencionar en audiencia que luego de dar la voz de «alto policía», se produjo un intercambio de disparos con los acusados, quienes se encontraban dentro del local comercial, mientras César Duarte se ubicaba en la vereda del mismo.

Luego ello, cuando los sujetos intentaron salir del negocio, Duarte logró acercarse a ellos, aproximándose a una distancia de cinco metros, oportunidad en la que les vuelve a disparar hasta quedarse sin municiones. Siendo este momento aprovechado por los agresores, quienes huyeron del lugar.

En particular, el testigo aseguró que en este tramo de los acontecimientos, además de observar la vestimenta de los responsables, hizo lo propio respecto de sus rostros, los que estaban descubiertos. Incluso, distinguió el rostro del resto de la cabeza.

De todo ello da cuenta el tribunal en los fundamentos del fallo (fs. 1315), de manera tal que tampoco se entiende ajustado al principio de razón suficiente cuando insiste en considerar que estos datos empíricos evidencian una menor capacidad para reconocer a los autores.

Por otro lado, el juez de sentencia consideró que el testigo reconociente no brindó detalles previos al reconocimiento en rueda sobre el rostro del acusado, lo que reducía el peso convictivo del resultado positivo alcanzado.

Consideración que, a criterio del recurrente, desconoce la práctica forense y las características de este particular medio probatorio, además de olvidar que el testigo, encontrándose en las mismas circunstancias y distancia de ambos agresores, reconoció al otro de los acusados quien, a la fecha, se encuentra condenado, conforme se desprende del acta de reconocimiento de fs. 665 que fuera incorporada a la presente causa como prueba instrumental.

En este punto, debo decir que los argumentos expuesto por el juez en los fundamentos de la sentencia cuestionada para justificar el limitado valor probatorio del reconocimiento positivo en rueda de personas en cuestión, no resultan razonables.

Básicamente, porque la compulsa del acta correspondiente verifica que el testigo, ante la presencia del defensor del acusado, fue interrogado previamente sobre «las características morfológicas de la persona que intervino en el ilícito que se investiga en autos», a lo cual respondió que aquella «era de 1.75 a 1.80 de estatura, tez blanca, no recuerdo bien la contextura si es que era robusto o es que por la cantidad de ropa se veía robusto, pelo corto, no recuerdo tatuajes ni aritos ni cicatrices» (fs. 665).

Con lo cual, si bien no aportó datos concretos sobre las características del rostro del sujeto que luego reconoció, lo cierto es que la información suministrada en esa oportunidad no sólo cumple con la manda legal correspondiente (art. 263 del CPP) sino que, además, se considera suficiente, de acuerdo con las características y exigencias que hacen a este interrogatorio previo.

En este aspecto, cabe resaltar que su contenido no puede ser valorado aisladamente, sino que debe ser completado no sólo con el resultado del reconocimiento posterior –sea positivo o negativo–, sino, además, con el resto de los elementos probatorios incorporados a la causa.

Entiendo que aquí se observa otro error del tribunal de juicio en la valoración probatoria cuestionada por el recurrente, consistente en justipreciar el valor convictivo de este medio probatorio –reconocimiento positivo en rueda de personas– sin confrontar su resultado con las manifestaciones vertidas por el reconociente a lo largo del desarrollo del proceso judicial, de los demás testigos que aportaron información sobre los sujetos involucrados en el delito investigado y, finalmente, con el resto de las constancias de la causa.

A modo de ejemplo, cabe considerar el acta de descripción morfológica y de vestimenta obrante a fs. 318 respecto del acusado, que fuera incorporada como prueba instrumental.

Como corolario de lo hasta aquí analizado, debo advertir que tampoco resulta ajustada a las constancias probatorias de la causa, ni tampoco a la teoría del caso presentada por la acusación ni por la defensa durante el debate, que el tribunal de juicio haya considerado que, por la dinámica que asumieron los acontecimientos, resultaba «altamente probable que el Of. Duarte haya herido a ambos delincuentes» (v. fundamentos, fs. 1317 vta.).

Ni mucho menos utilizar ese argumento para examinar otros elementos de prueba incorporados a la causa, tales como los informes elaborados por **el Registro Provincial de Huellas Genéticas Digitalizadas** (fs. 656/657, fs. 660).

Considero que todo el análisis que se hace al respecto en la sentencia, parte de **un razonamiento meramente hipotético** que impide convalidar en esta instancia que esos informes puedan ser ponderados como «prueba [que] juega decisivamente a su favor [del acusado]» (v. fundamentos, fs. 1318 vta.).

Pues basta aquí con mencionar que el testigo, César Duarte, en cada oportunidad en la que prestó testimonio, afirmó haber herido a través de disparos efectuados con su arma reglamentaria, a uno solo de los atacantes.

En conclusión, advierto que los elementos de prueba producidos y debidamente incorporados a la causa no han sido valorado de acuerdo a las reglas que impone el sistema de la sana crítica racional. Esto, en definitiva, impide considerar a la sentencia absolutoria impugnada como acto jurisdiccional válido, a los términos del **art. 416 inc. 4 del CPP**. Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera afirmativa a la primera cuestión planteada. **ASÍ VOTO.**

Voto Dr. Llorente. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto Dr. Gómez. Disidencia.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JULIO R. GÓMEZ, EN DISIDENCIA, DIJO: Puestos en consideración los motivos de agravio presentados por el representante del Ministerio Público Fiscal en el escrito casatorio interpuesto adelante que, por diversos motivos, no comparto la solución a la que se arriba en el voto preopinante de mi distinguida colega de Sala.

Las razones que fundan mi decisión se encuentran en el convencimiento de que corresponde rechazar la impugnación deducida y, en consecuencia, confirmar el decisorio cuestionado.

En particular, mi discrepancia encuentra sustento en que la sentencia emitida por el tribunal de la instancia previa **no adolece de falencias que impliquen su anulación.**

Dicho en otras palabras: el representante del Ministerio Público Fiscal no demuestra en esta instancia la existencia de vicios en resolución que cuestiona que revistan una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos y que, por tanto, justifiquen esa extrema solución (ver, al respecto y en lo pertinente, L.S. 186-427; 153-011; 354-218, entre muchos otros).

La absolución del procesado, que entiendo procedente en el presente caso, no empece en modo alguno el debido reconocimiento a quien fuera víctima del hecho que se imputó a ese encartado.

En tal sentido, hago mías las expresiones del juez de la instancia anterior que seguidamente reproduzco: «[d]ebo felicitar y aplaudir la intervención de este efectivo policial. No puedo hacerlo desde lo estrictamente técnico, pues no me encuentro en condiciones de evaluar su intervención, pero sí como ciudadano común, me veo honrado de que efectivos policiales como [Cesar] Duarte, intente cuidarnos a todos, arriesgando su vida y su integridad física, para impedir que situaciones como la acontecida termine

de un peor modo. A él, le brindo mi más sincero reconocimiento y admiración» (v. fundamentos, fs. 1314 vta.).

No obstante, de manera preliminar, debo señalar que para arribar a la solución que anticipara, de acuerdo a las particulares y excepcionales circunstancias que rodean el caso, los cuestionamientos a la valoración probatoria alegados por el recurrente deben, necesariamente, examinarse desde la perspectiva del debido proceso legal y la defensa en juicio, cuyo nexa nos remite a la consideración de las garantías judiciales expresadas en el art. 18 de la Constitución Nacional, como también, en el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos – instrumento que integra el bloque de constitucionalidad local, en virtud del art. 75 inc. 22 de la CN–.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que «[...] al referirse a las garantías judiciales o procesales consagradas en el artículo 8 de la Convención, esta Corte ha manifestado que en el proceso se deben observar todas las formalidades que “sirv[a]n para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho”, es decir, las “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”» (Corte IDH. Caso «Lori Berenson Mejía Vs. Perú». Demanda de Interpretación de la Sentencia de Fondo y Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 128. párr. 132. **Citando Caso «Herrera Ulloa», párr. 147; Caso «Maritza Urrutia», párr. 118; y Caso «Myrna Mack Chang», párr. 202).**

Así, el derecho que le asiste a toda persona a la que se le atribuye algún grado de intervención en un hecho delictivo y que, por ello, aparece involucrada en un proceso penal, de obtener una rápida decisión judicial que resuelva su situación procesal, no solamente debe ser interpretado desde el punto de vista de los efectos personales de respecto de su destinatario, esto es, como medida que permite que cese la situación de incertidumbre que conlleva una acusación penal.

Además, debe ser considerado como una de las herramientas a través de las cuales es posible limitar el efecto que produce el transcurso del tiempo sobre los elementos de prueba en el proceso penal, particularmente en su poder de convicción. Piénsese, en su caso, en la prueba testimonial, y las consecuencias que el tiempo puede provocar en quienes declaran en ese rol –impresiones, lagunas o, incluso, contradicciones–. (**CAFFERATA NORES, José I. – HAIRABEDÍAN, Maximiliano, La prueba en el Proceso Penal, 7ª edición, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 155).**

De tal manera, el factor «tiempo» es un elemento que no sólo constituye un garantía para las personas acusadas (en tanto derecho a ser juzgadas en un plazo razonable, art. 8.1 de la CADH y art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en función del art. 75 inc. 22 de la CN), sino que materialmente tiene efectos sobre la prueba en tanto cuanto más tiempo conlleva el juzgamiento, aquella tiende naturalmente a degradarse, particularmente la testimonial. Ahora bien, en función de esta consideración preliminar, estimo fundamental identificar el devenir procesal por el que transitó la presente causa hasta esta instancia.

Al respecto, debe destacarse lo siguiente:

a.- Los hechos objeto del presente proceso, según la plataforma fáctica de la acusación, fueron cometidos el día 13 de junio del año 2017.

b.- El Tribunal Penal Colegiado N° 2 de esta Primera Circunscripción Judicial, en sala unipersonal, mediante sentencia n° 419, de fecha 21 de febrero de 2019, condenó al coimputado Mario Javier Carrizo Ferreyra a la pena de diez años de prisión como coautor responsable del delito de robo agravado por el uso de arma

de fuego apta para el disparo en concurso ideal con robo calificado por ser cometido en poblado y banda (fs. 1142).

c.- A instancias del recurso de casación promovido por la defensa técnica del acusado, esta Sala –con diversa integración a la actual–, anuló parcialmente el fallo condenatorio impugnado, así como sus fundamentos y el debate, sólo en relación a la condena mencionada. Decisorio en el que también se ordenó la remisión a los fines de la realización de un nuevo debate, conforme lo previsto en el art. 486 del CPP (fs. 1238/1239 vta.).

d.- Finalmente, mediante sentencia n° 1153, el mismo tribunal impugnado, –a cargo de un magistrado distinto– absolvió al acusado del delito enrostrado, y ordenó su inmediata libertad. Estas circunstancias revelan la particular situación que rodea la solución del presente caso.

Dos sentencias de grado contradictorias, una condenatoria –anulada por este Tribunal, con diversa integración, como se señaló–, otra absolutoria –bajo revisión–. Sumado a ello, agravios casatorios que tienen en común el cuestionamiento de la tarea de valoración por parte de los tribunales de grado.

Así, primero la defensa del acusado, y luego la acusación pública, refieren cuestionamientos a la labor de ponderación de los elementos de convicción obrante en la causa, resultando los cuestionamientos defensivos recogidos y admitidos por esta Sala para anular la primera sentencia, mientras que los esbozados por el representante fiscal son los que actualmente se encuentran bajo revisión.

A lo señalado se suma, la posibilidad de prolongar aún más en el tiempo la situación de incertidumbre procesal del sujeto acusado en un proceso en el que, además, el factor tiempo tiene un rol relevante en la degradación de la prueba.

Considero que las circunstancias expuestas –el tiempo transcurrido desde la comisión del hecho hasta la actualidad, la existencia de dos instancias de juzgamiento del acusado, una de ellas anulada por esta Sala por defectos en la valoración de la prueba– son determinantes para la evaluación de la arbitrariedad referida por el recurrente en la sentencia recurrida.

En efecto, para arribar a la solución absolutoria cuestionada, el tribunal de la instancia previa abordó adecuadamente el análisis de cada uno de los elementos de prueba obrantes en la causa.

En ese terreno valorativo, considero que de la declaración de los testimonios recogidos durante la audiencia de debate –Edgardo Damián Duarte Miranda, Mauricio Gastón Pinillas, Mauro Adriel Borquez Dulce y Carlos Iván Gonzalo Ferraris– no resultaba posible extraer conclusiones que permitan individualizar a los responsables del ilícito investigado, desde que «[n]inguno aportó una individualización suficiente como para poder identificar a los partícipes».

Es decir, quiénes fueron los sujetos que ingresaron al local comercial la noche en que ocurrió el hecho (v. fundamentos, fs. 1313 vta.).

Seguidamente analizó las declaraciones testimoniales producidas durante la investigación penal preparatoria –Valeria Mariela Fernández Páez, Patricio José Montenegro Farías, José Atilia Cappello Berreta y Mariano Agustín González Lizana, de fs. 8/9, 10, 15 y 114/115 respectivamente–, incorporadas al debate con omisión de lectura (v. acta de audiencia de fs. 1300/1301).

Sobre sus dichos, concluyó que ninguno de los testigos de referencia aportó mayores datos al descubrimiento de la autoría del acusado en los hechos enrostrados (v. fundamentos, fs. 1314 vta.).

Finalmente examinó el testimonio de Cesar Adrián Duarte Miranda, y el resultado del reconocimiento en rueda de personas efectuado por el mismo durante la investigación penal preparatoria (fs. 396).

En primer lugar, el sentenciante consideró que su testimonio, al igual que los anteriormente mencionados, **no permitía acreditar con certeza la autoría del acusado** en los hechos objeto del presente proceso.

A dicha conclusión arribó luego de ponderar que, de acuerdo a las circunstancias en las que se encontraba el testigo cuando –según afirmó en su declaración– visualizó a los atacantes, le impedían tener una visualización clara de los mismos, aún cuando se asumiera que se trasladaron a cara descubierta.

En ese sentido, la sentencia destaca que Cesar Duarte, cuando aquellos se fugaban del local comercial siniestrado, se encontraba «[h]erido en su brazo, en su pierna, en una mano y en su rostro, lo que le generó sensación de desvanecimiento o mareo, lo cual es absolutamente razonable en tanto el dolor que debió sufrir en esos instantes, lo que dificultaría a mi modo de ver, poder observar con una celosa precisión los rostros de sus adversarios» (v. fundamentos, fs. 1316).

En segundo término, el juez a quo también le restó peso convictivo cargoso al reconocimiento positivo que, en rueda de personas, hiciera el testigo del acusado.

Para lo cual, luego de efectuar algunas breves consideraciones en relación a este medio de prueba, y su eficacia probatoria, entendió que «[h]abiendo observado el efectivo Cesar duarte por escasos momentos a sus agresores, **en horario nocturno**, mientras se tiroteaba con los mismos, recibiendo múltiples impactos que lo hicieron por momentos desvanecerse, a lo que se agrega la duda de si efectivamente en ese instante –y no con posterioridad– se encontraban los autores con el rostro descubierto, sumado a las dificultades propias de este medio de prueba [...] el valor conviccional del reconocimiento efectuado es muy reducido» (v. fundamentos, fs. 1316 vta.).

Valoración que, en el razonamiento judicial que se encuentra aquí impugnado, también se sustenta en la inexistencia de otros elementos probatorios que «lo acompañe para desentrañar las dudas apuntadas» (v. fundamentos, fs. 1317).

De tal manera, estimo que los argumentos dados por el sentenciante para sostener el estado intelectual de la duda razonable sobre la autoría del acusado Carrizo Ferreyra en los hechos del presente proceso, no se presentan como arbitrarios, o fruto de una valoración parcial y omisiva de los elementos probatorios reunidos, como lo alega el recurrente.

Por el contrario, cada una de las premisas de las que partió el juez de la instancia anterior para justificar el hecho de no haber alcanzado el grado de certeza positiva requerido para el dictado de una sentencia condenatoria, específicamente en lo que tiene que ver con aquel extremo de la imputación delictiva, encuentran adecuados y serios fundamentos que permiten sostener esa decisión como un acto jurisdiccional válido.

Esos argumentos, según entiendo, de modo alguno, han podido ser rebatidos a través de la impugnación bajo análisis, con la demostración de la existencia de arbitrariedad.

En este orden, debe señalarse que «**el principio in dubio pro reo** no opera en el momento de la valoración de la prueba, sino en el de la toma de decisión sobre la confirmación o destrucción del estado de inocencia del acusado, lo cual sólo puede suceder una vez que se ha valorado los elementos de prueba que obran en la causa y, a pesar de ello, no encuentra razonable condenar [...].

En suma, si después de haber observado y escuchado todas pruebas durante el juicio, el tribunal estima que el acusado es probablemente culpable, pero, pese a ello, entiende que algunos de los elementos del caso de la causa que sustentan la acusación no son del todo convincentes entonces está obligado, en función del beneficio de la duda del acusado, a absolverlo».

Por su parte, «el principio in dubio pro reo, en tanto garantía del imputado en el plano procesal, presenta una cara externa y una interna [...]. [L]a cara externa o cuantitativa del principio in dubio pro reo hace referencia a “cuanta prueba se necesita para condenar”.

Por otro lado, la cara interna o cualitativa se refiere al valor que ha de otorgársele a cada uno de los elementos probatorios sobre los que se erige el silogismo condenatorio.

Aquí se trata de precisar “cuánto valor debe atribuírsele a cada prueba” según el bien jurídico protegido y su específico modo de ataque.

Por ejemplo, la declaración de la víctima no puede ser ponderada con los mismos criterios ni atribuírsele el mismo peso en un delito contra la propiedad que en un delito contra la integridad sexual. Lógicamente, de lo anterior se deriva que el umbral de prueba que posibilita al juzgador destruir el estado de inocencia del que goza el ciudadano (cara externa) puede integrarse, en el caso concreto, de distinto modo (cara interna).

Con esto, me refiero a que, en algunos casos, por ejemplo, al tribunal de juicio **puede bastarle con valorar en contra del acusado una única prueba con la suficiente fuerza para atribuir responsabilidad penal**. Y, a la inversa, en otros casos podrá suceder que el sentido de una única prueba no alcance para generar el estado de certeza requerido para el dictado de una sentencia condenatoria, pero que, puesta en relación con otros elementos probatorios, satisfaga el estándar necesario para hacer decaer el estado de inocencia» (ver, **al respecto, «Ruiz Gutiérrez»**).

En este sentido, debe añadirse que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene señalado respecto de la presunción constitucional de inocencia que resulta arbitrario que se convalde una condena cuando existen las lagunas en la reconstrucción de los hechos, o bien, elementos de prueba ambivalentes (Fallos 339:1493).

En definitiva, «[e]n su dimensión de regla de juicio, la presunción de inocencia implica que nada puede llegar al proceso como sabido, es decir como probado. Exige que todo señalamiento de una persona como posible autor de un delito carezca de otro valor que de una mera hipótesis cuya veracidad habrá de acreditarse mediante pruebas dentro de aquél» (**ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, Justicia penal. De principios y prácticas, Ed. Eolas, 2022**).

En el caso analizado, como lo adelantara, compruebo que la presunción de inocencia del acusado, de acuerdo con los argumentos dados por el sentenciante no ha sido desvirtuada por la acusación pública en tanto no ha sido demostrada la arbitrariedad alegada. En función de lo expuesto, considero que debe responder de manera negativa la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, LA DRA. MARÍA TERESA DAY, DIJO: Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso formulado en autos, y anular la sentencia n° 1.153 de fs. 1306 y vta. y sus fundamentos de fs. 1309/1319 y remitir las actuaciones al Tribunal Penal N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la realización del nuevo debate. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE Y JULIO R. GÓMEZ adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 1359/1366 por el representante del Ministerio Público Fiscal.
- 2.- Anular la sentencia n° 1.153 de fs. 1306 y vta. y sus fundamentos de fs. 1309/1319 y remitir las actuaciones al Tribunal Penal N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la realización del nuevo debate.

Regístrese. Notifíquese. DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro DR. JULIO R. GOMEZ Ministro (Disidencia) DRA.
MARÍA TERESA DAY Ministro

36- CHIAFFITELLI LOPEZ. 21-12-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	B	-	ANA	PCE	-	-	P1°	-	CI	-	-	-	N	474
-	B	-	ANA	PCE	-	-	P1°	-	CR	-	-	-	N	359

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=964>

Lex: Art. 166 inc. 2, 3° párrafo, 167 inc. 2, 55 del CP

Vox: Robo agravado. Arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada. Poblado y en banda. Partícipe primaria. JAI cuestionado. –manifestación contraria al reconocimiento- antes de la lectura de fundamentos.

Summa:

El JPC condenó a la señalada Viviana Lucero a la pena **de tres años de prisión por considerársela partícipe primaria**, penalmente responsable, del delito de robo agravado por ser cometido con arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada y robo agravado por ser cometido en poblado y en banda, cuatro hechos en concurso real.

La imputada reconoce los hechos y su responsabilidad penal antes del dictado de la sentencia, pero se retracta previo a la lectura de fundamentos.

La **defensa técnica** de la nombrada interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de la acusada Viviana Isabel Lucero Di Lauro, y en consecuencia anular parcialmente la sentencia n° 9.520 sólo respecto a la acusada Viviana Isabel Lucero Di Lauro.

Resolución cuestionada: *Sentencia n° 9520, pronunciada por el JPC N° 1-1° CJ.*

Precedentes citados

a-SCJM

- «Prieto Valenzuela» 20-10-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=671>

Precedentes relacionados.

a-SCJM

- 1- OLGUIN HERRERA. 25-03-22.

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=767>

Lex: Art. 166, inc. 2, primer párrafo, primer supuesto, 167, inc. 2, 54, 184 inc. 1 del CP

Vox: Robo. Arma impropia. Poblado y banda. Concurso ideal o aparente de leyes penales. Daño agravado. JAI cuestionado.

- 2- MONTERO ARANCIBIA. 27-07-22.

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=874>

Lex: Art. 164, 42, 239 y 55 del CP. Art. 4 Ley 26485. Art. 25 de la ley 4.976 de Ejercicio de la Abogacía y la Procuración.

Vox: Robo simple en grado de tentativa. Desobediencia a una orden judicial en contexto de violencia de género. Juicio abreviado cuestionado.

- 3- GIOVARRUSCI BONACORCI. 12-08-22.

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=887>

Lex: Art. 277 inc. 1 letra c del CP

Vox: Encubrimiento. JAI cuestionado. Buena fe procesal.

4- LOBATO BARROSO y ot.. 19-08-22.

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=869>

Lex: Art. 166, inc. 2°, 2° párrafo, 167, inc. 2°, 54, 55, 90 del CP. Art. 359 CPP.

Vox: Robo. Arma impropia. Poblado y banda. Concurso ideal. Lesiones graves. Concurso real. JAI cuestionado.

5- MALDONADO JOSE LUIS. 19-08-22.

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=885>

Lex: Art. 167, inc. 2° CP

Vox: Robo. Poblado y banda. JAI cuestionado.

6- PARRAGUEZ. 29-11-22.

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=969>

Lex: Art. 277 inc. 1 letra c del CP

Vox: Encubrimiento. JAI cuestionado. Pena de cumplimiento efectivo. Modalidad domiciliaria.

SCJM. Dres.: **Valerio.** Palermo. Adaro.

Fallo:

CUIJ: 13-06826134-6/1((018501-93234)) F C/ CHIAFFITELLI LOPEZ JAIRO DAVID, LUCERO DI LAURO VIVIANA ISABEL, MERCADO PÁEZ JAQUELINA DEL VALLE, GÓMEZ MORALES MARCOS EXEQUIEL (93234/21) (93234) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106078109*

En Mendoza, a los veintiún días del mes de diciembre del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06826134-6/1 caratulada “F. c/ CHIAFFITELLI LÓPEZ JAIRO DAVID, LUCERO DI LAURO VIVIANA ISABEL, MERCADO PÁEZ JAQUELINA DEL VALLE, GÓMEZ MORALES MARCOS EXEQUIEL P/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. MARIO D. ADARO.

La defensa de Viviana Isabel Lucero Di Lauro interpone recurso de casación contra la sentencia n° 9.520 y sus fundamentos, vertidos en forma oral, emitida por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.

Ello, en tanto se condena a aquélla a la pena **de tres años de prisión por considerársela partícipe primaria**, penalmente responsable, del delito de robo agravado por ser cometido con arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada y robo agravado por ser cometido en poblado y en banda en autos n° P-88001/21; partícipe primaria del delito de robo agravado por ser cometido con arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada y robo agravado por ser cometido en poblado y en banda, en autos n° P-78.332/21; partícipe primaria del delito de robo agravado por ser cometido con arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada y robo agravado por ser cometido en poblado y en banda, en autos n° P-90375/21; y partícipe primaria del delito de robo agravado por ser cometido con arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada y robo agravado por ser cometido en poblado y en banda, en autos n° P -90916/21.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- La resolución recurrida

La jueza de la instancia previa, actuando en sala unipersonal, resolvió del modo precedentemente señalado al considerar que la prueba obrante en las respectivas causas seguidas contra la acusada Lucero Di Lauro acreditaba, más allá de toda duda razonable, la concurrencia material de los hechos objeto de los respectivos procesos. En ese sentido, encontró probado que: «[e]l día 01 de Septiembre de 2021, a las 18:30 horas aproximadamente, VIVIANA ISABEL LUCERO DI LAURO, MARCOS EXEQUIEL GOMEZ MORALES y dos sujetos no identificados a esta altura de la investigación, arribaron al domicilio sito en Lavalle 6078, Guaymallén, donde se ubica la Ferretería “Horeb”, a bordo del vehículo marca Fiat Mobi, color rojo, dominio AB 630 PD, Gómez Morales y los otros dos masculinos descendieron del vehículo e ingresaron al local comercial antes mencionado donde, uno de los sujetos no identificados extrajo de entre sus ropas un arma de fuego tipo revólver con el cual amedrentó a la víctima, Pérez Cisterna Noelia Griselda, para luego sustraerle: una mochila de color crema, tipo cuerina, la cual contenía en su interior un monedero, tarjetas de crédito, tarjeta de Mercado Pago, tarjeta de seguro, DNI y carnet de conducir bajo la titularidad

de NOELIA GRISELDA PEREZ, \$60.000 en efectivo en billetes varios y un teléfono celular marca MOTO ONE FUSION de color verde, con funda rosa con flores, n° 2616238423. A posterior, los tres sujetos se retiraron del comercio a bordaron nuevamente el vehículo marca Fiat Mobi de color rojo, donde Viviana Isabel Lucero Di lauro aguardaba con el rodado encendido, logrando darse a la fuga con la res furtiva en su poder» (en relación a los hechos investigados en el marco de los autos N° P-88.001/21). Asimismo, que «[e]l día 06 de Agosto de 2021, a las 20:15 horas aproximadamente, en “Despensa Catalina”, Barrio Jardin A-05, Tres Porteñas, San Martin Mendoza, arribaron abordo del vehículo marca FIAT MOBI, color rojo, dominio AB 630 PD, VIVIANA ISABEL LUCERO DILAURO, JAQUELINA DEL VALLEMERCADO PAEZ, MARCOS EXEQUIEL GOMEZ MORALES y un sujeto NN, ingresando a dicho local JAQUELINA MERCADO, MARCOS GOMEZ y EL SUJETO NN, los dos masculinos portando armas de fuego tipo revolver, con las cuales amedrentaron a los propietarios del comercio, Claudio Javier Zarate García y Silvia María Fuentes Zelada, para luego sustraer: dos monitores marca Samsung de color negro, un posnet, una billetera propiedad del Sr. Zarate, la cual contenía: DNI, licencia de conducir, tarjetas de débito y crédito a nombre del mismo y \$8000 (ocho mil pesos argentinos), la suma aproximada de \$25.000 a \$28.000 correspondientes a la recaudación del día del negocio, un tensiómetro y un teléfono celular marca Samsung J2 Prime, de color marrón claro, con funda plástica de color blanca. Posteriormente, los tres sujetos abordaron el vehículo marca FIAT MOBI de color rojo, dominio AB 630 PD, en el cual aguardaba VIVIANA ISABEL LUCERO DILAURO, para luego darse a la fuga con la res furtiva en su poder» (en relación a los hechos investigados en el marco de los autos N° P-78.332/21). También, que «[e]l día 07 de septiembre de 2021, siendo aproximadamente las 17:30 hs., en el depósito de razón social “Barba Azul” ubicado en calle Godoy Cruz N° 4798 el departamento de Guaymallén, ingresaron Jaquelina Del Valle Mercado Páez y Chiafitelli Lopez Jairo David, quienes con la excusa de comprar en dicho comercio realizaron reconocimiento de las circunstancias del mismo, para luego ambos retirarse. Posteriormente, ingresaron a dicho comercio MARCOS EXEQUIEL GOMEZ MORALES, CHIAFITELLI LOPEZ y otro sujeto NN, uno de los masculinos apuntó con un arma de fuego a la víctima Tomás Josué Fernández Guzmán, manifestándole “tirate al piso y dame la plata”. Seguidamente abrieron la caja registradora y sustrajeron dos mil pesos en efectivo, además una botella de Fernet marca Branca de 750 cc, un cartón de 10 paquetes de 20 cigarrillos marca CJ, un teléfono celular marca Huawei color blanco, modelo I6 con la pantalla trizada en la parte de abajo y funda negra, de la compañía Claro N° 2615464089, mientras que CHIAFITELLI LOPEZ, sustrajo un parlante con bluetooth color negro de 1 mts de altura por 0,50 mts de ancho con una etiqueta con la descripción del parlante borrada. Luego de lo cual se retiran todos en un vehículo marca Fiat Mobi color rojo dominio AB-630-PD, en el cual los esperaba VIVIANA ISABEL LUCERO DI LAURO, titular del rodado» (en relación a los hechos investigados en el marco de los autos N° P-90.375/21). Finalmente, que «[e]l día 08 de Septiembre de 2021, a las 16:00 horas aproximadamente, VIVIANA ISABEL LUCERO DI LAURO, JAQUELINA DEL VALLE MERCADO PAEZ, MARCOS EXEQUIEL GOMEZ MORALES, CHIAFITELLI LOPEZ JAIRO DAVID y otro sujeto no identificado, arribaron a la agencia de autos “Anello Motors”, sita en Sarmiento 5 del departamento de Godoy Cruz, Mendoza, a bordo del vehículo marca Fiat Mobi, color rojo, dominio AB 630 PD, conducido por Viviana Isabel Lucero, JAQUELINA DEL VALLE MERCADO PAEZ, MARCOS EXEQUIEL GOMEZ MORALES, CHIAFITELLI LOPEZ JAIRO DAVID y otro sujeto no identificado descendieron del mismo e ingresaron a la mencionada agencia, uno de ellos portando un arma de fuego, con la que amedrentaron a la víctima y luego sustrajeron a quienes se encontraban en el interior de la mencionada agencia, Martínez Zamorano Alejandro Germán, Rocío Belén Villalobos Miletta, Ianizzotto Marín y Priscila Marlene y Olmedo Aguilera Tamara Natalí: un teléfono celular Marca Sony Xperia, color celeste, línea

Claro, número 2615914861 al Sr Martínez; un teléfono celular marca Huawei Y7, color dorado, línea Twenti, número 2615652008 propiedad de Rocío Villalobos, y al suma aproximada de \$45.000 pesos argentino y un teléfono celular marca Iphone 7 de color blanco, con funda negra propiedad de la agencia. A posterior los encartados se retiraron del lugar del hecho, a bordaron el vehículo donde aguardaba VIVIANA ISABEL LUCERO DI LAURO y se dieron a la fuga con la res furtiva en su poder» (en relación a los hechos investigados en el marco de los autos N° P-90.916/21). Para llegar a esa conclusión, en primer orden, la jueza estimó procedente el procedimiento abreviado inicial solicitado por las partes, por estimar cumplidos los requisitos de procedibilidad previstos en el art. 359, ss. y cc. del CPP. Seguidamente, consideró que la admisión de los hechos por parte de la acusada resultaba corroborada a través de los elementos de prueba producidos durante la etapa instructora e incorporados a la audiencia respectiva, los que identificó pormenorizadamente, y ponderó de acuerdo a las reglas que impone el sistema de la sana crítica racional. Finalmente, estimó que la pena convenida y aceptada por la acusada se ajustaba a las pautas legales que regulan su individualización. Por todo ello, en la sentencia impugnada se homologó el acuerdo de juicio abreviado inicial celebrado entre el Ministerio Público Fiscal y la defensa particular de Viviana Isabel Lucero Di Lauro y, en función de ello, se la condenó a la pena de tres años de prisión, por resultar partícipe primaria de los hechos previamente reproducidos.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa de la acusada formula recurso de casación contra la resolución arriba individualizada, en razón de lo dispuesto en ambos incisos del art. 474, incs. 1 y 2 del CPP.

Esto es, por entender que existen vicios sustanciales y formales que la descalifican como acto jurisdiccional válido, conforme lo previsto en el art. 416 incs. 3 y 4 del mismo cuerpo normativo.

Manifiesta que si bien los fundamentos de la sentencia fueron puestos en conocimiento de su representada mediante audiencia celebrada en fecha 9 de diciembre de 2021, en esa misma audiencia la acusada expresó que no consentía la sentencia porque tenía prueba que negaba su participación en los hechos.

Expresa que frente a esas declaraciones previas a la lectura de los fundamentos del fallo, la jueza de la instancia previa, para asegurar las garantías de defensa en juicio y del debido proceso, debió cuanto menos cederle la palabra a la defensa de la acusada a los fines de nulificar –parcialmente– (nulidad que puede ser instada por la defensa y/o el Ministerio Público Fiscal o, incluso, ser declarada de oficio) la parte del resolutive que disponía condena e imposición de pena para Lucero Di Lauro.

Señala que una defensa eficiente debió expedirse en ese mismo instante sobre la continuidad de su intervención y representación de los derechos de la acusada, desde que a partir de la mención de la existencia de material probatorio de descargo que acreditaría que no participó en los hechos tal como los describió la Fiscalía y los reprodujo el órgano jurisdiccional, resultaba fundamental que las causas tramiten por la vía del proceso ordinario a fin de asegurar las garantías procesales de Lucero Di Lauro.

Agrega que el defensor particular de la acusada renunció a su labor defensiva en forma expresa en la audiencia de lectura de los fundamentos del fallo, por lo que la acusada quedó en absoluto estado de indefensión.

Ello, implicó la consecuente suspensión de términos hasta su constitución y presentación, como órgano oficial, en el ejercicio de una defensa eficaz. Menciona que si bien en un primer momento la acusada consintió la aplicación del procedimiento abreviado inicial, no es menos cierto que a medida que se desarrolló la audiencia, y se avanzó en la lectura de los hechos que se le atribuyeron a ella como a los coimputados en su causa, como así también en la descripción del material probatorio invocado por la

fiscalía, al hacérsele conocer la decisión judicial manifestó, en forma expresa y categórica, que contaba con elementos de prueba para acreditar que no participó en los hechos. Indica que esas manifestaciones de Lucero Di Lauro deben ser interpretadas en su favor, como retractación del consentimiento a la aplicación del procedimiento abreviado, con la consecuente elección de un proceso ordinario como lo impone la normativa procesal.

Además, si la imputada hizo referencia a la existencia de prueba de descargo, no pudo el defensor ejercer la defensa en forma eficiente cuando representa a la otra coimputada de la causa –Mercado Páez–, dado que se revela con ello la existencia de intereses contrapuestos.

Este vicio determina la nulidad absoluta de la resolución impugnada a tenor de lo previsto en el art. 198, inc. 3 del CPP. Describe los hechos imputados a su defendida y transcribe los fundamentos vertidos en forma oral por el tribunal de sentencia, refiriendo que la resolución condenatoria agravia a la acusada por cuanto, además de haberse incumplido garantías constitucionales de defensa en juicio y el derecho a ser oída en juicio, se le negó la posibilidad de recibírsele prueba de descargo que mencionó tener en la audiencia. Señala una serie de consideraciones críticas en relación con la valoración probatoria efectuada por el tribunal de juicio.

En este planteo, advierte que: a) el desgrabado de las cámaras de seguridad se realizó sin la intervención de la defensa, lo que vulnera la cadena de custodia; b) ningún damnificado sindicó a la acusada de manera directa ni indirecta; c) no se ha realizado reconocimiento en ninguna de las causas; d) la matrícula del auto de propiedad de Lucero Di Lauro no se encuentra en ningún registro audiovisual, pues los informes tecnológicos señalan que el registro de la chapa patente no resulta nítido; e) la víctima de los autos n° P-90.375/21 hace referencia a la presencia de un vehículo marca Volkswagen, modelo Up, lo que se contrapone con lo registrado por personal policial en el acta de procedimiento, f) no puede asegurarse que la acusada era quien manejaba el vehículo en ninguna de las causas, porque no existe prueba objetiva de ello; g) surge la existencia de otra persona autorizada para manejar el vehículo del registro automotor; y, por último, h) no puede sostenerse que la acusada formara parte de la banda que efectivamente se encargaba de realizar sustracciones y respecto de quienes obra abundante evidencia de cargo.

Aún a ello que las conductas que se le atribuyen a la acusada en las piezas acusatorias que fueron tenidas por acreditadas en la sentencia, de modo alguno pueden subsumirse en el tipo legal seleccionado. Por lo tanto, a criterio de la defensa, la prueba contra su representada es débil hasta el momento, descontando que la mención de existencia de prueba de descargo exige que la causa tramite por la vía ordinaria a fines de evacuar las mismas. Finalmente, formula reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, tras reproducir los agravios formulados y evaluar la procedencia sustancial de la impugnación incoada, considera que el planteo de la defensa no debe prosperar. Ello, en tanto la resolución puesta en crisis no adolece de los vicios referidos, dado que se ha cumplido acabadamente con el procedimiento previsto por el rito penal para el juicio abreviado. Señala que el soporte audiovisual de la audiencia respectiva revela que la representante del Ministerio Público Fiscal explicó a la aquí acusada y a los demás coimputados los hechos que se les atribuían y las pruebas existentes en su contra. También les explicó el acuerdo al que se había arribado y las penas que habían acordado.

Todo, en la audiencia frente a la acusada, de quien no se advierte, en ningún momento, que no comprendiera lo que se le estaba explicando.

Sostiene que la jueza del tribunal de la instancia previa, luego de la lectura de los hechos, le preguntó a la acusada puntualmente si deseaba que se aplicara el procedimiento de juicio abreviado, y si lo admitía de manera libre y voluntaria, a lo que la acusada contestó afirmativamente.

También la jueza le refirió si reconocía los hechos con las circunstancias de tiempo, modo y lugar que habían sido apuntadas, como así también, si consentía la pena de tres años en efectivo que fuera pactada, a lo que respondió positivamente.

Agrega que las palabras de la acusada efectuadas al momento de la expresión oral de los fundamentos del fallo, cuando dijo que **no consentía la sentencia** porque podía acreditar que no había participado en los hechos, sólo habilita la presentación de los recursos extraordinarios establecidos en la norma procesal.

Pero, agrega, **no corresponde darle el tratamiento de juicio ordinario** como pretende la defensa, habida cuanto que la etapa ya estaba terminada, no verificándose violación a ninguna garantía constitucional.

Finalmente, considera que la sentencia se encuentra debidamente fundada, y que la sentenciante realizó un detallado e integral análisis de las pruebas existentes en contra de la acusada en cada causa.

En este sentido, la jueza llegó a la conclusión que la colaboración de la acusada resultó indispensable en los hechos enrostrados.

Por lo tanto, afirma que los agravios defensivos, más que vicios en la sentencia, reflejan la discrepancia de la parte recurrente, en el legítimo ejercicio de su cargo, con la interpretación dada al plexo probatorio por el tribunal.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante..

Puestos en consideración los motivos de agravio invocados por la defensa de la acusada Lucero Di Lauro, adelanto mi posición en el sentido que corresponde hacer lugar al recurso articulado.

En forma preliminar, y no obstante los cuestionamientos casatorios referidos a la arbitrariedad de la sentencia condenatoria impugnada por inobservancia de las normas procesales que regulan el procedimiento especial de juicio abreviado inicial, así como también los planteos sobre valoración probatoria y calificación jurídica de las conductas reprochadas a la acusada, corresponde señalar que la solución adelantada resulta de comprobar que la sentencia puesta bajo revisión adolece de vicios que provocan la nulidad parcial del fallo.

Ello, en tanto representan falencias de entidad suficiente para vulnerar garantías constitucionales de carácter indisponible respecto de la acusada Lucero Di Lauro (arts. 198 ss y cc del CPP). Doy razones. a.- Conforme se desprende de la reproducción de audio y video de la audiencia celebrada en fecha 2/12/21, desarrollada en forma mixta, dado que las acusadas de autos –Lucero Di Lauro y Mercado Páez–, quienes se encontraban en la misma dependencia penitenciaria, y la defensora del coimputado Gómez Morales, intervinieron virtualmente, mediante el sistema de videollamada, las restantes partes lo hicieron en forma presencial, en la sala de audiencias del Polo Judicial. En ese escenario, luego de verificar la presencia de las partes, la jueza del tribunal de la instancia previa interrogó los acusados sobre sus datos personales. Así, en primer lugar, lo hizo respecto de Lucero Di Lauro (v. registro audiovisual, audiencia del día 02/12/21, “Parte I”, min. 00:03:00/00:07:58). Seguidamente, hizo lo propio con relación a Mercado Páez, interrogatorio que se interrumpió por detectarse problemas técnicos en la conectividad (min. 00:08:05/00:09:50). Posteriormente, luego de comprobar la permanencia de ese problema de comunicación, la jueza ordenó un cuarto intermedio en procura de solucionar el inconveniente a los fines de garantizar la intervención de ambas acusadas en la audiencia que se estaba desarrollando (min. 00:25:21).

Reanudada la audiencia, tras verificar la persistencia de los referidos inconvenientes técnicos en la comunicación virtual, la jueza decidió continuar con el desarrollo de la audiencia.

En ese sentido, dispuso comenzar por la causa n° P-84.295/21, dado que en la misma se investigan hechos en los cuales las acusadas Lucero Di Lauro y Mercado Páez no aparecen involucradas (v. registro audiovisual, audiencia del día 02/12/21, segunda parte, min. 00:00:39). Cedita la palabra a la representante del Ministerio Público Fiscal, informó al tribunal que había acordado, junto con las cuatro personas acusadas y sus respectivas defensas técnicas, que la causa n° P-93.234/21 y sus acumuladas n° P-88.001/21, P-78.332/21, P-83.141/21, P-84.295/21, P-90.375/21 y P-90.916/21 se tramitaran y resolvieran mediante la aplicación del procedimiento de juicio abreviado inicial, previsto y regulado en el art. 359, ss. y cc. del CPP (min. 00:01:25).

En este orden, la fiscal inició su alocución con el tratamiento probatorio de la causa n° P-84.295/21 para, luego, continuar con el análisis de la situación procesal del coimputado Chiaffitelli López en la causa n° P-93.234/21, respecto de quien solicitó el sobreseimiento conforme lo previsto en el art. 353, inc. 5 del CPP, esto es, por existir una duda insuperable respecto de su participación (00:03:35/00:14:24).

A continuación, se restableció la comunicación virtual con las coimputadas Lucero Di Lauro y Mercado Páez (00:16:36) a través de un teléfono celular aportado por una agente penitenciaria. Seguidamente, la jueza reanudó el interrogatorio sobre los datos personales de la última de las nombradas (00:16:56).

Finalizado ello, la representante fiscal reiteró al tribunal que también habían arribado a un acuerdo de juicio abreviado inicial con la defensa de ambas acusadas.

Oportunidad en la que señaló cuáles fueron las penalidades convenidas –tres años de prisión en efectivo con respecto a Lucero Di Lauro en relación con los hechos atribuidos en cuatro causas, y seis años de prisión para Mercado Páez en cuanto los hechos relativos a cinco causas– (00:18:43/00:19:58), para luego iniciar el análisis probatorio respecto de las causas en las que ellas aparecen involucradas (00:20:08/01:01:02).

Acto seguido, luego de cederle la palabra a los defensores de los acusados, éstos ratificaron los términos del acuerdo señalado por la acusación, haciéndolo en primer término la defensa del acusado Chiaffitelli López (01:01:10/01:03:02), luego el defensor de las coimputadas Lucero Di Lauro y Mercado Páez (01:07:10/01:08:08), y, finalmente, la defensora de Gómez Morales (01:11:08/01:13:30).

Por su parte, el relevamiento del soporte digital de la referida audiencia comprueba que todas las personas acusadas consintieron expresamente la aplicación del procedimiento de juicio abreviado inicial acordado, lo que se observa en dos momentos particulares del desarrollo de la audiencia respectiva. En primer lugar, cuando la jueza les explicó genéricamente a los cuatro acusados en qué consistía el procedimiento especial solicitado, así como también, el alcance y las consecuencias legales del acuerdo celebrado y cuya homologación se solicitaba. Para ello, indicó expresamente la necesidad que cada uno de los acusados consintiera libre y voluntariamente la aplicación de este tipo de procedimiento, la existencia material de los hechos y sus respectivas responsabilidades en los mismos, de acuerdo al grado de intervención criminal que se les reconoce en las piezas acusatorias, además del monto de penalidad pactado (01:04:40/01:05:50). Luego, les consultó si habían comprendido lo así informado, respondiendo los cuatro acusados de manera afirmativa (01:05:57).

En segundo lugar, y en cuanto aquí resulta relevante para el análisis de la causa, la jueza le preguntó expresamente a Lucero Di Lauro si admitía la aplicación de juicio abreviado del procedimiento de juicio abreviado en las causas que se le atribuyen (01:09:37), si reconocía la existencia de los hechos narrados por la representante del Ministerio Público Fiscal (01:09:47), si admitía su responsabilidad penal en los

mismos (01:10:02) y, finalmente, consentía la pena pactada de tres años de prisión de cumplimiento efectivo (01:10:09). Todos estos interrogantes fueron respondidos por la acusada, mediante expresiones gestuales que inequívocamente reflejan una respuesta afirmativa a los mismos (01:09:44, 01:09:56, 01:10:07 y 01:10:17 respectivamente).

Repárese en este aspecto que los problemas de conectividad en la comunicación en este tramo de la audiencia impidieron contar con el audio sobre las respuestas de la acusada, aunque ello no impide visualizar con claridad el sentido afirmativo de sus respuestas, dado que cada una de las preguntas que se le formularon fueron contestadas por Lucero con manifestaciones vocales y gestuales de inequívoco sentido afirmativo.

De ello, la jueza decidió dejar constancia expresa en el acta respectiva (01:10:32). Luego de ello, al considerar cumplida con la manda legal, la jueza dictó la sentencia condenatoria en el marco del art. 359 del CPP.

En efecto, luego de un cuarto intermedio, dio lectura de la parte dispositiva del fallo, y difirió la lectura de los fundamentos para una audiencia posterior a fijarse por la OGAP dentro del plazo de ley (ver registro audiovisual, audiencia del día 2/12/21, "Parte III", a partir del min. 00:00:44/00:16:43).

Ahora bien, es precisamente en este tramo de la audiencia celebrada donde se advierte el primer defecto en el pronunciamiento impugnado. Ello, por cuanto, y según se puede advertir, la jueza leyó la parte dispositiva de la sentencia sin contar con la presencia de las acusadas Lucero Di Lauro y Mercado Páez. Lo afirmado en el párrafo precedente resulta de la simple visualización del soporte audiovisual de la audiencia respectiva.

Por un lado, no existe ni imagen ni audio que permita comprobar que las acusadas de referencia se encontraban presentes, a través de una conexión virtual, en la audiencia en la que se efectuó la lectura de la parte dispositiva del fallo condenatorio.

Por otro lado, el resolutivo cuestionado demuestra que esta ausencia no pasó desapercibida para la jueza, quien dispuso que: «Atento a los problemas de conectividad de Unidad III - Almafuerte, por intermedio de OGAP N° 01 remítase a la mayor brevedad link al Servicio Penitenciario a fin de que las internas Lucero Di Lauro y Mercado Gómez tomen conocimiento de la parte resolutive de la presente sentencia» (v. pto. "XV" de la parte resolutive de la sentencia n° 9.520).

A ello debe agregarse que la dinámica de la audiencia también confirma la jueza advirtió esa ausencia y, aún así, decidió continuar con el dictado del resolutive del fallo. Así, cuando les preguntó a las partes si consentían la resolución dictada, se dirigió únicamente a la representante fiscal, a los defensores y a los coimputados Chiaffitelli López y de Gómez Morales (v. min. 00:13:41), quienes manifestaron su voluntad de consentir la sentencia y renunciar a los términos legales (00:13:40/00:13:50; 00:15:45/00:15:50). En este aspecto, debe recordarse que el art. 412 del CPP prevé que «Redactada la sentencia será protocolizada, bajo pena de nulidad, y se agregará copia al expediente.

Acto seguido, el Presidente se constituirá en la sala de audiencia, previo convocar verbalmente al Ministerio Público, a las partes y a sus defensores y ordenará por Secretaría la lectura del documento, bajo la misma sanción, ante los que comparezcan. Si la complejidad del asunto o lo avanzado de la hora hicieran necesario diferir la redacción de la sentencia, en dicha oportunidad se leerá tan sólo su parte dispositiva, fijándose audiencia para la lectura integral.

Esta se efectuará, bajo pena de nulidad, en las condiciones previstas en el párrafo anterior y en el plazo máximo de cinco días a contar del cierre del debate. La lectura valdrá siempre como notificación para los que hubieran intervenido en el debate». Con lo cual se observa que la parte dispositiva de la sentencia

condenatoria impugnada ha sido leída sin la presencia de las partes, particularmente de las personas acusadas. Ello, en mi criterio, conforma un aspecto cuestionable del fallo que merece ser destacado en esta instancia de revisión extraordinaria porque, aun cuando no haya sido motivo de agravio casatorio, impacta necesariamente en la solución del caso que se adelantara al comienzo del presente acápite. A la irregularidad individualizada se suma, tal como se explicará en el próximo apartado, las manifestaciones brindadas por Lucero Di Lauro –una de las acusadas ausentes al momento en que se completara la lectura integral de la sentencia– durante la exposición oral de los fundamentos del fallo que efectuó la jueza de la instancia previa en la audiencia posterior. Estas dos circunstancias generan la nulidad parcial de la sentencia respecto de Lucero Di Lauro. Esta nulidad es de carácter absoluto, y por consiguiente declarable de oficio en cualquier estado y grado del proceso por encontrarse comprometidas garantías reconocidas por normas constitucionales, únicamente de la parte del fallo mediante la cual se resuelve, a través del procedimiento abreviado la situación procesal de la acusada recurrente.

b.- A continuación se analizarán las manifestaciones que realizara la acusada Lucero Di Lauro al momento de la lectura de los fundamentos de la sentencia cuestionada.

Conforme se desprende del soporte audiovisual de la audiencia respectiva, comprobada la presencia de todas las partes, la jueza manifestó «[a]ntes de proceder a la lectura de los fundamentos, voy a dejar constancia que, momentos previos a iniciar la grabación, las condenadas Mercado Páez y Lucero Di Lauro, al ser consultadas por esta judicatura en relación a si habían podido escuchar la lectura de la parte resolutive de la sentencia, ello en virtud de que, conforme se dejara constancia en la audiencia anterior, por un problema de conexión, si bien dieron y ratificaron este acuerdo de juicio abreviado, no pudieron escuchar la parte resolutive, ambas condenadas manifestaron que sí, que habían escuchado el video, la parte resolutive de la sentencia.

En virtud de lo cual, y a fin que ratifiquen mis dichos, les voy a ceder la palabra [...] para que ratifiquen esto, que han podido ver y escuchar el video de la audiencia anterior que quedó pendiente» (ver registro audiovisual, audiencia del día 9/12/21, min. 00:01:44/00:02:42). Seguidamente, ambas acusadas ratificaron haber visualizado el video respectivo y escuchado la lectura de la parte resolutive de la sentencia en cuestión. Luego, tomó la palabra Lucero Di Lauro y expresó «no estoy de acuerdo con la sentencia doctora» (00:04:15).

En esa oportunidad, la jueza le explicó a las acusadas que la sentencia reprodujo el acuerdo de juicio abreviado solicitado por las partes en la audiencia anterior, marco dentro del cual ambas ratificaron la existencia de los hechos, así como su participación en los mismos y el monto de pena pactada, por lo que la jueza señaló que «la sentencia reflejó lo que las partes me peticionaron» (00:04:24/ 00:04:53).

Frente a ello, la acusada Lucero Di Lauro señaló expresamente que «sí, pero sabe qué doctora, yo tengo cómo probar que no estuve en los hechos» (00:04:55), a lo que agregó otras expresiones que, por defecto en la calidad del audio, aparecen incomprensibles (00:05:00/00:05:06).

Dado ese intercambio, la jueza le preguntó nuevamente a la acusada si, de acuerdo con sus expresiones, consentiría la resolución (00:05:07), a lo que aquella le respondió que no (00:05:09). De todo ello se dejó constancia en el acta de la audiencia respectiva, aunque erróneamente la jueza invirtió los apellidos de las acusadas, y señaló que quien no consintió la sentencia fue Mercado Páez (00:06:08). Superada esta etapa, la sentenciante expuso oralmente los fundamentos del fallo condenatorio cuestionado (a partir del min.00:06:55).

La reseña de lo actuado deja expuesto un cuadro de situación en el cual no es posible verificar con certeza que la acusada Lucero Di Lauro consintiera libre y voluntariamente el procedimiento de juicio abreviado que determinó el dictado de una condena en su contra.

Es que si bien prestó ese consentimiento en la primera audiencia celebrada, esto es, la que se realizó en fecha 2/12/21, lo cierto es que en la audiencia posterior, previamente a la lectura de los fundamentos del fallo, se manifestó expresamente en forma contraria al respecto, lo que inexorablemente repercute sobre su validez y el cumplimiento respectivo de uno de los presupuestos esenciales exigidos por la manda procesal pertinente (art. 359 y 418 del CPP).

Debe recordarse que la esencia del juicio abreviado reside en que la solución al conflicto penal no resulta una imposición vertical, sino que constituye una construcción horizontal entre los diversos sujetos que intervienen en el proceso penal.

Con lo cual, perdería su razón de ser si el mismo imputado que presta su acuerdo para una determinada solución, inmediatamente de leída la misma cambiara de parecer e impugnara el acto que antes ha consentido (ver, al respecto, «**Prieto Valenzuela**»).

En síntesis, la declaración de nulidad parcial del fallo que se propicia aquí como solución del caso no constituye un exceso de ritual manifiesto que se justifique sólo por el apego a las formas.

En el caso se comprueba la existencia de un particular interés afectado, el de Lucero Di Lauro, que justifica la parcial descalificación del fallo como acto jurisdiccional válido en relación con aquella acusada.

En virtud de lo hasta aquí analizado, y de la solución que se propicia, entiendo que resulta abstracto pronunciarme sobre los agravios defensivos referidos a la valoración probatoria y a la calificación legal.

c.- Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera afirmativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo y Dr. Adaro. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso formulado en autos, y anular parcialmente la sentencia n° 9.520 sólo respecto a la acusada Viviana Isabel Lucero Di Lauro, así como también, la parte respectiva de sus fundamentos orales.

En consecuencia, deberán remitirse las actuaciones al Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial para que la OGAP para siga el trámite de ley. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren, al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de la acusada Viviana Isabel Lucero Di Lauro.
- 2.- Anular parcialmente la sentencia n° 9.520 sólo respecto a la acusada Viviana Isabel Lucero Di Lauro, así como también, la parte respectiva de sus fundamentos orales.

3.- Remitir las actuaciones al Juzgado Penal Colegiado Nº 1 de la Primera Circunscripción Judicial para que la OGAP determine el juez que deberá intervenir en los presentes obrados de conformidad con la etapa procesal transitada.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

37- MERCADO CARRIZO.28-12-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	B	-	ANA	-	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474
														466

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=970>

Lex: Art. 166 del CP

Vox: Robo agravado. Recurso de apelación mal concedido.

Summa:

El **TPC** declaró mal concedido el recurso de apelación formulado contra la resolución del JPC N° 1-1° CJ en la que se dictó la prisión preventiva del nombrado.

La **defensa** técnica de Carlos Exequiel **Senatore**, promueve recurso de casación contra la resolución mencionada. fecha 16 de marzo de 2.022, que

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La SCJM resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto.

Resolución cuestionada: Auto dictado para fecha 16-03-22, pronunciada por el TPC N° 2-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- «Jofré Montenegro»
- «Colaiacovo»
- Prieto Franco
- Ver «Flores González», «Ferreyra Ordoñez» y «Biasiori»
- Ver «Chacón Arroyo», «Reale Comba», «Gutiérrez Fernández», «Medina», «Arzuza».

b-Cámara Federal de Casación Penal.

Fallos: «Cirigliano», «Martínez Escobar», «Arenas Verónica», «Fernández Ana», y la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 307:359; 310:1835, entre otros.)

c-CSJN.

Casal

SCJM. Dres.: **Palermo.** Adaro. Valerio.

Fallo:

CUIJ: 13-06854603-0/1((018602-44534)) APELACION EN AUTOS N° 44534/21 FC/ MERCADO CARRIZO MATÍAS JAVIER, CARRIZO MIRANDA LUCAS SEBASTIAN, LUCERO JOSÉ ALBERTO, SENATORE JOSÉ MARTIN, LUNA SANATORE CARLOS EZEQUIEL P/ ROBO CALIFICADO P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106104824*

En Mendoza, a los veintiocho días del mes de diciembre del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-06854603-0 caratulada "F. C/MERCADO CARRIZO Y OTS. /CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO, segundo DR. MARIO D. ADARO, y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO.

La defensa técnica de Carlos Exequiel Senatore, promueve recurso de casación contra la resolución de fecha 16 de marzo de 2.022, que declaró mal concedido el recurso de apelación formulado contra la resolución del Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial en la que se dictó la prisión preventiva del nombrado.

El pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado n° 2 en sala unipersonal de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO:

I.- La sentencia recurrida

En lo que aquí interesa, debe señalarse que en la resolución puesta en crisis, se dispuso declarar mal concedido el recurso de apelación interpuesto por la defensa de Carlos Exequiel Senatore. Ello, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 455, 461, 462, 467 y conc. del CPP.

Para así decidir el juez de la instancia previa tomó en consideración el recurso de apelación planteado por la defensa técnica de Carlos Exequiel Senatore y la concesión del remedio promovido por parte de la jueza penal colegiada.

II.- El recurso de casación de la defensa

La defensa técnica de Senatore promueve recurso casatorio a tenor del art. 474 inc. 1 y 2 del CPP.

Considera que la ausencia de fundamento de la resolución atacada conduce a una arbitraria decisión del tribunal.

Asimismo, afirma que se ha aplicado erróneamente la ley sustantiva al apartarse la resolución del debido proceso en un sistema acusatorio.

Afirma que la impugnación que presenta es procedente por cuanto la resolución que cuestiona es **equiparable a sentencia definitiva** y, además, reviste **gravedad institucional** en tanto el criterio adoptado compromete la administración de justicia al afectar la forma de aplicación de la ley procesal penal y resultar contraria a los principios fundamentales generando una injustificada dilación en el trámite de la causa.

Refiere que la resolución del Tribunal Penal Colegiado con la que discrepa se funda en afirmaciones dogmáticas, imprecisiones doctrinarias y jurisprudenciales, por lo que se advierte en ella un déficit de fundamentación que torna a ésta sólo aparente.

Expresa que el Tribunal Penal Colegiado exigió formalidades más allá de las que exige la ley procesal y, como consecuencia, su asistido continuará privado de libertad por la participación en un hecho en el que no intervino sin que pueda ejercer el derecho a la doble instancia para que su privación de libertad sea revisada.

Señala que la resolución que recurrió en apelación resulta una de las expresamente declaradas impugnables por esa vía, y quien recurre resulta el imputado asistido por su defensora. Invoca las previsiones del **art. 2.3.a del PIDCyP que garantizan el derecho a un recurso efectivo y el art. 14.5 del mismo instrumento que garantiza la doble instancia en materia penal, como también el art. 25 de la CADH. Cita el fallo de la CSJN “Casal”.**

Afirma que el Tribunal Penal Colegiado expresó su rechazo al considerar que la vía recursiva no cumplía con los requisitos formales que exige el **art. 467 de la ley adjetiva**, razón por la que se imponía su desestimación por mencionarse de manera genérica los agravios.

Considera que la invocación del art. 467 no es correcta puesto que la exigencia del mismo es en razón de las condiciones establecidas por el art. 455 del mismo cuerpo legal.

Agrega que a su criterio los requisitos exigidos fueron cumplidos por su parte.

Expresa que el juez citó doctrina que se refiere al **art. 455 del CPP de Córdoba que** no encuentra identificación ni aplicación en la norma local, al menos en la norma indicada luego de la reforma de la ley 8934. Agrega que se cita jurisprudencia sin indicar la causa o expediente en que se dictó la resolución a la que refiere. Señala que con lo resuelto se privó al imputado y su defensa de argumentar en forma oral los puntos de la decisión impugnados.

En este sentido, señala que en un sistema procesal basado en la oralidad no es posible exigir en forma escrita el desarrollo de los puntos de agravio ya que se violentaría el principio de igualdad de armas al permitir que el Estado llegue a una audiencia oral sabiendo de antemano los argumentos de la defensa; afectándose también el principio de inmediación y los principios que rigen el sistema acusatorio. Manifiesta que con lo resuelto también se ha vulnerado el derecho al acceso a la justicia, la tutela judicial efectiva y el debido proceso legal pues impide analizar la lesión constitucional que ha denunciado en las actuaciones desde la intervención del Juzgado Penal Colegiado.

Explica que en el caso la OGAP fijó audiencia para el 24 de febrero de 2.022 y ésta nunca se realizó contrariando el art. 362 del CPP que es muy claro y no da lugar a otra interpretación cuando dispone que, una vez fijada la audiencia, ésta «debe iniciarse». De tal manera la no aplicación de la ley 8869 modificada por la ley 9040 vacía de contenido a un aspecto fundamental de la reforma procesal penal, la oralización del trámite vinculado con el régimen de prisión preventiva, lo que redundaría en mayor rapidez, entre otros beneficios procesales.

Sostiene que la cuestión traída a discusión adquiere gravedad institucional ya que la evitación del control de la prisión preventiva aparece como inadecuada y por ello incompatible con las obligaciones asumidas en el plano internacional por el Estado argentino generando responsabilidad internacional. Así, considera que se alteró el sistema procesal sin razón que la justifique, más que la desidia en el tratamiento de una apelación por privación de libertad.

En definitiva, al considerar que, con afirmaciones dogmáticas e imprecisiones doctrinarias y jurisprudenciales, se han interpretado erróneamente normas locales al exigirse más formalidades que las

exigidas por la ley procesal y no dar tratamiento a una apelación en forma oral, –además de resolverse en forma extemporánea al plazo establecido en la norma ritual pues el recurso de apelación se presentó el 30 de noviembre de 2021 y recién la audiencia se fijó para el 24 de febrero de 2022–, solicita se revoque la resolución recurrida y se subsanen las omisiones que afectan el derecho a la libertad de su defendido. Añade que solicita que lo planteado sea puesto en conocimiento de la Sala Administrativa de la Suprema Corte de Justicia para que en su función de superintendencia adopte las medidas que estime necesario en caso de corresponder.

Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General se expide a fs. 5/7. Luego de examinar los agravios promovidos refiere que el recurso es formalmente improcedente.

Señala que en orden al principio de taxatividad legal del art. 475 del CPP, la resolución no es de aquellas que habilitan la interposición del recurso de casación. Agrega que la resolución impugnada no genera un gravamen irreparable que la haga equiparable a sentencia definitiva puesto que el imputado se encuentra en la misma situación procesal en que se encontraba antes de presentar la incidencia.

Así por los efectos que produce la resolución no amenaza ciertamente con afectar de manera insuperable o insalvable los derechos del encartado, de manera tal que no aparece –a su criterio– la excepción al principio de taxatividad legal mencionado.

Agrega que también corresponde el rechazo formal ya que la defensa no ha señalado errores en los argumentos desarrollados por el juez en la apelación, siendo esa resolución la que se impugna, sino que ataca los argumentos sostenidos por la jueza del Juzgado penal Colegiado al dictar la prisión preventiva que pretende revocar.

Ahora bien, para el caso en que se estime que corresponde tratar el fondo de la cuestión considera que los argumentos esgrimidos por el Juez del Tribunal Penal Colegiado son ajustados a la causa y el derecho, por lo que para resolver declarar mal concedido el recurso realizó una minuciosa descripción de los párrafos que la defensa plasmó en su escrito y aquellos aparecían sin concreción de los puntos de agravios sino como afirmaciones genéricas.

Agrega que en la resolución cuestionada se cita doctrina y jurisprudencia que avala lo resuelto y en virtud de la cual se señala la necesidad de referir los puntos impugnados de manera específica y no basta con mencionar el desacuerdo genérico con la resolución.

Añade que de la atenta escucha de la audiencia en la que se dicta la prisión preventiva del encartado es posible determinar que la jueza trató todos los puntos relacionados con la nulidad del reconocimiento en rueda de personas y los elementos de convicción que existían en la causa y determinaban el dictado de la prisión preventiva.

Señala que se explicó cómo fue que se determinó la participación del encartado en el hecho. Menciona que se valoraron pruebas de cargo y de descargo, de manera tal que se demostró la participación del imputado en los hechos denunciados y la necesidad de que permaneciera detenido para poder descubrir la verdad de los hechos.

En síntesis, y por las razones expuestas, considera que corresponde el rechazo formal del recurso de casación planteado por la defensa del acusado.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante

Puesto a resolver el recurso de casación promovido considero que, por los motivos que a continuación se exponen, debe ser acogido. Paso a explicarlo.

De forma preliminar corresponde señalar que el recurso interpuesto, resulta formalmente admisible. En ese sentido advierto que ha sido interpuesto respetando los requerimientos procesales de tiempo y forma y, por quien resulta legitimado.

Respecto a la impugnabilidad objetiva de la resolución cuestionada, debo señalar que si bien la resolución recurrida no se trata de una sentencia definitiva, ni de una de las resoluciones legalmente equiparadas a ella por el art. 475 del CPP –es decir, un auto que ponga fin a la acción o la pena, o haga imposible su continuación, extinción, conmutación o suspensión–, lo cierto es que debe ser equiparada a tales por cuanto la decisión en cuestión es susceptible de causar un perjuicio de imposible reparación ulterior, toda vez que recae sobre la desestimación de un recurso de apelación vinculado a la prisión preventiva dispuesta respecto del acusado.

Así lo ha sostenido con anterioridad esta **Suprema Corte de Justicia en «Jofré Montenegro», la Cámara Federal de Casación Penal en diversos fallos «Cirigliano», «Martínez Escobar», «Arenas Verónica», «Fernández Ana», y la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 307:359; 310:1835, entre otros).** Dicho esto, resulta preciso señalar que en la presente causa se investiga el hecho ocurrido en fecha 7 de mayo de 2021, aproximadamente a las 21.00 hs. en el interior del Barrio Pueyrredón –calle Pueyrredón 760 de Luján de Cuyo, Mendoza– ocasión en que José Alberto Lucero, José Martín Senatore, Lucas Sebastián Carrizo, Carlos Ezequiel Senatore, Matías Javier Mercado Carrizo y un sexto sujeto no habido ni identificado a la fecha arribaron en un vehículo marca Suzuki modelo Fun color gris dominio GKY-366 conducido por José Alberto Lucero.

Cinco de los nombrados ingresaron a la vivienda previo escalar una medianera de tres metros de altura, dos de los agresores munidos de armas de fuego, dos con cuchillo y uno con un destornillador largo con su punta limada.

En el interior de la vivienda golpearon a Gastón Balter, abordaron al resto de las víctimas, les informaron que tenían conocimiento sobre la existencia de dinero en la vivienda, golpearon a otra de las víctimas – Carlos Balter–.

Luego de revisar la vivienda hallaron dinero del que se apoderaron, como también de distintos objetos como calzado, ropa deportiva, alhajas y demás objetos personales de los integrantes de la familia que en el lugar habita. De las constancias remitidas emerge que en fecha 25 de noviembre de 2011, la jueza del Primer Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial, resolvió, en lo que aquí concierne: a) **no hacer lugar al pedido de nulidad del acta de reconocimiento** practicado por la víctima de autos Gastón Carlos Balter incoado por la defensa; b) disponer la prisión preventiva de Carlos Ezequiel Senatore en las presentes actuaciones N° P-44534/21.

Contra esa decisión la defensa interpuso recurso de apelación y el juez del Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial, en fecha 24 de febrero de 2022, declaró mal concedida aquella impugnación.

Para fundar su resolución el magistrado señaló que advertía que el recurso de apelación de la defensa que **no cumplía con los requisitos formales que exige el art. 467 de la ley adjetiva**, razón por la que se imponía su desestimación.

Ello, por cuanto la presentación de la defensa mencionaba las deficiencias de la decisión recurrida «sin que ello resulte suficiente para poder habilitar la vía recursiva».

Esto, por cuanto que no basta con mencionar en forma genérica que la decisión de la jueza de garantías atenta derechos convencionales y constitucionales, pues tal mención genérica y abstracta, sin señalar en el caso concreto por qué motivo «las consideraciones efectuadas por el a quo a las que hace referencia, implican un ejercicio arbitrario de la función jurisdiccional», resulta estéril para habilitar la intervención de la alzada.

En este sentido, consideró que el recurso debía señalar los puntos de la decisión que fueren impugnados a fin de evitar apelaciones genéricas o impulsivas, constituyendo a su vez «un límite a la competencia funcional del tribunal de Alzada, que sólo tiene injerencia sobre los aspectos de la decisión a que se refieren aquellos **agravios**».

Así, estimó que la defensa no había explicado por qué razón el decisorio puesto en crisis sería arbitrario, ni tampoco precisó de qué pruebas se habría apartado o habrían sido erróneamente analizadas la jueza de la primera instancia. De tal manera, ese tribunal en función de apelación no podía conocer los puntos específicos sobre los que debía versar la queja.

Asimismo, tampoco era posible conocer a qué normas del catálogo del derecho local, nacional, constitucional y convencional se refiere la defensa al afirmar que le causa gravamen. Señaló también, que la decisión cuestionada en apelación había resuelto un planteo de nulidad y ello no era susceptible de recurrirse por la vía intentada sin que se haya argumentado que se ha causado un gravamen de imposible reparación ulterior.

Reseñadas entonces las constancias de la causa, la decisión recurrida y los agravios de la defensa en esa instancia, considero que no asiste razón al juez de la instancia previa respecto a los motivos por los que consideró que correspondía declarar mal concedido el recurso de apelación interpuesto.

Esto por cuanto estimo que esa impugnación cumplía con los **requisitos de admisibilidad** previstos por la normativa procesal vigente, en tanto aparecían indicados los puntos de la decisión que se recurrían con el grado de especificidad que señala el art. 455 del CPP. Veamos.

Al momento de interponer el recurso de apelación la defensa señaló que la resolución del Juzgado Penal Colegiado cuestionada **padecía de arbitrariedad y déficit de fundamentación** por «apartamiento de las pruebas aportadas en la audiencia y del expediente que evidentemente por sus expresiones compulsó previo a resolver».

En este orden consideró que «el Juzgado Penal Colegiado no dio tratamiento suficiente a las cuestiones involucradas en el caso, puesto que no atendió los argumentos brindados por esta parte, efectuó un errado análisis de las pruebas y, no dio razones de las cuestiones de fondo planteadas».

Agregó que en la resolución que por apelación se criticaba se habían realizado valoraciones que no correspondían a medida cautelar sino a una sentencia, beneficiándose la hipótesis acusatoria. Además, cuestionó que no explicara el motivo por el cual descartaba o no mencionaba prueba aportada por la defensa y señalada en la audiencia.

También destacó en el recurso circunstancias de los antecedentes del Registro Nacional de Reincidencia que no se condecían con lo que constaba en la causa.

Como se advierte, de lo expresado por la defensa técnica, se desprende claramente cuál era el objeto de la impugnación en tanto aparecen expresados los puntos cuestionados de la decisión que impugnaba.

Dicho de otro modo, la defensa formuló planteos concretos que podían y debían ser tratados en la etapa recursiva intentada y, en ocasión de llevarse la audiencia oral fijada. E

n este sentido debe tenerse en cuenta, en relación con los requisitos de interposición exigidos normativamente al recurso de apelación que éste debe formularse, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 467 del CPP «en las condiciones establecidas en el Art. 455».

Esta disposición legal a la que se remite aquella norma establece, en lo que aquí interesa, que los recursos deben interponerse «con específica indicación de los puntos de la decisión en que se funda».

La especificidad a la que hace referencia la norma no importa el agotamiento de las razones o fundamentos, pues ello sería propio de un sistema escrito, sino sólo la indicación los aspectos que se cuestionan de la resolución sobre los cuales se explayará al momento de la fundamentación. E

n definitiva, los cuestionamientos formulados por la defensa al momento de interponer el recurso de apelación contra la decisión del Juzgado Penal Colegiado resultan la indicación clara y precisa de puntos de la resolución controvertida que a su defendido le causaban agravios y cuya fundamentación debió ser expuesta en ocasión de llevarse a cabo la audiencia prevista por los arts. 468 y 472 del CPP.

Por ello, y oído el Ministerio Público Fiscal, entiendo que debe darse respuesta afirmativa a la primera cuestión planteada, ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto Dr. Valerio. Adhiere. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. JOSÉ V. VALERIO, POR SU VOTO, DIJO: Analizada la presente causa concuerdo con el criterio expuesto por el voto preopinante en cuanto a que corresponde acoger el recurso casatorio promovido, anular la resolución criticada y remitir la causa a origen a fin de que se trámite sobre el recurso de apelación promovido.

El núcleo central de la crítica de la defensa radica en que la desestimación formal por parte del juez del Tribunal Penal Colegiado N° 2 del recurso de apelación interpuesto por esa parte.

Conforme explicaré, lo resuelto por el tribunal de la instancia previa no responde al sentido de un sistema acusatorio adversarial.

En este sentido, las normas en juego deben ser consideradas de una manera sistemática y armónica con el conjunto del ordenamiento (como sistema procesal) vigente y dentro del marco de la política procesal judicial determinada por la Legislatura de Mendoza.

Al respecto, he tenido ocasión de pronunciarme con anterioridad al presente caso, donde he sostenido que en nuestra Provincia «está definida como política procesal el sistema acusatorio adversarial, que es la única forma procesal compatible con el enjuiciamiento mediante juicio por jurados previsto en el Código Fundamental de la República, dentro del cual se debe enmarcar la política criminal a seguir [...]» (ver, al respecto, mi voto en «Prieto Franco»).

En consecuencia, el mandato constitucional procesal de enjuiciamiento es el modelo acusatorio adversarial, siendo injertos los demás.

En la **evolución gradual del sistema normativo procesal**, tenemos al antiguo Código de Procedimientos en materia Criminal de Mendoza, que se enmarcó dentro de un sistema de características inquisitivas, le sucedió la ley 1.908, que estableció un sistema mixto, con tintes inquisitivos. Con este código se «inicia una política procesal judicial que resulta ser el germen de la transformación a un sistema de enjuiciamiento acusatorio adversarial como el que estamos transitando.

Si bien aparece como una forma mitigada del modelo inquisitivo, o como suele denominarse mixto, que por un lado, dispone que la investigación preparatoria sigue siendo escrita, mediante la instrucción formal

y a cargo del Juez de Instrucción, pero **instituye la oralidad** frente a la escrituralidad, al dar paso al juicio oral, en un debate oral» (ver, al respecto, mi voto en «Colaiacovo»).

Luego de casi medio siglo de vigencia de aquel código, se sancionó la ley 6.730, que instauró un sistema acusatorio formal con características de primera generación.

Este código «representó un avance al establecer la investigación penal preparatoria en manos del Ministerio Público Fiscal y habilitar los criterios de oportunidad y la necesidad del pedido del Fiscal para disponer la prisión preventiva, aunque mantuvo la escrituralidad, el expediente, la fragmentación material y el formalismo del Ministerio Público, la prisión preventiva inaudita parte, la discrepancia entre el Fiscal y el Juez, que resolvía el Fiscal de Cámara [...]» (ver, al respecto, mi voto en «Colaiacovo»).

A ello, debe agregarse que también resultó un resabio inquisitivo el art. 413 del CPP, aún vigente, aunque con un alcance limitado, según he tenido ocasión de referir en el precedente «Torres Surget». A ello le siguió la **ley 7.692** que instauró el procedimiento de flagrancia, que vino a acentuar la oralidad, celeridad y eficiencia del proceso en aquellos casos.

Más recientemente en esta evolución nos encontramos con la **ley 8.869** con la cual comenzó un proceso legislativo gradual de oralización del procedimiento penal, acentuado luego, y principalmente, con las **leyes 8.896 y 8.929**, comenzándose con el sistema acusatorio oralizado con características de segunda generación.

En efecto, la ley 8.869, que reguló la prisión preventiva, retomó aquella política judicial procesal (proporcionalidad/acusatorio/oralidad) incorporada al Código Procesal Penal ley 6.730—Código Procesal Penal ley 1.908 y la profundizó a todo el sistema procesal y como acusatorio-adversarial.

Así, se estableció que con el pedido del fiscal se debe disponer audiencia oral con intervención del imputado, su defensor y citación a la víctima; y el «juez deberá resolver en forma oral e inmediatamente» y se debe escrituralizar la parte esencial del auto de prisión preventiva; y el mismo procedimiento «deberá implementarse bajo pena de nulidad en los casos de control jurisdiccional (art. 345), apelación, y cese o prórroga de la prisión preventiva (art. 295)» (art. 294 ley 6730/8869).

Posteriormente, con la ley 8.896 se extendió la política judicial procesal oralidad/proporcionalidad/acusatorio a «todo criterio de oportunidad, oposición, prórroga de la investigación, juicio abreviado, cuestiones incidentales y cualquier otro trámite que no tenga previsto un procedimiento especial que se resolverá por el Juez en una audiencia oral y continua, donde no se permiten la lectura de memoriales y luego de oídas las partes e interesados, decidirá la cuestión en forma inmediata y en forma oral, de conformidad con el artículo 155» (**art. 362 CPP Ley 6730/8896**).

Mientras que en el art. 155 CPP Ley 6730/8896 se dispone «en las resoluciones adoptadas durante las audiencias orales los fundamentos constarán en el registro de audio, incorporándose a las actuaciones y, en su caso, al protocolo, salvo disposición expresa en contrario» (ver, al respecto, mi voto en «Colaiacovo»).

En este sentido, debe señalarse que la oralidad se sustenta en los principios de intermediación, inmediatez, concentración, continuidad (evitando suspensiones innecesarias o superfluas), no sólo con relación a las partes con el juez, sino fundamentalmente del juez y las partes frente a la sociedad. El eje central está colocado en la audiencia y la eficiencia del sistema y no en el expediente escrito.

De tal manera, puede advertirse el inicio de la política legislativa de instaurar un sistema acusatorio de segunda generación y el firme avance hacia un sistema acusatorio adversarial. Las ventajas de la oralidad como principal nota del sistema acusatorio han sido reseñadas por Alfredo Vélez Mariconde, quien ha expresado que «[...] el procedimiento oral reinó en toda la antigüedad [...] y sólo murió cuando se implantó

el sistema inquisitivo, por la fuerza de una concepción que percibió en el procedimiento escrito la forma de imponer el secreto y desprestigiar la defensa del imputado» (**VELEZ MARICONDE, Alfredo; “Derecho Procesal Penal”, Tomo I; Editorial Lerner, Buenos Aires; 1969; p. 417).**

En este orden, «[e]l procedimiento oral es infinitamente superior al escrito porque asegura en máximo grado de inmediación, es decir, un contacto directo y simultáneo de los sujetos procesales con los medios de prueba en que deben basarse la discusión plena de las partes y la decisión definitiva del juzgador» (VELEZ MARICONDE, Alfredo; ob. cit.; p. 419; el destacado me pertenece).

Ahora bien, «[m]ientras la inmediación es un principio lógico que debe privar siempre que sea posible, la oralidad es la forma o el procedimiento de investigación que permite realizar mejor la inmediación, porque “la palabra hablada es la manifestación natural y originaria del pensamiento humano”, así como la forma escrita es una “especie de expresión inoriginal” o mediata del mismo, tanto que cuando la segunda es admitida, el acta se interpone, por así decirlo, entre el elemento de prueba (p. ej.; testimonio) y el Juez (de sentencia) que debe valorarlo» (**VELEZ MARICONDE, Alfredo; ob. cit.; p. 419).**

De tal manera, «[...] el tipo escrito hace factible la delegación de funciones que está en pugna con nuestro sistema de gobierno» (VELEZ MARICONDE, Alfredo; ob. cit; p. 428).

Así las cosas, la experiencia práctica nos lleva a «una ley de hierro: a más escrituralidad, más concentración formal en los jueces y desconfianza a la intervención de las partes, pero con mayor delegación horizontal (en otros jueces) y vertical (en funcionarios u/o empleados) y menos inmediación. Para decirlo en otras palabras, una justicia sin rostro humano, burocratizada, impersonal, formal, delegada, lenta, pero eso sí, ¡¡¡escrita!!!» (ver, al respecto mi voto en el **precedente «Colaiacovo»**).

En este proceso debe sumarse la esencial sanción de la ley 9.040. Este cuerpo normativo resulta de notable importancia en tanto creó los juzgados y tribunales penales colegiados, modificando estructuras, deslindó las funciones jurisdiccionales de las administrativas e introdujo modificaciones de relevancia en el proceso, tal como la audiencia preliminar prevista en los arts. 364 y ss. del CPP, con algunas notas de adversariedad, como la capacidad para instar criterios de oportunidad (art. 364 del CPP), acuerdos probatorios (art. 367 del CPP), responsabilidad de los fiscales sólo de la iniciativa probatoria de la imputación (art. 367 del CPP), etc.

Finalmente, la ley **9.106 –luego modificada por la ley 9.387–** de juicio por jurados en la provincia de Mendoza viene a consagrar esta evolución de la política procesal al establecer aquel sistema de enjuiciamiento, donde se reúnen todas las características del sistema acusatorio adversarial.

En efecto, con aquella ley se concretó «[...] la estructura de enjuiciamiento (investigación y juicio) de cinco categorías que responden a la **REGLA DE LA PROPORCIONALIDAD DE LA ENERGÍA O ESFUERZO JURISDICCIONAL QUE DEBE ESTAR DE ACUERDO Y EN RELACIÓN A LA GRAVEDAD DE LA INFRACCIÓN Y LA DIFICULTAD DE LA INVESTIGACIÓN Y NECESIDAD ACTUACIÓN DE LOS OPERADORES DEL SERVICIO DE JUSTICIA.**

Entonces tenemos que: en primer lugar la máxima expresión de garantía y plena realización del enjuiciamiento público y juzgado por sus pares, el juicio por jurados, con una investigación penal preparatoria; en segundo lugar, el juicio común (en colegio de tres jueces o unipersonal) con una investigación penal preparatoria; en tercer lugar el procedimiento correccional con una previa información sumaria; en cuarto lugar el procedimiento de flagrancia con una previa y simple formación de actuaciones; y en quinto lugar el juicio abreviado (inicial o final o dentro del marco de la investigación o de cualquier de las formas de las otras formas de enjuiciamiento) cuando exista acuerdo del imputado y su defensor con el fiscal» (ver, al respecto, mi voto en «Colaiacovo»).

En definitiva, todo el recorrido legislativo referido da cuenta de una clara política procesal en materia penal encaminada hacia la instauración de un sistema acusatorio adversarial.

De tal manera, la adopción por el legislador local de un modelo de enjuiciamiento penal como el referido, trae por consecuencia que la contienda judicial se enmarque dentro de un complejo sistema de confrontación que se suscita, en principio, entre dos sujetos procesales naturalmente desiguales y jurídicamente igualados, frente a un juez que no debe estar colocado en la posición de parte (imparcialidad) ya que nadie puede ser acusador y juez al mismo tiempo; debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio (imparcialidad); debe poder actuar sin subordinación jerárquica dentro del Poder Judicial y/o frente a los otros poderes (independencia) (ver, al respecto y en lo pertinente, **el precedente «Flores González» y, también, «Ferreya Ordoñez» y «Biasiori»**).

Asimismo, las normas deben ser interpretadas con conocimiento y siguiendo la evolución de dicha política normativa. En el caso analizado, el tribunal de la instancia anterior consideró que «estas afirmaciones genéricas sin indicación precisa de cuáles son las cuestiones de hecho y de derecho que han sido erróneamente aplicadas por el a quo que le generan un gravamen de imposible reparación, de manera alguna puede constituir el fundamento en que pretende sostener la queja.

En otros términos, el recurrente no ha indicado por qué motivo entiende que las consideraciones efectuadas por el a quo a las que hace referencia, implican un ejercicio arbitrario de la función jurisdiccional». Asimismo, que «[p]or su parte, y como es sabido, el recurso debe señalar ineludiblemente los puntos de la decisión que fueren impugnados, a fin de evitar apelaciones genéricas o impulsivas». Como adelanté, no comparto esta apreciación.

En efecto, el art. 467 del CPP dispone, es su primera parte, que el recurso de apelación «[...] deberá interponerse por escrito o diligencia dentro del término de tres días y ante el mismo Juzgado que dictó la resolución y en las condiciones establecidas en el Artículo 455 [...]».

Por su parte, esta última norma establece que «[l]os recursos deberán interponerse, bajo pena de inadmisibilidad, en las condiciones de tiempo y forma que se determinan, con específica indicación de los puntos de la decisión que fueren impugnados».

La última parte de esta norma merece algunas consideraciones.

En primer lugar, aquella indicación de los puntos de la decisión que fueren impugnados sólo es necesaria cuando la resolución recurrida se expidiera sobre más de una cuestión. De allí la referencia a «puntos». De tal manera, el sentido común indica que si la resolución sólo se expide sobre una cuestión –un punto– ni siquiera es necesaria esa referencia.

Además, exigir una fundamentación exhaustiva en el apelante al momento de la interposición del recurso implicaría consolidar, indebidamente, la escrituralidad por sobre la oralidad. En este sentido ya se expidió un sector importante de la doctrina al expresar, con referencia al Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba –adscripto a un sistema acusatorio de primera generación–, pero con consideraciones aplicables al nuestro, que la exigencia legal «[...] no pretende que el recurrente desarrolle los fundamentos, es decir que formule el razonamiento lógico-jurídico justificante de su petición. La ley no exige tanto.

Cuando ha querido hacerlo, la imposición ha sido expresa. Piénsese, por ejemplo, en los recursos de reposición y casación, para cuya procedencia se exige que en el acto de interposición se indiquen, además de los puntos o motivos, los fundamentos» (**AYÁN, Manuel y otros, Medios de impugnación en el proceso penal, Ed. Alveroni, Córdoba, 2007, p. 66**).

De tal manera, la fundamentación del recurso es una exigencia que debe materializarse al momento de la audiencia oral respectiva.

Al respecto, debe tenerse en cuenta la intención del legislador establecida en el art. 85 de la ley 9.040 de privilegiar la oralidad por sobre la escritura, en tanto dispone que todas las normas de la ley de forma deben interpretarse asegurando la metodología de la audiencia oral, la registración en soporte digital, las notificaciones electrónicas, por sobre el procedimiento escrito y los expedientes.

Pues, como es sabido, «el **expediente –método por excelencia de la cultura inquisitiva–**, en una situación perfectamente conocida por todos los operadores del sistema de justicia, siempre tuvo y promovió la desconfianza a la oralidad y al sistema acusatorio» (ver, al respecto, mi voto en «**Colaiacono**»).

Esta interpretación a favor de la oralidad, y luego de la adversariedad, ha sido seguida por este Tribunal cuando al momento de hacer lugar a un recurso de casación, ha casado la sentencia impugnada y remitido la causa al tribunal de la instancia anterior para la determinación de la pena, con aplicación del art. 38, inc. b de la ley 9.106 (ver, al respecto, «**Chacón Arroyo**», «**Reale Comba**», «**Gutiérrez Fernández**», «**Medina**», «**Arzuza**»).

En segundo lugar, debe decirse que la indicación de los puntos de la decisión que se recurre en apelación tiene por principal efecto circunscribir la competencia del tribunal en función de apelación (art. 462 del CPP) y hacer conocer a las partes sobre qué cuestiones versará la audiencia respectiva.

Esto último se deriva del principio de buena fe que preside el sistema acusatorio de carácter adversarial y busca evitar que una parte sorprenda a la otra en la audiencia, en tanto ella implica una debida preparación previa de las partes, evitando demoras o suspensiones –en cumplimiento de los principios de eficiencia y celeridad–.

Por ello, se equivoca la defensa cuando sostiene en esta instancia que « en un sistema procesal basado en la oralidad, no puede exigir en forma escrita el desarrollo de los puntos de agravio, ya que de esta manera se está violentando el principio de igualdad de armas al permitir que el Estado, a través de sus representantes judiciales, con todos los medios que tiene a su disposición llegue a una audiencia oral sabiendo de antemano los argumentos de la defensa, afectando de esta manera también el principio de inmediación».

En tercer lugar, refuerza la argumentación sostenida la circunstancia según la cual el recurso de apelación puede interponerse por diligencia, la que materializa la voluntad de recurrir y que en el viejo sistema escrito se realizaba en el momento de la notificación que se hacía personalmente en las secretarías de los tribunales.

En el actual sistema, ella puede realizarse de manera oral en la misma audiencia donde se resuelve sobre una determinada cuestión, e inmediatamente de hacerse, con la indicación de los puntos de la decisión que se impugnan.

De tal manera, esa forma de interposición también queda video-registrada, debiendo el juez resolver en el acto. Conforme lo expuesto, indicados los puntos de la decisión impugnados (art. 455 del CPP) por el apelante, y admitida la apelación, debe la OGAP en los plazos indicados normativamente fijar audiencia oral para que se sustancie el recurso de apelación interpuesto para decidir las cuestiones que lo sustentan, sin dilaciones, demoras o suspensiones indebidas.

De acuerdo surge de las constancias de la causa, la defensa cumplió con las previsiones del art. 455 del CPP, al que se remite el art. 467 del CPP.

Ello, en tanto al momento de interponer el recurso de apelación contra la resolución del Juzgado Penal Colegiado indicó los puntos de la decisión cuestionada.

De tal manera, considero que correspondía, por aplicación de los arts. 362 y 472 del CPP realizarse la audiencia dando tratamiento a las cuestiones planteadas, y sin que en esa audiencia se admita la incorporación de memoriales o escritos (art. 472 del CPP).

Por lo expuesto, conforme los lineamientos señalados sin que lo aquí resuelto implique expedirse sobre el fondo de la cuestión, considero que debe responderse de manera afirmativa la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR PALERMO DIJO: Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso formulado, anular la resolución impugnada y remitir las actuaciones al Tribunal Penal Colegiado Nº 2 a fin de que, a través de la OGAP, se arbitren los medios para se brinde tratamiento al recurso de apelación oportunamente interpuesto. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas por su orden y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar al recurso formulado, anular la resolución impugnada y remitir las actuaciones al Tribunal Penal Colegiado Nº 2 a fin de que, a través de la OGAP, se arbitren los medios para se brinde tratamiento al recurso de apelación oportunamente interpuesto.
- 2.- Imponer las costas por su orden y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

Capítulo VIII.

Delitos contra la propiedad.

Extorsión. Estafas y Defraudaciones. Usurpación. Daños.

CAPÍTULO VIII. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD. Extorsión. Estafa. Usurpación. Daño.

1- LOBOS GRAS LUIS y ot.. 25-02-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	-	-	-	PCE IE	-	-	A- P1°	-	-	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=758>

Lex: Art. 174 inc. 5 en función con el art. 173 inc. 7 del CP.

Vox: Defraudación en perjuicio de la administración pública en la modalidad de administración infiel. Autor. Partícipe primario. «principio de confianza»-.

Summa:

El TPC N° 2 condenó a

- LOBOS a la pena **de cuatro años y seis meses de prisión** e inhabilitación especial perpetua para ejercer cargos públicos como autor penalmente responsable del delito de defraudación en perjuicio de la administración pública en la modalidad de administración infiel (art. 174 inc. 5 en función con el art. 173 inc. 7 del CP.)
- SGRO a la pena **tres años y cuatro meses de prisión** e inhabilitación especial perpetua para ejercer cargos públicos como partícipe primaria del delito de defraudación en perjuicio de la administración pública en la modalidad de administración infiel (art. 174 inc. 5 en función con el art. 173 inc. 7 del CP.)

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP). Los defensores sostienen que no existe ninguna prueba que incrimine a Luis Alberto Lobos Gras y a Claudia Verónica Sgró.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 550, pronunciada por el TPC N° 2-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

I-Determinación de la pena. Intensidad de las circunstancias previstas en el tipo.

- «Zapata Ojeda»
- «Luna Cisterna»,
- «Córdoba, Jorge Antonio».

Doctrina citada.

Ziffer, Patricia, Lineamientos de la determinación de la pena, 2ª ed., Buenos Aires, 2005, p. 116; D'Alessio, Andrés J. (Director) - Divito, Mauro (Coordinador), Código Penal Comentado y Anotado, 1ª ed., Buenos Aires, 2005, t. 1, p. 423.

SCJM. Dres.: **Valerio.** Palermo. Adaro.

Fallo.

CUIJ: 13-04811983-7/1((018602-5041)) F.Y QUERELLANTE PARTICULAR C/ LOBOS GRAS LUIS, SGRO CLAUDIA, FERNANDEZ MARIA P/ DEFRAUDACION EN PERJUICIO DE LA AMINISTRACION PUBLICA... (5041) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104892353*

En Mendoza, a los veinticinco días del mes de febrero del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04811983-7/1, caratulada “F. Y Q.P C/ LOBOS GRAS LUIS, SRGÓ CLAUDIA, FERNANDEZ MARÍA P/ DEFRAUDACIÓN EN PERJUICIO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO, y tercero DR. MARIO D. ADARO.

La defensa de Luis Alberto Lobos Gras y de Claudia Verónica Sgró interpone recurso de casación (fs. 1740/1752 vta.) contra la sentencia N° 550 (fs. 1723/1724) y sus fundamentos (fs. 1725/1734 vta.), mediante la cual se condenó al primero a la pena de cuatro años y seis meses de prisión e inhabilitación especial perpetua para ejercer cargos públicos como autor penalmente responsable del delito de defraudación en perjuicio de la administración pública en la modalidad de administración infiel (art. 174 inc. 5 en función con el art. 173 inc. 7 del CP.) y a la segunda a la pena tres años y cuatro meses de prisión e inhabilitación especial perpetua para ejercer cargos públicos como partícipe primaria del delito de defraudación en perjuicio de la administración pública en la modalidad de administración infiel (art. 174 inc. 5 en función con el art. 173 inc. 7 del CP.) en la causa N° P5.041/16.

El pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas. SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- La sentencia recurrida

El sentenciante tuvo por acreditado que los hechos ocurrieron tal como se sostuvo en la hipótesis acusatoria. Así, consideró probado que «[p]ara fecha incierta, pero durante el año 2011, María Elena Fernández junto a su hija Claudia Sgró, incorporaron a Laura Fara, con desconocimiento de ella, como empleada de la Municipalidad de Guaymallén y la primera de las sindicadas cobró personalmente el sueldo de Fara desde el mes de agosto de 2011 hasta el mes de noviembre de 2015. Para ello, María Elena Fernández a través de Claudia Sgró, aprovechando el vínculo que tenía con Luis Lobos, quien era Presidente del Consejo Deliberante de Guaymallén (y desde diciembre de 2013, Intendente), le ofrecieron a Laura Fara, en ese momento empleada doméstica de Fernández, una “ayuda económica” del municipio, indicándole que debía concurrir a firmar unos papeles para su otorgamiento. En agosto de 2011, y en virtud de que Fernández no era empleada ni funcionaria del Municipio, Luis Lobos gestionó que Fara concurreniera al cuarto piso de la Municipalidad y ante funcionarios públicos no identificados suscribiera un libro y un bono de sueldo, luego le indicaron ir al Banco Nación sucursal Guaymallén a cobrar por ventanilla \$ 2.719,50 acreditados en la cuenta N° 6290781964 del Banco Nación sucursal Villa Nueva y realizar el trámite para una tarjeta de débito.

Posteriormente, María Elena Fernández le ordenó que se quedara con pesos quinientos (\$500) y le entregara la diferencia de lo que había recibido y la tarjeta de débito.

Desde ese momento, todos los meses Fernández realizaba distintas extracciones de dinero en cajeros automáticos de la provincia del total del sueldo y le entregaba en su domicilio a Fara un determinado monto mínimo en concepto de “ayuda económica”, convenida, ocultándole que en realidad era formalmente empleada de la Municipalidad de Guaymallén». «Aproximadamente en marzo de 2014, Fernández realizó la misma operatoria descrita pero en esta oportunidad con Pablo Muller, hijo de Fara. Así Fernández le indicó a Muller que se dirigiera al Municipio, firmara los documentos y luego al Banco Nación Guaymallén para extraer su primer sueldo por ventanilla.

De esta primera extracción Fernández le requirió a Muller que se quedase con pesos seiscientos (\$600) y le entregara aproximadamente pesos dos mil setecientos (\$2.700), distintos papeles y su tarjeta de débito, ocultándole también que era empleado de la Municipalidad de Guaymallén. A partir de allí, Fernández extraía la totalidad del “sueldo” de Muller y le entregaba a éste una pequeña parte del dinero». «En ambos casos, esa forma de proceder se mantuvo hasta noviembre de 2015. El 25 de ese mes, María Elena Fernández contactó a Laura Fara y le dijo que ella y su hijo iban a trabajar en la Municipalidad de Guaymallén. En esa oportunidad Fara firmó otros documentos. Al día siguiente le aviso que habían sido contratados por la Municipalidad de Guaymallén en forma permanente, indicándole que la totalidad de sus sueldos los podían cobrar y mantener, pero solo a partir de enero de 2016. Fara accedió a ser empleada de la Municipalidad de Guaymallén, no así su hijo Pablo Muller. En el caso de la cuenta de Fara, Fernández extrajo de cajeros automáticos, la suma de pesos trescientos once mil ochocientos ochenta, con treinta centavos (\$311.880,30). En el caso de Muller, Fernández retiró de los cajeros automáticos un total de pesos ciento treinta mil ochocientos cuarenta y ocho con noventa centavos (\$130.848,90). Finalmente Luis Lobos a cargo de la intendencia de la Municipalidad de Guaymallén, con el objeto de continuar beneficiando a su suegra (madre de su pareja Claudia Sgró) a sabiendas que Laura Fara y Pablo Muller eran empleados de la Municipalidad, pero que no concurrían ni realizaban contraprestaciones en el Municipio y sus sueldos eran percibidos mediante extracciones bancarias por María Elena Fernández, firmó para fecha 19 de mayo de 2015 la Resolución N° 1.127/15, donde se los promocionó y subió de categoría a partir del 1 de junio de 2015, perjudicando de esa forma los intereses confiados».

Para así decidir el sentenciante valoró, entre los elementos más importantes: las declaraciones de los acusados, Luis Lobos y Claudia Sgró; las declaraciones testimoniales de Laura Fara, Pablo Muller, Evelyn Pérez, Claudia Videla, Pablo Raddi, Paula Suarez, Juan Brovarone y Alejandro Moreno; los informes del Banco Nación sobre los movimientos, resúmenes y extracciones de las cajas de ahorro de Fara y Muller; los bonos de sueldos de Fara y Muller; los registros de las filmaciones de las cámaras de seguridad de los cajeros automáticos del Banco Nación; y, el informe realizado por Paula Suarez, Jefa de Personal de la Municipalidad de Guaymallén sobre Laura Fara y Pablo Muller (fs. 240/241).

2.- Recurso de casación

Los motivos de la defensa se enmarcan en las disposiciones de los incs. 1 y 2 del art. 474 del CPP. Los defensores sostienen que no existe ninguna prueba que incrimine a Luis Alberto Lobos Gras y a Claudia Verónica Sgró.

Por lo que, estiman, existe **arbitrariedad en la conclusión** que da por acreditada la existencia del conocimiento por parte de los acusados de las maniobras delictivas imputadas.

Consideran que el tribunal de la instancia previa realizó afirmaciones dogmáticas que derivaron en la valoración arbitraria de la prueba obrante en las presentes actuaciones.

Refieren que el sentenciante alteró el contenido y significación de la prueba, puesto que Fara no fue nombrada por Lobos, sino por el intendente Abraham en el año 2011, tal como el mismo tribunal lo refiere en la sentencia.

Agregan que **no existe ninguna prueba, directa o indirecta**, que permita inferir que el nombramiento fuera hecho por influencia o referencia de Lobos.

Señalan que dicho nombramiento obedece exclusivamente a la gestión de María Fernández ante la Intendencia comandada por Abraham y es lo que surge de la prueba colectada y referida por el a quo. Sostienen que la acción de Fernández no necesitaba de Lobos para nombrar a Fara y que se siguió el mismo camino para la designación de Muller.

Aclaran que tanto Fara como Muller refieren haber sido instruidos por Fernández, esto es, que les dio las instrucciones de cómo proceder, sin intervención alguna de Lobos o Sgró. Aclaran que tanto Fara como Muller manifestaron que con Lobos jamás hablaron de esa ayuda económica, y que no sabían quién dentro de la Municipalidad permitía esto. En efecto, sostienen que el hecho de que no hayan trabajado, no quiere decir necesariamente, que ello sea conocido por los acusados, radicando allí la arbitrariedad de la conclusión del sentenciante. Consideran que el testimonio de Fara no es creíble, a diferencia de lo que sostiene el sentenciante.

Refieren que ella sabía que era empleada municipal ya que tenía bono de sueldo y conocía también lo que era esto último. En este sentido aclaran que en audiencia de debate reconoció que había trabajado en relación de dependencia con bono de sueldo en CIMESA.

También señalan que Fara hizo referencia al cobro de un aguinaldo y que al tiempo de ser nombrada la mandaron a hacerse los respectivos estudios médicos. Asimismo, refieren que Fara no mencionó a Lobos ni a Sgró en la denuncia (fs. 1/2), ni en la ampliación de denuncia (fs. 160), sino que recién mencionó indirectamente a Sgró en la ampliación de fecha 10/11/2017 (fs. 1373/1376).

Agregan que cuando se le consultó tal circunstancia durante la audiencia del debate oral, contestó «no sé, me habré acordado después, no sé». Los recurrentes señalan que luego expresó no saber, en concreto, si Sgró hizo alguna gestión para que ella fuera nombrada, y que mucho menos podía saber -ya que ni siquiera lo menciona que dichas actividades hayan sido realizadas por Lobos.

Según los recurrentes, la testigo Fara ha tenido interés en contribuir a una maniobra política para perjudicar a Lobos –a diferencia de lo que sostiene el sentenciante– y que, por ello, se ha visto recompensada no sólo con el mantenimiento de su puesto de trabajo, sino también con el mantenimiento de la categoría alta que ostentaba.

Expresan que el sentenciante se basa en el testimonio de Paula Suárez, y en el informe que ésta realizó, para afirmar que sería obra de los acusados la supuesta eximición por parte de Fara y de Muller de firmar las planillas de asistencia.

Advierten que el tribunal tomó por cierto los dichos de Suárez, los que, a su entender, carecen de todo respaldo probatorio, y omitió analizar las manifestaciones de la testigo al ser interrogada sobre el particular. Así, señalan que al ser interrogada sobre el contenido de la planilla de la que derivaría su afirmación –esto es, que Lobos eximió de marcar asistencia a Fara y que Sgró eximió de marcar asistencia a Muller–, la testigo no supo qué contestar y dijo que de esas planillas no surgía porque le faltaban columnas. Los defensores agregan que la testigo dijo que sabía lo señalado por información que estaba en la computadora, pero que no se encuentra acompañada al expediente.

En efecto, los recurrentes sostienen que las planillas no son informes oficiales, que no contienen ninguna certificación que las autentique, que han sido realizadas por una empleada inexperta y que ese dato lo

habría sacado de la computadora pero que no figura en la planilla, ni puede corroborarlos en modo alguno. Mencionan que con respecto a las iniciales colocadas en las planillas «LL» y «SG», la testigo Suárez manifestó que le dijeron que, la primera significaba que el referente era «Luis Lobos» y, la segunda, que la referente era «Claudia Sgró», pero que no se acordaba quién se lo dijo.

Al respecto, los defensores consideran que la testigo no brindó una explicación de los hechos correspondiente a la percepción de sus sentidos, sino que se limitó a transmitir lo que le habrían dicho, sin identificar la fuente de su conocimiento. Señalan que ha quedado demostrado que el informe realizado por Paula Suárez es falso y está plagado de irregularidades. Que la propia testigo expresó en el debate que las afirmaciones categóricas vertidas en el informe no contaban con elementos que puedan sostenerlas o respaldarlas, o tenerlas por acreditadas.

En efecto, consideran que el informe carece de identidad probatoria, por lo que resulta inadmisibles que el tribunal de sentencia lo valorara como una prueba esencial para tener por acreditada la plataforma fáctica. Refieren que el sentenciante no se expidió sobre la solicitud de extracción de compulsas solicitada por esa defensa. Por otra parte, los recurrentes advierten que tanto Lobos como Fara manifestaron que no se conocían y que jamás se habían visto. Al respecto, consideran que resulta lógico que Lobos no haya conocido a Fara y que haya ignorado su designación, atento a que él no la designó, sino que fue el intendente Abraham.

Argumentan que quedó acreditado en el debate que el Decreto 1127 de pase a planta (fecha 19/05/15) efectivizó a más de seiscientos trabajadores y no sólo a Fara y Muller. Asimismo, señalan que el sentenciante no valoró adecuadamente que Lobos reconoció la firma del mencionado decreto. Al respecto sostienen que, según las reglas de la lógica y la experiencia, si Lobos tuviera algo que esconder hubiera desconocido la firma de ese decreto y no lo hizo. Hacen referencia al principio de confianza.

Ello en tanto sostienen que resulta lógico que, en el ámbito estatal municipal, el funcionario que ostenta la jerarquía mayor «confíe» en los empleados y funcionarios de jerarquía inferior, responsables de las distintas áreas. En este caso, en tanto son los encargados de realizar los diversos controles previos de los legajos de los seiscientos trabajadores para que realicen su trabajo correctamente, obrando con la debida diligencia.

Bajo este esquema de análisis, señalan que Lobos, al firmar el mencionado decreto, ejecutó una simple formalidad, esto es, refrendar un acto de gobierno, en tanto su firma es necesaria para otorgar validez a todo lo atinente a la Municipalidad de Guaymallén. Por lo tanto, expresan que cuando el decreto llegó a las manos del intendente para su firma, ya pasó por los diversos y rígidos controles de las distintas áreas de la Municipalidad, incluso avalado y controlado por la firma del Secretario de Gobierno, quien da fe de la legalidad de todo lo actuado previamente.

Por lo que estiman que Lobos no tenía idea que en ese decreto se encontraba Fara y Muller. Argumentan que el sentenciante omitió integrar todo el material probatorio y que, de haberlo hecho, le habría permitido concluir de modo antagónico al que lo hizo, dando credibilidad a los dichos de Lobos. Por lo expuesto, afirman que de las pruebas producidas en el debate no ha quedado acreditado que tanto Lobos como Sgró hayan intervenido de forma alguna o hayan tenido conocimiento de la situación irregular de Fara y de Muller. En otro orden, los defensores señalan que el tribunal de sentencia incurrió en arbitrariedad, al determinar la pena.

En este sentido, estiman que la sanción impuesta se encuentra infundada, injustificada y rompe con el principio de proporcionalidad.

Al respecto, consideran que el sentenciante se desentendió de toda ponderación de las pautas previstas en los arts. 40 y 41 del CP y, en consecuencia, estiman que fijó **una pena excesiva** que no responde al principio de «responsabilidad en la medida del hecho y de la culpabilidad propia», es decir, que se alejó del principio de culpabilidad por el hecho.

Argumentan que los acusados carecen de antecedentes, que la sentencia dictada sería su primera condena y que su participación –negada conforme se ha expuesto– sería concurrente con la de otros sujetos.

Por ello consideran que la pena impuesta a Luis Lobos –cuatro años y seis meses e inhabilitación perpetua para ejercer cargos públicos– y a Claudia Sgró –tres años y cuatro meses e inhabilitación perpetua para ejercer cargos públicos–, resulta exagerada, desproporcionada e infundada, en tanto no existen motivos para apartarse del mínimo de la pena (dos años de prisión).

Asimismo, refieren que el sentenciante no mencionó las pautas del art. 41 del CP. Sin embargo, manifiestan que las reglas concernientes a la conducta precedente del sujeto, la participación que haya tomado en el hecho y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad, expresan la absoluta injusticia y arbitrariedad en la determinación de la pena.

Por lo expuesto, estiman que el a quo se desentendió de explicar cuáles son los motivos que lo llevaron a la individualización de la pena finalmente impuesta. Hacen reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General entiende que debe rechazarse el recurso de casación deducido por la defensa de los acusados, convalidándose la sentencia impugnada.

Considera que el tribunal de sentencia contó con elementos de convicción suficientes para lograr la certeza requerida a los fines de condenar a los acusados tal como lo hizo. Al respecto estima que existe prueba objetiva y sólida producida en debate, como así también la debidamente incorporada, que da cuenta de la existencia de los hechos, tal como fueron descriptos en la acusación.

En cuanto al agravio referido a la pena impuesta, estima que denota una discrepancia con la valoración efectuada por el sentenciante y señala que se encuentra ajustada a derecho, en cuanto al tipo y al monto, por hallarse dentro del marco de la escala penal.

Por lo que entiende que no resulta desproporcionada, ni carente de fundamentación, tal como afirma la defensa.

4.- Contestación de la vista por el querellante en esta instancia recursiva

El representante del querellante, al momento de contestar la vista conferida, solicita que el recurso interpuesto por la defensa de los acusados sea rechazado. Luego de reseñar el objeto de la impugnación, así como los hechos investigados, entiende que la sentencia cuestionada debe ser mantenida.

En este sentido, da cuenta de las constancias de la causa, en particular de los diversos elementos de prueba, que acreditan la responsabilidad de los acusados. En cuanto a las penas impuestas, refiere que comparte los fundamentos expuestos por el tribunal de sentencia.

5.- Audiencia oral

En el día y hora dispuesto por este Tribunal, y conforme consta a fs. 1812, se realizó la audiencia oral en la que la defensa de los acusados informó el recurso de casación interpuesto. En esta ocasión la defensa, además de desarrollar los agravios oportunamente expuestos por escrito, refirió que el marco de la sentencia cuestionada era irregular y peligroso.

El tribunal hizo caso omiso a distintas irregularidades, omisiones y «pactos de silencio» que se dieron en el desarrollo del debate. Reitera que solicitaron la compulsión por falsedad ideológica de Paula Suárez, toda vez que en el informe que efectuó afirmó que los referentes de Fara y Muller eran Lobos y Sgró, respectivamente; pero en el debate dijo que aquéllo se lo habían contado, pero que no podía decir quién. Que la información la había extraído de una planilla de Word, sin membrete, que estaba en una computadora que no tiene dueño y que podía ser modificado por cualquiera. Por su parte, refiere que el perito S. Montano –en tanto declaró en el debate–, al exhibírsele los correspondientes instrumentos, expresó que no eran esos los documentos peritados y que no era esa la firma que tuvo por dubitada. Sostuvo el recurrente que esos dos elementos ponen en evidencia las irregularidades para forzar prueba en contra de los acusados. Asimismo, hace referencia a personas que no fueron investigadas en esta causa.

En relación con la pena impuesta considera que es arbitraria por ponderación inadecuada de las pautas de los arts. 40 y 41 del CP, lo que la torna infundada, desproporcionada, excesiva y violatoria del principio de culpabilidad.

Cuestiona que el tribunal se apartara del mínimo legal impuesto sólo por considerar el cargo que ostentaban los acusados al momento de los hechos. Señaló que, incluso en el caso de Sgró, el tribunal consideró su vínculo conyugal con Lobos.

Cuestiona que el tribunal no tuvo en cuenta que los acusados carecen de antecedentes, que la sentencia dictada sería su primera condena y que la participación sería concurrente con otros sujetos. Agrega que el tribunal ha valorado elementos del tipo penal al momento de la determinar la pena, por lo que incurrió en doble valoración con sentido agravante.

A su turno el representante del querellante solicitó el rechazo del recurso interpuesto por su improcedencia sustancial, remitiéndose a lo señalado a fs. 1773/1782 vta. En el mismo sentido se expidió el Fiscal Adjunto en lo Penal, quien hizo referencia a los argumentos desarrollado por el Procurador General, al emitir su dictamen de fs. 1785/1790.

6.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Puesto a resolver el recurso de casación formulado considero que, por los motivos que a continuación se exponen, no corresponde hacerle lugar.

El eje central de la impugnación radica en afirmar que Luis Lobos y Claudia Sgró no tenían conocimiento de las maniobras delictivas imputadas, cuestionando, a tal fin, la valoración probatoria realizada por el sentenciante.

Luego, y en subsidio, la defensa de los acusados plantea que las penas impuestas por el tribunal de sentencia a sus asistidos se encuentran infundadas, injustificadas y resultan violatorias del principio de proporcionalidad.

a.- Acerca de los cuestionamientos realizados por la defensa a la valoración probatoria realizada por el juez de sentencia y al modo de fundamentar su decisión

Al momento de examinar si la sentencia impugnada constituye un acto jurisdiccional válido derivado del análisis lógico y razonado de las pruebas rendidas, en observancia al principio de la sana crítica racional o si, por el contrario, representa una conclusión desprovista de fundamentación o con motivación insuficiente, entiendo que se impone la primera de las alternativas. Veamos.

Según la defensa, Luis Lobos no realizó el nombramiento de Laura Fara, no conocía ni a ella ni a Pablo Muller y tampoco tenía conocimiento de la situación irregular de ambos.

Esa hipótesis conllevaría a su desvinculación de la imputación que les fuera atribuida.

A fin de dar respuestas a esos agravios, analizaré las concretas intervenciones de Luis Lobos en los hechos investigados. Para ello, corresponde recordar que, conforme señaló el tribunal sentenciante, el acusado ocupó diversos cargos en la Municipalidad de Guaymallén: concejal; presidente del Honorable Concejo Deliberante e intendente.

Particularmente, como intendente, es decir, como la máxima autoridad del municipio suscribió los siguientes decretos y resoluciones (fs. 244, 245, 246, 306, 307, 308, 309): -Decreto N° 711/14 del 28 de marzo del 2014, por el cual se designó a Pablo Muller como personal temporario eventual, categoría "H", para cumplir funciones en la Dirección de Administración y Recursos Humanos, a partir del 01/03/14 hasta el 30/06/14. -Decreto N° 1127/15 del 19 de mayo del 2015, mediante el cual Laura Fara y Pablo Muller fueron promocionados a la categoría "G", Supervisores de Segunda, Planta Permanente, a partir del 01/06/15. -Resolución N° 1060/15 del 26 de noviembre del 2015, por la que se trasladó a Laura Fara - cargo categoría "G", Supervisora de Segunda- a cumplir funciones en la Dirección de Turismo, a partir del 30/11/15. -Resolución N° 1061/15 del 26 de noviembre del 2015, por la que se trasladó a Pablo Muller - cargo categoría "G", Supervisor de Segunda- a cumplir funciones en la Dirección de Cultura, a partir del 30/11/15.

Tal como se desprende de la reseña efectuada, si bien Luis Lobos en el año 2011 era Presidente del Consejo de Deliberante y no designó a Laura Fara como personal del Municipio, sí participó activamente –conforme la función de Intendente de la Municipalidad de Guaymallén que ostentaba– en su categorización y pase a planta permanente. De igual modo, intervino en la designación, categorización y pase a planta permanente de Pablo Muller.

Por lo que considero que el descargo realizado por Lobos, en cuanto a que no tenía conocimiento de la situación irregular de Laura Fara y su hijo, Pablo Muller, no se corresponde con las constancias de la causa, en tanto él suscribió los citados decretos y resoluciones.

Asimismo, la circunstancia de no ser la autoridad que designara a Fara en nada impide, tal como pretende la defensa, su intervención y responsabilidad en los hechos investigados.

Es que la defensa pone todos sus esfuerzos para debilitar la sentencia en que los acusados no designaron a estos empleados –al menos en el caso de Lobos con respecto a fara–, pero poco, o nada, dice sobre los decretos que categorizaron y pasaron a planta.

Tampoco el recurrente da cuenta de la situación de parentesco de los acusados con María Elena Fernández, para quien Fara prestaba servicios domésticos.

En el mismo sentido, tampoco resulta atendible, para deslindar la responsabilidad de Luis Lobos por los hechos que se le atribuyen, la afirmación por parte de la defensa en cuanto a que aquél confiaba que los empleados y funcionarios de jerarquía inferior realizaban su **trabajo correctamente –haciendo mención al «principio de confianza»–**.

Ello, atento al nivel máximo del cargo que ocupaba en la Municipalidad de Guaymallén y a las obligaciones que de ello se derivaban.

En efecto, se advierte que a largo de las intervenciones por parte de Lobos en la designación de Muller y en la categorización y pase a planta permanente tanto de Muller como de Fara, se observaron diversas irregularidades, que fueron individualizadas por el tribunal de la instancia previa y que no encuentran explicación en la versión brindada por Lobos. Al respecto, debe destacarse que tanto Laura Fara como

Pablo Muller desde que fueron designados como empleados de la Municipalidad de Guaymallén –la primera desde agosto del 2011 hasta diciembre del 2015 y el segundo desde marzo del 2014 hasta diciembre del 2015–, ignoraban ser empleados municipales, no firmaban ningún tipo de planillas de asistencia y no concurrían a prestar servicios.

En ese orden, en nada conmueve el **sólido cuadro probatorio obrante en la causa el esforzado argumento de la defensa según el cual Fara no resulta creíble porque**, a su criterio, conocía que era empleada en el Municipio. Es que lo esencial de su testimonio no radica en esos recortados dichos de la testigo que destaca la defensa, sino en que expresamente refirió que, desde la fecha de su nombramiento y hasta el mes de diciembre de 2015, ignoraba que era empleada municipal y que, sin embargo, María Elena Fernández, en cuya casa realizaba tareas de limpieza y planchado, cobraba su sueldo dándole sólo una mínima parte del mismo (\$ 500 aproximadamente en un principio) en **concepto de «ayuda social»**.

Que el resto del dinero Fernández le decía que lo destinaba a «ayudar a otras personas». Corresponde destacar además lo expresado por la testigo en cuanto a que por esa ayuda económica que Fernández le ofreció y que daba el Municipio, aquélla le solicitó fotocopia del documento y, luego, le entregó la tarjeta de débito del Banco Nación.

Agregó que no sabía cómo Fernández conseguía aquella «ayuda» en tanto no tenía ningún cargo en la municipalidad de Guaymallén, pero sí su hija, Claudia Sgró quien, según entendió Fara, «hizo alguna gestión».

Luego señaló que lo mismo que había ocurrido con ella sucedió con su hijo Pablo Muller quien, como puede verificarse de las constancias de autos, declaró en igual sentido.

Estas declaraciones fueron valoradas adecuadamente, según entiendo, por el tribunal de juicio, para el que la declaración de Fara resultaba creíble, pues se corroboraba con informes bancarios obrantes en la causa, donde se detallaban los movimientos históricos de las cuentas de aquélla y de Pablo Muller; así como los resúmenes de las mismas y movimientos cursados por la Red Link; cuatro extracciones efectuadas en la sucursal bancaria y extracciones de la cuenta de Muller realizadas por cajeros automáticos de la Red Link y Banelco. De tal manera, considero que el cuestionamiento de la defensa en el sentido expuesto no puede prosperar. Por su parte, debe destacarse que las irregularidades atribuidas a los acusados y acreditadas en la causa encuentran respaldo probatorio, en primer lugar, en las declaraciones de Fara y Muller, quienes manifestaron que no trabajan en el municipio y que no firmaban planillas de asistencia. En segundo lugar, en la declaración testimonial de Claudia Videla y de Pablo Raddi y en el informe de auditoría sobre los legajos del personal de la Municipalidad de Guaymallén (fs. 1492/1494), durante el periodo comprendido entre los años 2011 y 2015, en el que se observaron desórdenes administrativos, como por ejemplo, que los legajos del personal se encontraban incompletos y no se registraban las inasistencias, entre otros.

De esta manera, surge con claridad que no se cumplió con lo dispuesto por la **Ley de Procedimiento Administrativo, en particular por el Manual de Procedimiento del área respectiva**.

Por último, corroboran los hechos objeto de la acusación las declaraciones testimoniales de Juan Domingo Brovarone (Jefe de Gabinete del Departamento Ejecutivo y Secretario Legislativo del Concejo Deliberante) y de Alejandro Moreno (Secretario Legislativo del Concejo Deliberante), quienes manifestaron que no conocieron a Fara, ni a Muller, a pesar de estar a cargo de sectores donde debieron haberse desempeñado. Todo ello acredita que tanto Fara como Muller no cumplieron funciones en la Municipalidad de Guaymallén, a pesar de haber sido designados como empleados.

En relación a la suma de dinero que Fara y Muller recibían por ser empleados del municipio, surge de los fundamentos de la sentencia cuestionada que, la coimputada María Elena Fernández –suegra de Luis Lobos– cobraba el sueldo de ambos, dándole una mínima parte en concepto de «ayuda social» y dejándose el resto.

La afirmación del sentenciante no es antojadiza, sino que encuentra sustento probatorio, además de las declaraciones testimoniales de Fara y de Muller, fundamentalmente en las filmaciones de las cámaras de seguridad del cajero del Banco Nación, sucursal Guaymallén, donde se observa a Fernández, sin compañía, realizando extracciones, las que coinciden con el informe presentado por el Banco Nación detallando los movimientos de las cajas de ahorro de Laura Fara y Pablo Muller.

En este aspecto, y tal como señala el tribunal sentenciante, resulta determinante la vinculación que existía entre Laura Fara y su hijo Pablo Muller con Luis Lobos y Claudia Sgró, en tanto Fara realizaba tareas de servicio doméstico en la casa de María Elena Fernández, madre de Sgró y, como se dijo, suegra de Sgró.

Por lo que, al encontrarse acreditado que tanto Fara como Muller eran personas allegadas al círculo familiar de los acusados, no resulta admisible su versión de los hechos vinculada a la ausencia de conocimiento de las circunstancias objeto de la acusación.

En tal sentido, el tribunal sentenciante sostuvo, adecuadamente a mi criterio, que «[...] la denunciante y su hijo pudieron ser empleados municipales por la influencia de la que se aprovechó María E. Fernández teniendo a su hija Claudia Sgró con cargo jerárquico, siendo su yerno el Intendente. Sería infantil creer que María E. Fernández pudo hacer ingresar a las dos personas que no trabajaron [en el municipio], con el fin de cobrar su sueldo para distribuirlo a su antojo sin aprovecharse de la influencia de su hija y yerno. Fara ya estaba en situación irregular y Luis Lobo la efectiviz[ó]» (fs. 1732 vta.).

En otro orden, entiendo que tampoco puede prosperar el agravio vinculado con el cuestionamiento sobre la credibilidad del informe realizado por Paula Suárez. Ello, en tanto los recurrentes no logran explicar **debidamente la decisividad del supuesto cuestionamiento** o, expresado de otra manera, por qué razón su valoración haría variar la solución adoptada.

En efecto, la defensa cuestiona el informe antes mencionado y la declaración de Suárez, enfatizando la cuestión vinculada con la ausencia de marcación por parte de Fara y Muller en el Municipio y con quién había dado esa orden. Refiere, además, que por sus declaraciones la testigo sería, de oídas, brindando datos nos verificados en causa.

Ahora bien, más allá de que el tribunal de la instancia previa encontró debidamente acreditadas esas circunstancias, lo cierto es que aún cuando ello no hubiera sido así, en nada variarían la situación de los acusados en función del sólido cuadro probatorio de cargo existente en su contra que fuera analizado en párrafos anteriores.

Tampoco la defensa brinda debidas razones respecto de su afirmación según la cual Paula Suárez habría incurrido en el delito de falsedad ideológica.

La circunstancia que la sentencia no se expidiera en forma expresa respecto al pedido de extracción de compulsas por el eventual delito de falsedad ideológica respecto de aquella profesional, en nada desvirtúa a la resolución como acto jurisdiccional válido.

Por el contrario, de la valoración de aquel informe, así como de la declaración de Paula Suárez en el debate, es posible inferir que el tribunal no consideró la existencia de elementos que dieran asidero a lo petitionado por la defensa.

En otras palabras, el tribunal de instancia previa mediante la validación del informe aludido ha justificado por qué no correspondía extraer compulsas.

En sentido similar, no encuentro relevancia para deslindar la intervención de los acusados en la causa y su responsabilidad, a las circunstancias destacadas por la defensa respecto si se conocían Lobos y Fara, o a que el Decreto 1127/15 efectivizó a más de seiscientos trabajadores y no sólo a Fara y Muller, de modo que si Lobos tuviera algo que esconder hubiera desconocido la firma de ese decreto y no lo hizo.

Nuevamente la defensa pone el acento en circunstancias que no resultan suficientes para desvirtuar la contundencia de los elementos de prueba que dan sustento a la acusación. Lo mismo puede decirse en relación con el pretendido «pacto de silencio» que existiría en la causa en función de la constancia de fs. 1367 y a que debería haberse investigado a Alejandro Moreno.

Por ello, las críticas no pueden prosperar. Respecto del cuestionamiento recursivo vinculado con la pericia realizada por Sergio Montano y su declaración en el debate, no puede soslayarse que aquella no fue valorada por el tribunal de sentencia.

Así, expresamente se consignó en los fundamentos impugnados que «el perito calígrafo del Cuerpo Médico Forense SERGIO ANTONIO MONTANO, si bien pudo determinar que la firma de documentación que analizó pertenece a Luis Alberto Lobos, lo cierto es que, debido a incompatibilidades con las fechas de las copias acompañadas al expediente como prueba instrumental, las cuales no se corresponden con los que se pretendió peritar, me impiden merituar este elemento probatorio».

De tal manera, la defensa tampoco explica cuál es la decisividad de su cuestionamiento, frente al cuadro probatorio de cargo que sustenta la acusación formulada contra Lobos y Sgró. Ello aún más cuando el tribunal, luego de aquella afirmación, destacó: «No obstante, Luis A. Lobos reconoció como suya la firma en el Decreto Nº 1127, de fecha 19/05/15, por el cual se incorpora como personal permanente y se aumenta la categoría de Laura Fara y Pablo Muller. Asimismo, Luis Lobos había designado como personal temporario a Pablo Muller el 28/03/14 mediante el Decreto Nº 711/14 (ver fs. 306/7), del cual también reconoció su firma». Por otra parte, corresponde rechazar también el agravio dirigido a afirmar que Claudia Sgró tampoco tenía conocimiento de la situación irregular de Laura Fara y Pablo Muller.

Al respecto, y como bien refiere el tribunal de la instancia anterior, ella tuvo un rol preponderante en la designación, categorización y pase a planta permanente de Fara y de Muller, toda vez que, además de ser la esposa de Luis Lobos, tuvo cargos jerárquicos en el municipio. Así, por ejemplo, en el año 2013 se desempeñó como Subjefa de Gabinete y Subdirectora de Turismo (fs. 1731). En efecto, entiendo que acierta el juzgador al establecer que «[C]laudia Sgró prestó una cooperación esencial para que el delito haya podido consumarse del modo analizado». Asimismo, sostuvo que «[n]o es autora porque no tenía la administración de los fondos públicos del municipio, pero su cooperación fue necesaria para gestionar, ante su cónyuge (Presidente del Consejo Deliberante y luego Intendente), el ingreso de la empleada doméstica de su progenitora, y dos años después del hijo de Laura Fara» (fs. 1733).

La tarea de la defensa en esta instancia recursiva se ha centrado en disgregar el plexo probatorio reunido con la pretensión, en la consideración aislada de los diversos elementos de convicción obrantes en la causa, de que los hechos atribuidos a los acusados no se encuentran acreditados.

Por el contrario, el principio de unidad de la prueba, impone la consideración conjunta de la prueba «[...] pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas, que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles o imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados» (L.S. 393-243, 382-107, 381-233, entre otros).

De tal manera, se advierte que la sentencia se sustenta en elementos de juicio suficientes y válidos, explicando el tribunal de la instancia anterior el mérito que ha dado a las testimoniales de Laura Fara,

Pablo Muller, Claudia Videla, Pablo Raddi, Juan Domingo Brovarone y Alejandro Moreno; y la concordancia de éstas con otros elementos probatorios legalmente incorporados, como por ejemplo los mencionados decretos y resoluciones y el informe de auditoría sobre los legajos del personal del municipio. De esa tarea valorativa y del razonamiento desarrollado por el tribunal no surge –como ya se dijo– ningún vicio decisivo que invalide la motivación en la que se funda la sentencia atacada.

Así, de acuerdo con el análisis realizado no se advierten los defectos de fundamentación referidos por la defensa, ni las aludidas irregularidades en el proceso, en tanto existen motivos de peso, provenientes de la adecuada valoración llevada a cabo por el tribunal de la instancia anterior de los elementos de prueba obrantes en la causa, para confirmar la sentencia impugnada. Por ello, los cuestionamientos defensivos aparecen como argumentos y afirmaciones particulares, propios de la posición asumida, en relación con la valoración del material probatorio, que evidencian una mera discrepancia con la labor intelectual del tribunal de juicio en la fundamentación del fallo, carentes de virtualidad para invalidar la resolución recurrida.

b.- Cuestionamientos relacionados con la pena aplicada

En relación al agravio vinculado a la individualización de la pena, no comparto con la defensa su afirmación respecto a que la sanción impuesta a los acusados resultó exagerada, desproporcionada e infundada.

En primer lugar, y en lo que a la cuestión vinculada con la determinación de la pena respecta, debe tenerse en cuenta lo señalado por este Tribunal en el sentido de que «[...] si bien es cierto que los criterios normativizados en el artículo 41 del Código de fondo constituyen criterios que el juez debe seguir para delinear la pena que considere adecuada al ilícito, no por ello deben ser utilizados todos los allí nombrados, puesto que, en el caso concreto, pueden no estar presentes.

En este sentido se expide el art. 40 en cuanto establece que, al momento de condenar, los tribunales deben hacerlo “de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso”. Según entiende la doctrina, el art. 41, del Código Penal enumera en forma ejemplificativa, no taxativa, cuáles son los criterios decisivos para fijar la pena (**Ziffer, Patricia, Lineamientos de la determinación de la pena, 2ª ed., Buenos Aires, 2005, p. 116; D’Alessio, Andrés J. (Director) - Divito, Mauro (Coordinador), Código Penal Comentado y Anotado, 1ª ed., Buenos Aires, 2005, t. 1, p. 423**); lo que implica que otros criterios no especificados en la norma pueden resultar, según las particularidades del caso, decisivos en **la valoración seguida por el juez en el momento de individualizar la pena aplicable» (ver al respecto, «Córdoba, Jorge Antonio»).**

En segundo lugar, cabe destacar que la pena impuesta a los acusados se encuentra comprendida dentro de la escala penal prevista para el delito endilgado, esto es, defraudación en perjuicio de la administración pública en la modalidad de administración infiel (art. 174 inc. 5 en función con el art. 173 inc. 7 del CP), la que posee un mínimo legal de dos años y un máximo de seis años de prisión.

Más allá de ello, el tribunal justificó debidamente respecto de cada acusado el apartamiento del mínimo de la escala penal prevista.

Tal es así que, en relación al monto de la sanción impuesta a Luis Lobos, el tribunal de sentencia descartó el mínimo de la escala penal en razón del mayor reproche debido a la jerarquía que ocupaba dentro del gobierno municipal.

En ese orden, destacó que los cargos de concejal, de Presidente del Honorable Concejo Deliberante y de Intendente le exigían mayor compromiso y probidad en el ejercicio de su cargo. Al respecto, si bien aclaró que Lobos no llegó al cargo de Intendente por la elección popular, enfatizó que aquél fue electo concejal

para que se desempeñara como miembro del Honorable Concejo Deliberante, siendo su presidente, para luego, al quedar vacante la Intendencia, ejercer la máxima autoridad del Poder Ejecutivo Municipal.

En tal sentido, refirió que el acusado dejó al descubierto el desprecio por la confianza que en él depositó el pueblo que lo votó democráticamente para que velara por los intereses de la comunidad, particularmente el manejo de los fondos provenientes del pago de tasas y servicios.

En función de ello, el desleal comportamiento del acusado en su rol de funcionario público también incidía negativamente a nivel institucional, generando desconfianza en los ciudadanos que esperan de quien los represente que obren con probidad, lealtad y honestidad en el ejercicio de la función pública.

Por su parte, y como atenuante, a diferencia de lo que sostiene la defensa, el tribunal valoró la circunstancia de que el acusado carecía de antecedentes computables a la fecha de imposición de la sentencia.

En cuanto a Claudia Sgró, el sentenciante tuvo en cuenta, para alejarse del mínimo legal, que la acusada tenía un significativo cargo jerárquico en la organización municipal y era la esposa de Lobos, Presidente del Concejo Deliberante del Municipio y luego Intendente.

De tal manera, su reproche por la exigibilidad para obrar conforme a derecho debía resultar mayor.

Así las cosas, ninguna de las consideraciones efectuadas por el tribunal y reseñadas precedentemente puede estimarse como arbitrarias o alejadas de las constancias de la causa.

Por consiguiente, estimo que las penas impuestas a los acusados por el tribunal de sentencia, aparecen fundadas, de conformidad con las circunstancias agravantes y atenuantes antes analizadas, y según lo dispuesto por los arts. 40 y 41 del CP.

En particular, y en lo que a Claudia Sgró se refiere, si bien el tribunal de sentencia no ponderó circunstancias atenuantes de la pena, lo cierto es que la circunstancia agravante considerada justifica el apartamiento del mínimo de la escala penal.

Por otro lado, en relación con el cuestionamiento acerca de la ausencia de valoración por parte del tribunal de la participación concurrente de varios intervinientes en el hecho como circunstancia atenuante de la pena, debe decirse que la defensa no da razones de porqué eventualmente ello, en el caso concreto, debió ponderarse en ese sentido, lo que conduce al rechazo de tal argumento.

Finalmente, estimo que **tampoco son procedentes las críticas que, en este ámbito, la defensa introdujo al momento del informar oralmente el recurso interpuesto.**

Más allá de lo que pueda afirmarse en relación con su procedencia formal, lo cierto es que los cuestionamientos no proceden en el fondo.

Así, no resulta arbitrario que el tribunal sentenciante ponderara como circunstancia agravante el vínculo conyugal de Claudia Sgró con Luis Lobos.

En efecto, que fuera tenido en cuenta que la acusada era la esposa del acusado quien, como se dijo, desempeñó diversos cargos en la Municipalidad de Guaymallén –concejal, presidente del Honorable Concejo Deliberante, intendente– en nada invalida el acto de determinación de la pena.

Ello debido a que esa circunstancia no fue valorada en sí misma como agravante, sino en conjunto con el cargo que la acusada ostentaba en el ámbito municipal.

Por su parte, tampoco advierto la existencia de doble valoración en la imposición de la sanción a Luis Lobos.

Por el contrario, el tribunal, **en la línea sostenida por esta Sala en diversos precedentes (ver al respecto, en lo pertinente, «Zapata Ojeda», «Luna Cisterna», entre otros), valoró la intensidad con que aparecían configuradas aquellas circunstancias previstas en el tipo penal en el caso concreto.**

Es que no es lo mismo que hechos como el investigado fueran llevados a cabo por empleados o funcionarios de menor rango en un municipio que por quien fuera concejal, Presidente del Honorable Concejo Deliberante e Intendente, o por su esposa.

De tal modo, debe descartarse la existencia de doble valoración.

En síntesis, entiendo la motivación de la sentencia del tribunal de la instancia previa, en lo referido a la determinación de la pena impuesta a los acusados, es suficiente a los fines del mantenimiento del dictum como acto jurisdiccional válido, al no verificarse los vicios que refiere la defensa.

Ello, de conformidad con la jurisprudencia de esta Sala en el sentido que, para conllevar la extrema solución de su nulidad, **la sentencia debe adolecer de defectos que impliquen la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros); lo que en este caso, no ocurre.** Todas las razones expuestas me llevan a considerar que corresponde el rechazo del agravio vinculado con la determinación de la pena impuesta a los acusados.

c.- Conclusión

En definitiva, y por las consideraciones hasta aquí expuestas, entiendo que el tribunal de mérito ha logrado llevar adelante una correcta reconstrucción histórica de los sucesos, que responden a una valoración racional de los elementos de prueba obrantes en autos, sin que los agravios expuestos por la defensa de los acusados logren conmover los términos de la acusación dirigida en contra de sus asistidos. Asimismo, considero que no existe arbitrariedad en el razonamiento que derivó en la individualización de la pena impuesta, al resultar el razonamiento del tribunal de la instancia anterior sustentado en las pautas de los arts. 40 y 41 del CP.

Por todo lo expuesto, y en opinión coincidente con la vertida por el Procurador General, debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazarse el recurso de casación interpuesto por la defensa de los acusados. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo y Dr. Adaro. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, el DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia, en definitiva se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Luis Alberto Lobos Gras y Claudia Verónica Sgró.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad

3.- Tener presente la reserva federal efectuada.

4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

2- MAGLIOCCHINI ISAAC. 31-03-22

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	-	-	-	-	-	-	A	-	-	-	Inc3	-	-	474 353

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=757>

Lex: Art. 172 CP. Art. 67, 4° párrafo inc. a) del CP.

Vox: Administración fraudulenta. Prescripción. Sobreseimiento.

Summa:

El **TPC** anuló la sentencia de sobreseimiento dictada por el JPC, resolviendo así el recurso de apelación interpuesto por la parte querellante

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP) contra la resolución ut supra mencionada.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** hace lugar al recurso de casación. Resolvió anular la resolución impugnada y remitir los obrados al tribunal de mérito a los fines de que, previa comprobación de la inexistencia de otra causal interruptiva del curso de la prescripción de la acción penal –art. 67, 4° párrafo inc. a) C.P.–, declare prescripta la acción y dicte el correspondiente sobreseimiento.

Resolución cuestionada: Auto dictado por TPC Nº 1-1° CJ, que anuló la sentencia Nº 1908. (18-02-19) JPC.

SCJM. Dres.: **Palermo.** Valerio. Adaro.

Fallo.

CUIJ: 13-04790995-8/1((018601-124683)) FC/ MAGLIOCCHINI ISAAC / ADMINISTRACION FRAUDULENTA (124683) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104870306*

En Mendoza, a los treinta y ún días del mes de marzo del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04790995-8/1, caratulada "F. C/ MAGLIOCCHINI ISAAC S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO segundo, DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero, DR. MARIO D. ADARO.

La defensa técnica de Isaac David Daniel Magliocchini interpone recurso de casación (fs. 84/92) contra la resolución de fs. 72 emanada del Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial que hizo lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte querellante y declaró la nulidad de la sentencia N° 1.908 del 18 de febrero de 2019, por la cual se dictó el sobreseimiento del nombrado en los autos n° P-124.683/14.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La jueza de la instancia anterior hizo lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte querellante y, en consecuencia, declaró la nulidad de la sentencia N° 1908 del 18 de febrero de 2019, por la cual se sobreseyó a Isaac Magliocchini por extinción de la acción penal (f. 38 y vta.).

Ello, en tanto consideró que el término de la prescripción conforme lo dispuesto por el art. 67, inc. a del C.P. no se había cumplido respecto del delito de administración infiel (art. 173, inc. 7 CP).

2.- Recurso de casación

La defensa técnica de Isaac Magliocchini considera que la sentencia padece vicios in iudicando, conforme lo establecido por el inc. 1 del art. 474 de la ley de rito.

En concreto, expresa que se ha interpretado erróneamente la norma que estatuye el art. 67 del C.P.

Argumenta que la acción penal del delito investigado en autos se encuentra prescripta y corresponde dictar el sobreseimiento del imputado, tal cual lo hiciera el juzgado de origen.

Ello, toda vez que el decreto de avoque de fs. 6 es de fecha 25 de noviembre de 2014 (primer llamado para indagatoria por el delito de hurto simple), y transcurrió el máximo de la escala penal del delito originalmente atribuido al acusado, por lo que la prescripción de la acción penal del delito investigado habría tenido lugar en fecha 25 de noviembre de 2016.

El recurrente entiende que la magistrada de la instancia anterior hizo lugar incorrectamente al pedido de nulidad de la sentencia de sobreseimiento con base en que con posterioridad a la fecha de prescripción de la acción penal por el delito de hurto simple, en fecha 18 de abril de 2017, se modificó el avoque inicial y se calificó la conducta de Isaac Magliocchini como administración infiel (art. 173, inc. 7 CP).

Es decir, el recurrente pone de relieve que esta nueva subsunción de los hechos se produce cuando ya habían transcurrido los dos años del curso de la prescripción de la acción penal correspondiente al primer delito endilgado. Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General entiende que corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto (fs. 118/120).

Después de resumir los argumentos defensivos, sostiene que de las constancias de la causa surge que la acción penal por el delito de hurto simple por la que se dictó el avoque de fecha 25 de noviembre de 2014 se encuentra prescripta.

Esto, teniendo en cuenta que, desde esta fecha en la que se efectuó el primer llamado a Isaac Magliocchini con el objeto de recibirle indagatoria por el delito de hurto simple, se cumplieron dos años en fecha 25 de noviembre de 2016. Al respecto, señala que no modifica en nada la situación procesal del imputado el hecho de que en fecha 18 de abril de 2017 se modificara el avoque inicial y se calificara la conducta como administración infiel (inc. 7 del art. 173 CP).

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que corresponde hacer lugar al recurso casatorio impetrado.

Llegados a este punto, la cuestión a determinar consiste en si la acción penal que se sigue en contra de Isaac Magliocchini se encuentra vigente o, por el contrario, prescripta. Frente a ella, previo a todo, es menester poner de relieve las implicancias de la toma de postura del Ministerio Público Fiscal frente a la cuestión.

Ello en tanto la solución que propicia el Procurador en estos obrados –que la acción penal seguida en contra de Magliocchini se encuentra prescripta– constituye un imperativo para este Tribunal.

No obstante, más allá de la prescripción de la acción penal, cabe decir, que la defensa está en lo correcto al momento en que critica el temperamento del tribunal de apelación que sostiene la vigencia de la acción penal seguida en contra de su defendido con base en el argumento de que «lo que prescriben son hechos y no acciones».

En efecto, tal interpretación no surge de una interpretación armónica de los arts. 59 y 67 CP.

Por otra parte, compulsadas las correspondientes actuaciones se advierte que el decreto de avoque con el primer llamado a Isaac Magliocchini con el objeto de recibirle declaración indagatoria por el delito de hurto simple es de fecha 25 de noviembre de 2014, sin que se verifique acto procesal alguno que interrumpa el curso de la prescripción.

Todo lo cual permite afirmar que la acción penal por el delito atribuido se encuentra prescripta, teniendo en cuenta que, desde aquella fecha, se cumplieron dos años en fecha 25 de noviembre de 2016.

Dicho esto, coincido con la defensa técnica y el Procurador General en que la modificación del avoque en fecha 18 de abril de 2017 –donde se califica la conducta como administración infiel (inc. 7 del art. 173 CP)– no cambia en nada la situación procesal de Isaac Magliocchini.

En conclusión, entiendo que corresponde hacer lugar al recurso interpuesto por la defensa técnica de Isaac Magliocchini y revocar la resolución puesta en crisis. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto Dr. Valerio. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Comparto la solución a la que llegan mis colegas de Sala.

Sin embargo, entiendo pertinente realizar las siguientes **consideraciones en torno al correcto encuadramiento jurídico** de los hechos objeto del proceso y la prescripción de la acción penal.

Ello en tanto, independientemente de la suerte procesal de la acción penal, **la plataforma fáctica que se investiga en estos autos prima facie no es típica de hurto**, pues surge de la compulsión de las presentes actuaciones que no ha existido acción de apoderamiento. Deviene incorrecta, en consecuencia, la imputación con base en la figura del art. 162 CP.

Así, aunque extemporáneo, la modificación del avoque de fecha 18 de abril de 2017 encuentra fundamento en la letra de la ley.

En efecto, los relojes fueron cedidos voluntariamente por sus propietarios para ser reparados por el personal perteneciente a la **Joyería Vendemmia** y la custodia de aquellos objetos estaba a cargo de Isaac Magliocchini quien, conforme las pruebas incorporadas a la causa habría violado sus deberes de cuidado para con los intereses confiados y procurado un lucro indebido.

Conforme con ello, estaríamos ante un caso **clásico de administración infiel (art. 173. inc. 7 del CP)**.

Por esto mismo, entiendo que la acción penal seguida en contra de Magliocchini, **no se encuentra prescripta** puesto que, por un lado, los hechos objeto del proceso han sido encuadrados en las previsiones del art. 173, inc. 7 CP –cuya amenaza de pena alcanza los seis años de prisión– y, por otro lado, que, desde la fecha del primer avoque –25 de noviembre de 2014– hasta la modificación de la calificación –18 de abril de 2017– **no se habían cumplido los seis años que determina la figura penal imputada**.

Dicho esto, si bien no coincido con la defensa técnica y el Procurador general respecto del temperamento adoptado, el principio acusatorio-adversarial impone estar a la opción de este último, en tanto titular de la acción penal.

Con base en las consideraciones precedentes, estimo que ha de hacerse lugar al recurso interpuesto por la defensa técnica de Isaac Magliocchini. **ASÍ VOTO.**

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: En razón del resultado al que se llega en el tratamiento de la cuestión anterior, corresponde anular la resolución impugnada y remitir los obrados al tribunal de mérito a los fines de que, previa comprobación de la inexistencia de otra causal interruptiva del curso de la prescripción de la acción penal –art. 67, 4° párrafo inc. a) C.P.–, declare prescripta la acción y dicte el correspondiente sobreseimiento. **ASÍ VOTO.**

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas por su orden y diferir para su oportunidad la regulación de los honorarios profesionales. **ASÍ VOTO**

. Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se **RESUELVE:**

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 84/92 por la defensa técnica de Isaac David Daniel Magliocchini.
- 2.- Anular la resolución impugnada y remitir los obrados al tribunal de mérito a los fines de que, **previa comprobación de la inexistencia de otra causal interruptiva del curso de la prescripción de la acción penal –art. 67, 4° párrafo inc. a) C.P.–, declare prescripta la acción y dicte el correspondiente sobreseimiento.**

3.- Imponer las costas por sus orden y diferir la regulación de horarios profesionales para su oportunidad.
Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V.
VALERIO Ministro

3- OJEDA 01-06-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	-	-	-	-	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474
														353

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=765>

Lex: Art. 172 CP. Art. 19 y concordantes, 353 del CPP.

Vox: Estafa genérica. Non bis in idem. Actos ónticamente diferentes.

Summa:

El **TPC** rechazó el recurso de apelación, confirmando así la decisión que desestima la excepción de previo y especial pronunciamiento de extinción de la acción penal por violación del principio non bis in ídem, no haciendo lugar a la solicitud de sobreseimiento del nombrado.

La **defensa** interpone recurso de casación contra el auto N° 290, en tanto rechaza el recurso de apelación, ut supra detallado. (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Auto pronunciado por el TPC N° 1-3° CJ.

Doctrina citada.

CAFFERATA NORES, José I., «La garantía del “non bis in idem” ¿Implica la misma causa de persecución?, LL- 1996 B-644.

SCJM. Dras. **Day.** Miquel. Carabajal

Fallo.

CUIJ: 13-04871315-1/1((038601-26311)) INCIDENTE EN AUTOS N° 01.62.02-P-120873/15 FC/ NN P/ ESTAFA GENERICA (26311) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104955031*

En Mendoza, el día primero del mes de junio del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-04871315-1/1 caratulada “INCIDENTES EN AUTOS N° 01.62.02 P-120873 F. C/ NN P/ ESTAFA GENÉRICA – OJEDA FRANCO FEDERICO S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa: primera, DRA. MARÍA TERESA DAY, segunda, DRA. SILVINA MIQUEL y tercera, DRA. MARÍA TERESA CARABAJAL.

La defensa de Franco Federico Ojeda Palma interpone recurso de casación (fs. 84/104) contra el auto N° 290, en tanto rechaza el recurso de apelación, confirmando así la decisión que desestima la excepción de previo y especial pronunciamiento de extinción de la acción penal por violación del principio non bis in ídem, no haciendo lugar a la solicitud de sobreseimiento del nombrado.

El pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial en los autos n° 26.311/19.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, LA DRA. MARÍA TERESA DAY, DIJO:

1.- La resolución recurrida

La resolución recurrida por la defensa desestimó el recurso de apelación interpuesto contra la denegatoria de la excepción de previo y especial pronunciamiento de extinción de la acción penal por violación del principio non bis in ídem, no haciendo lugar a la solicitud de sobreseimiento del acusado. Para así decidir, el juez de la instancia previa consideró que existían diferencias claras entre los hechos por los que Franco Ojeda fue condenado en la causa N° 4.237/16 y los investigados en las presentes actuaciones; razón por la que no podía afirmarse que no existiera concurso ideal ni delito continuado. De tal manera, en esta causa existe otra modalidad de actuar, con maniobras, proyecciones, lugares, complejidad, funciones y alcances lesivos diferenciados. Por su parte, los grados de intervención delictiva atribuidos también son distintos.

En relación con la sentencia de esta Sala Segunda de fecha 25 de noviembre de 2016 el juez sostuvo que en esa ocasión se analizó la situación procesal del coimputado Sergio Salgado, por lo que las consideraciones allí vertidas no eran extensibles a Ojeda.

Además, expresó que en aquella sentencia Ojeda aparecía indiciariamente mencionado adquiriendo inmuebles, con un probable enriquecimiento ilícito e involucrado con una empresa de nombre Salomé S.A de un funcionario de apellido Salomón, adjudataria de obras con sobreprecios.

2.- El recurso de casación

La defensa se agravia porque en el auto cuestionado, se ha incurrido tanto en inobservancia y errónea aplicación de la ley sustantiva, como en vicios in procedendo, padeciendo de nulidad absoluta.

Señala que es arbitrario y absurdo, habiendo sido dictado en violación a la defensa en juicio, debido proceso penal, estado jurídico de inocencia y non bis in idem, desde que la plataforma fáctica de estos obrados es idéntica, a aquélla confirmada por esta Sala, en la que recayó condena por 3 años de prisión.

Aduce que, ante la unidad de gestión municipal, existe un concurso ideal de delitos, un solo hecho como única actividad delictiva.

Refiere en particular, que la resolución es absurda porque el juez de la instancia previa se aleja del concepto social de acción sin establecer cuál es ese concepto.

Dice que no razona la relación entre acción en sentido final y sentido social y no analiza el fallo de casación de esta Corte, aludiendo a él sólo para apartarse del mismo. Indica que por estos motivos el juzgador de la instancia anterior se decide a favor de la existencia de un concurso real, en lugar de un concurso ideal de delitos.

Destaca que debió ajustarse a ese fallo de esta Corte.

Aduna que eso lo lleva a valorar solamente la conducta de Ojeda, sin analizar la acción social que incluye el plan concreto del grupo liderado por Salgado; que en ese grupo se encontraba también Ojeda, por lo que no debió ser excluido.

Apunta que este Cuerpo, al decidir la libertad caucionada de Salgado, encuadró la conducta del Intendente de Santa Rosa, en un concurso ideal.

Concretamente, expresa que la motivación de la resolución es ilógica, arbitraria, absurda y carente de pruebas.

Explica que el tribunal de la instancia anterior dice que va a seguir el concepto de acción como conducta humana, dentro de la vertiente finalista, para lo que manifiesta que se debe tener en cuenta la singularidad de la acción, que se caracteriza por el plan concreto del autor.

O sea, la acción exclusivamente en un sentido finalista y no en un sentido social, apartándose del concepto analizado en forma extensa por esta Sala, con distinta integración en la resolución sobre la prisión preventiva de Salgado, ya mencionada, desconociéndola.

Aduce que el concepto social de acción llevaría al concurso ideal de delito y a la aplicación de non bis in idem. Indica que tampoco valoró pruebas decisivas, como ser la instrumental y testimonial de la causa principal 120.873.

Menciona que en la causa donde fue condenado Ojeda, éste le entregó a Lezcano las facturas y luego emitió cheques, por lo que la condena es como partícipe necesario en administración fraudulenta en grado de tentativa. Y en la causa N° 120.873, a la que accede este incidente, las acciones son libramiento de cheques sin autorización, a sabiendas que no debían ser cobrados.

Explica que el inferior se vale de rumores, como si fueran indicios, lo que ocurre cuando interpreta que la conducta de Ojeda no sólo fue para hacer frente a la crisis del municipio, sino que fue también para adquirir inmuebles, vehículos, adjudicaciones de obras.

Sobre **los vicios in iudicando**, se queja por la aplicación e interpretación de las reglas del concurso de delitos.

Dice que en primer lugar hay que determinar si la administración de Santa Rosa entre el 13 de marzo de 2015 al 1 de febrero de 2016 se subsume en el tipo de administración infiel, deteniéndose en el elemento subjetivo, esto es procurar para sí o tercero un lucro indebido o causar daño, más allá del dolo como ardid de toda estafa. Entiende que, a la luz del concepto final de acción o concepto social, el tipo penal de fraude a la administración pública no especifica cuáles son los movimientos, las conductas que se deben desarrollar para violentar el bien jurídico en cuestión.

Agrega que el perjuicio a la administración pública es un concepto que se deja abierto a la interpretación del juez, para que exprese cuáles son las conductas que provocan ese perjuicio y quedan atrapadas en el tipo.

Relata que la emisión de cheques sin fondos realizada con el plan global requiere una interpretación a la luz de ese tipo de fraude a la administración pública, dado que cualquier conducta que implique, derive o provoque el resultado específico de perjuicio a la administración, será absorbido por éste. De tal manera, el designio criminoso global de ejecuciones típicas para solventar la crisis del municipio.

Expresa que las conductas que provocan el perjuicio a la administración pueden ser a través de otros delitos: peculado y emisión de cheques sin fondo, por lo que se debe proceder a la exclusión de los delitos prementados por la especialidad del delito de fraude a la administración pública, ya que constituyen una etapa previa de éste.

Sobre la **identidad del objeto**, menciona que son las conductas realizadas en el municipio durante el 13 de marzo de 2015 al 1 de febrero de 2016, que es la conducta por la que fue condenado su pupilo: hechos que ocurrieron entre setiembre a diciembre de 2015, por lo que se estaría ante una modalidad más dentro del plan global del grupo, de donde deriva que el juez aplicó mal las reglas del concurso, dado que el encuadre correcto sería el concurso ideal de delitos o, en su defecto, el delito continuado.

Agrega que la unidad de gestión municipal debe ser interpretada como una única actividad delictiva (art. 54 CP), y que en el caso contrario se lo estaría juzgado dos veces por el mismo hecho.

Refiere que el art. 173 inc. 7 CP tiene en mira la totalidad de la gestión del patrimonio ajeno, por lo que los distintos episodios infieles, no implican reiteración.

Reitera que se realizó una errónea interpretación y aplicación de los arts. 173 inc. 7, 174 inc. 5 y último párrafo, 54, 55 y 56 del Código Penal. Cita doctrina y jurisprudencia.

Finalmente, hace reserva de caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador

El Procurador General considera que debe rechazarse el recurso en su aspecto sustancial, porque el juez de la instancia previa brindó los fundamentos, ajustados a derecho, por los que estimó que el recurso de apelación no resultaba procedente.

Entiende que los hechos por los que fue condenado Ojeda son distintos a los que se investigan en estos obrados.

Además, refiere que **las consideraciones efectuadas en el caso de Salgado, no pueden ser aplicadas a Ojeda.**

De tal modo, el recurso formulado en esta instancia sólo expresa una mera discrepancia del impugnante con la conclusión del tribunal.

4.- La solución del caso

Voto Dra. Day. Preopinante

Puesta a resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado Franco Ojeda considero que, por los argumentos que a continuación se exponen, la impugnación resulta improcedente.

En lo sustancial, la defensa plantea que existe vulneración de la garantía según la cual no es posible encausar y/o juzgar a una persona más de una vez por los mismos hechos.

Funda su postura en que los hechos perseguidos en las presentes actuaciones serían los mismos por los cuales Ojeda fue juzgado en la causa N° 4.237/16, de modo que estaríamos frente a un solo hecho como única actividad delictiva. Tal como adelanté, no comparto la posición de la defensa.

En efecto, la garantía conocida como **non bis in idem** prevista por el **art. 26 de la Constitución de Mendoza** y por el art. 1 del CPP que prohíbe la doble persecución penal «[a]mpara a toda persona que ya en una oportunidad ha sido sometida a la jurisdicción, evitando o impidiendo que pueda ser nuevamente objeto de investigación por la misma conducta que en la oportunidad anterior y en base a la misma pretensión jurídica» (COUSSIRAT, Jorge, Código Procesal Comentado de la Provincia de Mendoza, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2013, pp. 16/17).

Ahora bien, para poder afirmar que estamos frente a un «mismo hecho» es necesario que exista «identidad de objeto procesal» –el hecho histórico que se estima producido y que es motivo de investigación y juzgamiento–, «identidad de causa de persecución» –en cuanto pretensión requirente hecha valer en un proceso penal anterior en relación con la naturaleza de la jurisdicción y competencia material del primer órgano jurisdiccional– e «identidad de persona» (**ob. cit. pp. 18/19; en igual sentido, CAFFERATA NORES, José I., «La garantía del “non bis in idem” ¿Implica la misma causa de persecución?, LL- 1996 B-644**).

Nada de ello ocurre en la presente causa, donde los hechos investigados no son los mismos por los que ya fue condenado Franco Ojeda. En efecto, con fecha 18 de junio de 2018 se condenó a Ojeda en el expediente N° 4.237/16 porque presentó facturas apócrifas de la empresa Lubricentro Tirasso, entre los meses de septiembre a diciembre de 2015.

Esas facturas se pagaron a través del libramiento de cheques del Banco Santander Río.

También, porque se hallaron cuatro órdenes de pago por compras a la misma empresa, que fueron pagadas con cheques, sin que encontrarán facturas que respaldara aquellas compras.

De tal manera, aquella causa se relaciona con la empresa Lubricentro Tirasso, que no era proveedora de la comuna de Santa Rosa, ni sus directivos estaban enterados de la disposición de fondos que hizo en su favor la Municipalidad.

Estos hechos son notoriamente diferentes a los investigados en las presentes actuaciones, que tramitan con el N° 120.873/15.

En efecto, en esta causa se acusa a Ojeda de haber librado cheques sin autorización para girar en descubierto, sin una actuación de la administración respaldatoria, a sabiendas que no podrían ser cobrados y que iban a ser entregados a financieras.

Concretamente, la acusación consiste en que desde el 12 de marzo de 2015 hasta por lo menos el 1 de febrero de 2016, el Banco de la Nación Argentina, sucursal Santa Rosa, rechazó por falta de fondos suficientes, la cantidad de cuatrocientos ochenta y dos cheques girados sobre cuentas corrientes bancarias, cuya titular era la Municipalidad de Santa Rosa, por un valor total de \$ 23.892.878.

Por lo menos ciento diez de esos cheques no habrían sido registrados como emitidos en el Libro Banco que lleva la Tesorería Municipal y no fueron librados en el marco de una actuación administrativa que justificara su emisión, lo que habría producido un perjuicio económico evidente al existir una serie de demandas judiciales contra la Municipalidad, en procura de su cobro por esta vía.

Esos cheques comunes, no de pago diferido, habrían sido suscriptos por Salgado, Trigo y Lezcano en algunos casos y por Salgado, Ojeda y Lezcano, en otros, siendo posteriormente rechazados por el Banco de la Nación Argentina, cuando sus tenedores los presentaron al cobro.

Asimismo, en las cuentas corrientes bancarias del Banco de la Nación Argentina, Banco Santander Río y Banco Francés titularizadas por la Municipalidad de Santa Rosa sólo habría recibido una parte de esos fondos. Por otra parte, el 18 de enero de 2016 Salgado por medio del decreto N° 097/2016 habría ordenado la baja de las firmas de Trigo, Ojeda y Funes ante el Banco de la Nación Argentina.

No obstante, con posterioridad a esa fecha, el 1 de febrero de 2016 ingresó a aquel banco, para su cobro, vía depósito, el cheque N° 45.657 emitido el 29 de enero de 2016.

Así, a pesar de estar inhabilitados para hacerlo Ojeda, junto con Salgado y Lezcano, habrían suscripto un cheque a sabiendas que no podría ser cobrado al ser presentado. De lo expuesto, y como se dijo, claramente surge que Franco Ojeda no está siendo investigado en las presentes actuaciones por los mismos hechos por los que fuera condenado en la causa N° 4.237/16.

En este orden, considero que asiste razón al representante del Ministerio Público Fiscal cuando al momento de realizarse la audiencia de informe oral del recurso interpuesto sostuvo que, de acuerdo con el momento por el que transita la presente causa, no existen elementos de prueba que permitan sostener, tal como afirma la defensa, la existencia de un plan global.

Por el contrario, lo que se advierte conforme la acusación, es la presencia de actos que se van renovando a lo largo del tiempo y con distinta forma de actuación.

Esta última estaría constituida por actos ópticamente diferentes, con marcadas características externas que hacen notar que se trata de comportamientos distintos, desde el aspecto externo y en cuanto a la forma de imputación al acusado. Se trata así de modalidades de fraude distintas, con diversos significados jurídicos y diferentes grados de intervención del acusado.

En otro orden, estimo que tampoco asiste razón a la defensa cuando afirma que el juez de la instancia previa no consideró el concepto de acción asumido por esta Sala, con diferente integración, al expedirse sobre la procedencia de **una medida de coerción impuesta al coimputado Sergio Salgado**.

Al respecto, comparto la apreciación del representante del Ministerio Público Fiscal en el sentido que de aquella sentencia **dictada por la Sala II –reitero, con distinta integración– no se extrae la conclusión con la que defensa pretende avalar su pretensión**.

En efecto, en aquella ocasión y entre los aspectos más relevantes, esta Sala refirió – más allá de que se compartan, o no, las consideraciones allí expuestas y el sentido de la solución– que, en función del estado de la causa y en ese estadio del proceso, no se encontraba acreditada la existencia de una asociación ilícita.

También, **asignó una calificación jurídica diferente a los hechos investigados**. Al respecto, estimo que se imponen dos consideraciones. La primera, en aquella ocasión sólo se analizó la situación procesal de Sergio Salgado, circunscripta a un momento procesal determinado **y en un contexto de provisoriedad**, por lo que lo allí estimado no resulta necesariamente extensible a Franco Ojeda.

A tal punto ello es así que, con el avance de la causa y el juzgamiento de Sergio Salgado, las calificaciones legales fueron precisadas de manera distinta a esa oportunidad.

En efecto, en la sentencia n° 68 del Tribunal Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción Judicial se condenó por resultar autor penalmente responsable de los delitos de concusión, desobediencia, malversación de caudales públicos, fraude a la administración pública en la modalidad de administración infiel en grado de tentativa, en concurso real.

La segunda, a mi modo de ver, la eventual existencia de un mismo plan delictivo destinado a defraudar al municipio de Santa Rosa no conlleva a considerar que los comportamientos delictivos realizados como derivación de aquél deban ser concursados de manera ideal o que exista un delito continuado.

Finalmente, no pueden ser de recibo en esta instancia los cuestionamientos vinculados con la prueba que sustenta la acusación y la calificación jurídica de los hechos atribuidos en la presente causa al acusado Franco Ojeda por cuanto ello no resulta materia de casación (arts. 475 y 478, inc. 3 del CPP).

De tal modo, la crítica relativa a que el juez de la instancia anterior ha omitido valorar la totalidad de las pruebas instrumental y testimoniales producidas en la causa principal no puede ser acogida, así como tampoco el resto de los agravios esgrimidos.

Ello, a tenor de los fundamentos dados en la presente decisión.

En definitiva, se impone el rechazo del recurso de la defensa en razón de que en la presente causa se investigan hechos diferentes a aquellos por los que Franco Ojeda resultó condenado en la causa Nº 4.237/16.

Tal como afirma el Ministerio Público Fiscal en esta instancia, la circunstancia de que se **trate de una gestión pública continuada y de un solo patrimonio público afectado, no justifica, necesariamente, que se trate de un solo hecho.**

De tal manera, no se advierte defecto ni arbitrariedad alguna en la resolución de la instancia previa cuestionada por la defensa.

Por lo tanto, en opinión concordante del Procurador General, corresponde contestar de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dras. Miquel y Carabajal. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, las DRAS. SILVINA MIQUEL Y MARÍA TERESA CARABAJAL adhieren, por sus fundamentos, al voto que precede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, LA DRA. MARÍA TERESA DAY, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión las DRAS. SILVINA MIQUEL Y MARÍA TERESA CARABAJAL adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, LA DRA. MARÍA TERESA DAY, DIJO: Atento al resultado de la primera cuestión, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión las DRAS. SILVINA MIQUEL Y MARÍA TERESA CARABAJAL adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 84/104 por la defensa de Franco Federico Ojeda Palma.
- 2.- Tener presente la reserva formulada.
- 3.- Imponer las costas al imputado vencido y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DRA. MARÍA TERESA DAY Ministro DRA. SILVINA MIQUEL Juez de Cámara DRA. MARIA TERESA CARABAJAL Juez de Cámara

4- PATTI GOBBI. 07-04-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	-	-	-	-	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474
-	-	-	-	-	-	-	A	-	-	-	-	-	-	417

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=801>

Lex: Art. 181 del CP. Art. 417 del CPP

Vox: Usurpación. Prescripción. Audiencia de acusación. Virtualidad interruptiva.

Summa:

El JPC rechazó la solicitud de sobreseimiento del imputado.

La **defensa** interpone recurso de casación contra la resolución en virtud de la cual se rechazó la solicitud de sobreseimiento del imputado, fundado en las causales previstas en el art. 353, incs. 1, 2 y 4 del CPP. (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Auto pronunciada por el JPC Nº 2- 1º CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Dr. Adaro.

- autos «Cortez Torres» e «Hidalgo», entre otros.
- precedentes «Asat Haltky», «Galfo Ramírez» y «Prieto, Marin».
- «Jacamo Castro», «Di Santo Diovanni», «Perdiguez» y «López Puelles», entre otros).

Dr. Palermo.

El Dr. Palermo deja a salvo su postura: "...reiterando el criterio desarrollado en los precedentes «Galfo Ramírez» y «Prieto, Marina», en los que sostuve que **no se puede asignar virtualidad interruptiva a la solicitud de audiencia de acusación**, prevista en el **art. 417 quater del CPP** vigente en nuestra provincia de Mendoza. "

b-CSJN

- **Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso «Acosta».** Menciona también los precedentes «Mattei» y «Mozzatti» de ese Tribunal y los arts. 7.5 y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuanto a la aplicación de la garantía del «**plazo razonable**». En esa línea de razonamiento, analiza el **fallo «Barra»** de la Corte Federal puesto que, a su entender, determina la prescripción de la acción penal si el proceso se prolonga más allá del máximo de la pena prevista para el delito investigado. Solicita la prescripción de la acción penal por entender que el hecho posesorio se remonta al año 2004.

Precedentes relacionados

I-USURPACION. Art. 181 del CP.

- Asat Haltky. 23-08-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=393>
- Yañez Pavez. 07-02-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=6>

- Benite Riera. 12-03-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=16>
- Nyman Villegas. 26-03-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=24>
- Rossi San Julián y ot. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=248>
- Baez Rios. 18-05-20. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=299>
- Agüero Alvino. 30-03-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=594>
- Falido Pizarro. 10-05-21. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=474>
- Martinez Troncoso. 16-09-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=516>
- Abbba Castillo. 09-11-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=678>
- Patti Gobbi. 07-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=801>
- Molina Acevedo. 05-12-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=975>

II-ACTO INTERRUPTIVO. SOLICITUD DE AUDIENCIA DE ACUSACIÓN. PRESCRIPCIÓN. Art. 417 quater CPP

- Asat Haltky. 23-08-18. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=393>
- «Galfo Ramírez» 16-10-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=405>
- «Prieto, Marin»: 26-11-20. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=452>

- CSJM. Dres.: **Adaro**. Valerio. Llorente

- **Fallo:**
- **CUIJ: 13-05358952-3/1((018502-155659)) FC/ PATTI GOBBI BERNARDO P/ USURPACION P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105530893***
- En Mendoza, a los siete días del mes de abril del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05358952-3/1 caratulada “F. C/ PATTI GOBBI, BERNARDO P/ USURPACIÓN S/ CASACIÓN”.
- De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO; segundo, DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero, DR. OMAR A. PALERMO.
- La defensa de Bernardo Eugenio Osvaldo Patti Gobbi interpone recurso de casación contra la resolución en virtud de la cual se rechazó la solicitud de sobreseimiento del imputado, fundado en las causales previstas en el art. 353, incs. 1, 2 y 4 del CPP; pronunciamiento dictado por el Juzgado Penal Colegiado N° 2 de esta Primera Circunscripción Judicial en autos P-155.659/17.
- De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:
 - PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?
 - SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERO: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO:

1.- La resolución impugnada

El tribunal a quo resolvió del modo precedentemente señalado, por entender que el sobreseimiento basado en el art. 353, incisos 1 y 2 del CPP requiere certeza negativa y «[...] no está acreditado con certeza, en este caso, que no exista delito y que, en caso que existiera, sea con la participación del imputado [...] en esta etapa procesal [...] sí se encuentra acreditada la posesión anterior por parte de la señora Rinaldi. Esta posesión anterior [...] entiendo que es el presupuesto, la base del delito [...] a mi modo de ver, sí existió el despojo, existe tal actividad, existe uno de los modos, de acuerdo al art. 181, para invadir el inmueble en este caso particular. Esa es la hipótesis que yo tengo por acreditada, obviamente no con certeza positiva [...] [No obstante] en esta instancia procesal existe [...] [lo] necesari[o] como para seguir con la investigación a fin de determinar [la existencia del delito] y que se resuelva la situación procesal del imputado [...]». Luego de reseñar la versión de los hechos dada por el acusado y por la querellante particular, sostuvo que ambas se encuentran controvertidas, pero que tiene como indicadores de la posición dominial de la señora Rinaldi «la prueba documental que se ha incorporado con respecto de los títulos». Por otro lado, consideró que a partir del momento en que la Municipalidad tira la medianera y se impide el acceso por el frente de la propiedad, es cuando el acusado y su familia se arrogan la facultad de terminar el trabajo que aquel organismo no había terminado. Señaló que, de ese modo, Patti sacó el palo, levantó el muro medianero, configurando con su conducta el despojo e invadiendo el inmueble contiguo.

Entendió, además, que noviembre de 2017, cuando la denunciante no pudo ingresar al domicilio, sería el momento en que considera acreditado el despojo. Señaló que el próximo acto interruptivo de la prescripción es el avoque de fecha 7 de junio de 2018 y, con posterioridad, la solicitud de la audiencia de

acusación del año 2019. Por lo que, teniendo en cuenta que no habría transcurrido entre esos actos el tiempo establecido como pena máxima del delito de usurpación, concluyó que la acción penal no se encuentra prescrita en estos obrados (constancias audiovisuales de fecha 15/11/2019).

2.- El recurso de casación de la defensa de Bernardo Patti Gobbi

La recurrente entiende que en la resolución cuestionada se ha efectuado una errónea interpretación de la ley sustantiva puesto que se ha interpretado en forma extensiva el concepto de secuela de juicio.

Expresa que la jueza de instancia previa ha aplicado erróneamente el art. 67 del CP, en tanto señala un acto interruptor allí donde la ley no lo dispone y toda vez que considera una fecha de los actos posesorios muy posterior a la indicada por su asistido. Así, sostiene que los hechos por los cuales Patti tendría posesión sobre el bien en discusión son del año 2004, según declaró el propio acusado y su familia, y según sostuvieron en el Tribunal de Gestión Asociada N° 4, en autos N° 401.735 **caratulado «Rinaldi, Analía Bibiana c/Patti Gobbi, Bernardo Eugenio y Cary, María Magdalena p/ acciones posesorias y tenencia»**. Agrega que ese expediente permite demostrar que la posesión que detentan los acusados en relación con el inmueble objeto del proceso es anterior a la que ha entendido el Ministerio Público Fiscal.

En ese orden, expresa que sus defendidos poseen el inmueble aludido desde hace más de quince años, en forma pacífica, continua e ininterrumpida, con el ánimo de ser dueños. Relata que en el año 2004 María Magdalena Cary compró el terreno ubicado en calle Francisco de la Reta 697 de San José, Guaymallén. Desde el momento en que tomaron posesión de ese predio, el inmueble ubicado en calle Francisco de la Reta 705/711 estaba desocupado, encontrándose en el lugar una vivienda en condiciones deplorables, prácticamente en ruinas. Agrega que, al advertir los acusados que nadie ingresaba en el terreno vecino y que el lugar se deterioraba, comenzaron a hacer obras, suponiendo que había sido abandonado por sus dueños.

Que, durante los años 2010 y 2011, Bernardo Patti arregló el frente del inmueble, las paredes laterales, resolvió problemas de humedad en las paredes divisorias, apuntó muros que estaban caídos, además de pagar los servicios e impuestos.

El impugnante destaca que el 7 de junio de 2016, la Dirección de Obras Privadas de la Municipalidad de Guaymallén emplazó a Bernardo Patti a apuntalar el muro de adobe colindante al pasillo de acceso a viviendas. Esto, a su criterio, pone en evidencia que quienes poseían el inmueble para esa fecha eran los acusados de autos. También el informe de agregado a fs. 31 de estos obrados, en el que la repartición aludida señala que Osvaldo Patti es el propietario del inmueble en cuestión. Añade que luego de siete meses desde la inspección municipal, la denunciante Analía Bibiana Rinaldi se presentó en el expediente donde tramitaba la demolición de la vivienda, pidiendo una extensión del plazo para realizar la demolición del inmueble y expresando que tenía dos personas trabajando allí.

El recurrente señala que, no obstante, esa circunstancia no pudo ser corroborada en el expediente como tampoco la posesión del predio por parte de Rinaldi. Destaca la defensa del acusado que, en el marco del expediente aludido, se determinó que el titular registral del inmueble es Ángel Dejorji y a esa persona se dirigió la cédula mediante la que se notificó el decreto municipal por el que se ordenó la demolición del edificio, comunicación que fue recibida por Bernardo Patti.

Asimismo, señala que, a fines del año 2016, María Magdalena Cary comenzó los trámites pertinentes a fin de obtener el título supletorio, tales como plano de mensura, publicación de edictos (26/5/2017) y cancelación de embargos e inhibiciones, por lo que, a su entender, los acusados han demostrado ser poseedores del inmueble desde el año 2004 y, como consecuencia de ello, la acción penal por el delito de usurpación se encuentra prescrita.

En ese orden, sostiene que el único acto que interrumpe la prescripción de la acción penal es la sentencia. Cita doctrina al respecto. A partir de allí considera que corresponde aplicar al caso la ley penal más benigna y el principio pro homine establecido por la **Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso «Acosta»**. Menciona también los precedentes «Mattei» y «Mozzatti» de ese Tribunal y los arts. 7.5 y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuanto a la aplicación de la garantía del «plazo razonable». En esa línea de razonamiento, analiza el fallo **«Barra» de la Corte Federal** puesto que, a su entender, determina la prescripción de la acción penal si el proceso se prolonga más allá del máximo de la pena prevista para el delito investigado. Solicita la prescripción de la acción penal por entender que el hecho posesorio se remonta al año 2004.

Expresa que, aún cuando la jueza de garantías consideró que la fecha del hecho era de noviembre de 2017, lo cierto es que el propio Ministerio Público Fiscal reconoce que no hay fecha cierta. En función de ello, el recurrente considera que no existe en autos fecha cierta y tampoco conducta típica atribuible penalmente a Bernardo Eugenio Patti Gobbi, ya que se está discutiendo la titularidad de un bien inmueble, lo que debe dilucidarse en sede civil y no penal. Expresa que la jueza interviniente rechazó el planteo defensivo de inexistencia del delito y también la prescripción de la acción penal por considerar que los hechos posesorios datan del año 2017, sin dar razones suficientes para descartar que los hechos posesorios atribuibles a su defendido fueron en el año 2004, cuando tuvo que apuntalar una pared del inmueble objeto del litigio, conforme sostuvo esa defensa. Y que, en virtud de ello, la acción penal por el delito de usurpación estaría prescripta.

Asimismo, sostiene que el tribunal de instancia anterior tampoco ha precisado cuál es la conducta atribuible y cuándo se produjo. En ese orden, señala que en la resolución recurrida se considera que prima facie existiría despojo, pero esa afirmación no se condice con las pruebas reunidas en la causa.

Agrega que no existió violencia, ni clandestinidad, ni amenazas, ni ningún elemento típico de la figura de usurpación en el comportamiento del acusado.

Que, por el contrario, Patti trató siempre de evitar daños a las personas en una propiedad que estaba abandonada y derrumbándose. En función de ello, solicita se haga lugar al recurso de casación interpuesto, se declare la prescripción de la acción penal y se ordene el sobreseimiento de Osvaldo Patti Gobi. Formula reserva del caso federal.

Durante la celebración de la audiencia para informar oralmente, la defensa técnica del acusado expresó que, atento al tiempo transcurrido, el único agravio que permanecía vigente es el referido a la prescripción de la acción penal. En ese orden, reiteró los argumentos vertidos en su presentación escrita y expresó que desde el avoque no se había producido **ningún acto interruptivo de la prescripción** por lo que consideró que la acción penal en la presente causa se ha extinguido. En virtud de ello, solicitó el sobreseimiento de su defendido en función del art. 353, inc. 4 del CPP.

3.- Dictamen del Procurador General

En oportunidad de emitir su dictamen, el Procurador General considera que el recurso de casación articulado debe ser rechazado en lo sustancial, toda vez que la resolución impugnada no es arbitraria y se encuentra debidamente fundada. Asimismo, considera que la causal de sobreseimiento invocada requiere certeza en su configuración y que resulta necesario ventilar en forma amplia, en el curso del debate, el extremo temporal y disipar las dudas que alberga la defensa sobre la fecha en el que el delito atribuido se habría consumado.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Analizada la resolución cuestionada y los planteos del recurrente, estimo que corresponde rechazar el recurso de casación deducido por la defensa de Bernardo Patti Gobbi, conforme se explicará a continuación. Los agravios casatorios de la defensa se centran en cuestionar, por un lado, el rechazo del sobreseimiento de su defendido basado:

- 1) en las causales previstas en el art. 353, incs. 1 y 2 del CPP;
- 2) en la prescripción de la acción penal (art. 353, inc. 4 del CPP).

En ese orden y sin perjuicio de no haber sido mantenido durante la audiencia de informe oral, corresponde señalar que el primero de los cuestionamientos casatorios es formalmente improcedente, puesto que la resolución que rechazó la solicitud de sobreseimiento basada en que el hecho investigado no se cometió o no lo fue por el imputado (art. 353, inc. 1 del CPP) y la fundada en una supuesta atipicidad (art. 353, inc. 2 del CPP), no se encuentra entre aquéllas susceptibles de ser revisadas en esta instancia.

Ello de acuerdo a las consideraciones expuestas en diversos precedentes de este Tribunal (**«Jacamo Castro», «Di Santo Diovanni», «Perdiguez» y «López Puelles», entre otros**). De tal manera, y más allá de que el agravio no fuera mantenido por la defensa en la instancia de informe oral del recurso, lo cierto es que el recurso en ese aspecto tampoco hubiera resultado procedente en tanto no reúne los recaudos de impugnabilidad objetiva exigidos normativamente.

En lo que concierne al segundo de los cuestionamientos propuestos por la defensa del acusado, concretamente, el planteo de extinción de la acción penal por prescripción y la interpretación que el tribunal de instancia previa efectuó del art. 67 del CP, entiendo que en la resolución impugnada no se verifica ninguna falencia que conduzca a una solución distinta a la adoptada por la jueza interviniente, como pretenden los recurrentes.

En ese aspecto, los letrados defensores sostienen que se ha señalado un acto interruptor allí donde la ley no lo dispone y que se tuvo en cuenta una fecha de los actos posesorios muy posterior a la indicada por su asistido.

No obstante, y si bien la defensa técnica insiste en que su defendido es quien ostentaba la posesión del inmueble en litigio desde el año 2004 y que, en virtud de ello, al tiempo en que se produjo la demolición del inmueble por orden de la Municipalidad de Guaymallén la acción penal por un eventual delito de usurpación ya habría prescrito, lo cierto es que la jueza de instancia previa fue muy clara al sostener que esas circunstancias eran justamente el objeto de la controversia y que la etapa procesal propicia para dilucidarla era el debate oral y público.

Entiendo que esa última consideración es acertada y en virtud de ello, resulta pertinente que la cuestión se dirima en la etapa procesal oportuna –el juicio propiamente dicho– y, en caso de corroborarse la hipótesis defensiva y de reunirse los demás recaudos exigidos por la ley de fondo, se declare la prescripción de la acción penal.

Por otro lado, tampoco advierto que en la resolución impugnada se haya interpretado erróneamente la ley sustantiva, en cuanto establece los actos interruptivos de la prescripción.

Ello, teniendo en cuenta que la jueza hizo referencia a lo que entendió como punto de partida del curso de la prescripción, esto es, el día de la comisión del delito, en noviembre de 2017 (entre los días 7 y 10, conforme la solicitud de audiencia de acusación), cuando consideró acreditado el despojo, de acuerdo con el grado de convicción propio de la etapa procesal transitada. Así, como primer acto interruptivo

consignó el avoque que tuvo lugar el día 7 de junio de 2018 y, finalmente, la solicitud de audiencia de acusación de fecha 29 de abril de 2019.

De ese modo, **el primero de los actos interruptivos enunciados** por la jueza se corresponde con el primer llamado efectuado a una persona, en el marco de un proceso judicial, con el objeto de recibirle declaración indagatoria por el delito investigado, dispuesto por el art. 67, 5° párrafo, inc. b del CP, de acuerdo con el criterio mantenido por este Tribunal y consignado en **autos «Cortez Torres» e «Hidalgo», entre otros.**

En relación con el segundo de los actos interruptivos mencionados, resulta oportuno recordar que la solicitud de audiencia de acusación en los procesos correccionales es equivalente al requerimiento acusatorio de apertura o elevación a juicio, establecido por el art. 67, 5° párrafo, inc. d) del CP, conforme el criterio mayoritario de esta Sala desarrollado en los precedentes «Asat Haltky», «Galfo Ramírez» y «Prieto, Marina».

En aquellas actuaciones, se sostuvo que «no obstante la variación entre requerir al Juez Correccional decreto de citación a juicio y requerir al mismo magistrado audiencia de acusación, no se advierte en la reforma legislativa ninguna modificación que haya alterado la finalidad del acto ni sus efectos y tampoco los recaudos formales para su procedencia.

Tal es así, que en el requerimiento del decreto de citación y en la solicitud de audiencia de acusación deben observarse idénticos requisitos, esto es, la individualización del o los imputados, la enunciación de los hechos y su calificación legal, siempre que se haya concluido la información sumaria y existieren «elementos de convicción suficientes para sostener como probables la participación punible del imputado en el hecho intimado» (**art. 417 quater**)», lo que entiendo resulta aplicable al caso.

En definitiva, considero que el tribunal de instancia previa sostuvo acertadamente que desde la comisión del delito investigado no se ha producido la prescripción de la acción penal y que el acaecimiento de una eventual prescripción de la acción penal con anterioridad a la fecha del supuesto hecho delictivo debe ser dilucidada en el debate oral y público, teniendo en cuenta que existen cuestiones controvertidas por las partes que resultan imprescindibles para su determinación.

En función de ello, entiendo que no se verifican en los fundamentos bajo análisis ninguna de las falencias denunciadas por el recurrente, ni arbitrariedades en el razonamiento allí expuesto, que impliquen su descalificación como acto procesal válido.

En virtud de lo expuesto, entiendo que corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión sometida a consideración de esta instancia. **ASÍ VOTO.**

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto Dr. Palermo. Coincide. Ampliatorio. Audiencia de acusación. Virtualidad interruptiva.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, POR SU VOTO, DIJO: Comparto las conclusiones a las que llega mi colega de Sala en relación con la improcedencia del recurso casatorio interpuesto.

No obstante, debo aclarar mi posición con relación con el segundo de los **actos interruptivos** de la prescripción mencionados por la jueza de instancia previa, esto es, la solicitud de audiencia de acusación efectuada por el representante del Ministerio Público Fiscal.

Al respecto, corresponde reiterar el criterio desarrollado en los precedentes «Galfo Ramírez» y «Prieto, Marina», en los que sostuve que no se puede asignar virtualidad interruptiva a la solicitud de audiencia de acusación, prevista en el art. 417 quater del CPP vigente en nuestra provincia de Mendoza.

En efecto, en aquella oportunidad señalé **que «la audiencia de acusación ya referida consta de dos etapas claramente diferenciadas en la norma que la regula.**

La primera destinada a la formalización de la acusación, planteo de defensas –puesto que no existe otra oportunidad para hacerlo–, o de solicitudes de aplicación de algún criterio de oportunidad o juicio abreviado; y la segunda, prevista ante el fracaso de la primera etapa, comprensiva de los actos propios de la audiencia preliminar como consecuencia del requerimiento acusatorio de citación de las partes a juicio (arts. 364, último párrafo; 366; 367; 368; 369 y 370 del CPP)».

De tal manera, «el pedido de audiencia referido no constituye un acto que pueda ser asimilado al requerimiento de citación a juicio, puesto que no tiene más efecto que clausurar la información sumaria o investigación sumaria como investigación fiscal y procurar que la OGAP o el juez correccional fijen fecha de audiencia para «sostener oralmente la acusación fiscal», como expresa la propia ley (art. 417 quater del CPP)».

En función de ello, «no es el pedido de audiencia de acusación el acto equiparable al requerimiento de citación a juicio, sino **la «formulación de la acusación»** que el representante del Ministerio Público Fiscal efectúe luego de abierta la audiencia aludida (**art. 417 quinquies del CPP**)».

Aplicadas estas consideraciones al caso concreto, resulta claro que aún cuando la audiencia de acusación no se ha efectuado, el último acto con virtualidad interruptiva del curso de la prescripción de la acción penal es el avoque de fecha 7 de junio de 2018.

En consecuencia, al momento en que la jueza de instancia previa resolvió el planteo defensivo no habían transcurrido los tres años que **prevé el art. 181 del CP como pena máxima del delito de usurpación** y, por lo tanto, no había acaecido la prescripción de la acción penal en las presentes actuaciones, por lo que considero que –sin perjuicio del criterio asumido– la resolución impugnada debe ser convalidada.

Sin perjuicio de ello, entiendo que, si a la fecha no existiere otra causal interruptiva del curso de la prescripción de la acción penal –art. 67, 4° párrafo inc. a) C.P.–, resultará procedente el dictado del sobreseimiento basado en la causal prevista en el art. 353, inc. 4 del CPP.

ASÍ VOTO. SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios, para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Bernardo Eugenio Osvaldo Patti Gobbi y, en consecuencia, confirmar la resolución de fecha 10 de marzo de 2020 dictada por el Segundo Juzgado Penal Colegiado de esta Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

5- PARISI. 28-11-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	-	-	-	-	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=971>

Lex: Art. 172 del CP. Art. 475, 353 del CPP.

Vox: Estafa genérica. Control de impugnabilidad objetiva. Sobreseimiento. Principio de taxatividad legal del art. 475 del CPP. Defectos en la captación digital advertidos. Ausencia de fundamentos.

Summa:

El **TPC** rechazó el recurso de apelación contra la decisión de la jueza del JPC N° 1 que, a su vez, desestimó el planteo de nulidad y el pedido de sobreseimiento, ambos articulados por aquella parte.

La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que no resulta formalmente procedente.

La **SCJM** resolvió hacer lugar el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Auto pronunciado por el TPC N° 2-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Sánchez Gutiérrez 29-06-21. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=664>

Precedentes relacionados

- Ros Ibarra. 29-05-20: Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=312>

Doctrina citada.

Palomino Ángeles Elisa, Conservación y resguardo de las videgrabaciones judiciales, El Dial, México, p. 6.

SCJM. Dres.: **Valerio.** Palermo. Adaro.

Fallo:

CUIJ: 13-06869605-9/1((018602-29830)) PARISI JORGE OMAR (29830) (79663) P/ ESTAFA GENERICA P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106118745*

En Mendoza, a los veintiocho días del mes de noviembre del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06869605-9/1 caratulada "PARISI JORGE OMAR (29830) (79663) P/ ESTAFA GENERICA P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. MARIO D. ADARO.

La defensa de Jorge Omar Parisi interpone recurso de casación contra la resolución emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de esta Primera Circunscripción Judicial en los autos n° R (P)-29830/17, en tanto rechaza el recurso de apelación contra la decisión de la jueza del Juzgado Penal Colegiado N° 1 que, a su vez, desestimó el planteo de nulidad y el pedido de sobreseimiento, ambos articulados por aquella parte. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre honorarios

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El tribunal de la instancia anterior rechazó el recurso de apelación interpuesto por el defensor técnico de Jorge Omar Parisi y confirmó la decisión adoptada por la jueza del Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.

Los fundamentos de esa decisión fueron vertidos en forma oral en el marco de la audiencia celebrada en fecha 15 de marzo del año 2.022.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa de Jorge Omar Parisi impugna la resolución individualizada en el acápite precedente, por considerar que adolece de vicios que la tornan nula, de nulidad absoluta e insanable y, por tanto, en un acto inexistente.

Refiere que la reproducción del soporte digital en que fue registrada la audiencia oral en la que se adoptó la decisión impugnada, comprueba la presencia de defectos en el audio respectivo, el que mayormente se encuentra distorsionado e incompleto.

Advierte que ese defecto se hace evidente desde el minuto 00:10:00 aproximadamente, cuando el sonido comienza a distorsionarse progresivamente, tornándose completamente inaudible a partir del min. 00:16:25. Ello, sobre un archivo que posee un total de 00.24:42 min.

Describe que la mayor parte de lo audible del video de la audiencia son los primeros minutos, cuando el tribunal de la instancia anterior expone el encuadre jurídico de la apelación, en general, y lo que cada parte ha presentado como agravio en particular. Luego de lo cual, observa que el tribunal de apelación realizó consideraciones, en las que esboza los fundamentos iniciales de su resolución, indicando su disconformidad respecto del tratamiento que se hizo en la audiencia de grado, y señalando que correspondía en esta audiencia analizar el rechazo de la nulidad y apreciar la situación de Parisi. Seguidamente, el tribunal le indicó al fiscal que se fijara fecha para resolver el incidente de nulidad del

avoque articulado por el recurrente en el año 2.019, que no ha sido resuelto. Tramo en el que sólo se escucha que «[!]e vamos a solicitar al fiscal fije fecha [...]», para luego tornarse inaudible los fundamentos y el resolutive adoptado.

Advierte que la gravedad de la situación resulta porque es imposible acceder a un soporte físico distinto del video y audio de la audiencia, dado que los fundamentos de la decisión adoptada en el marco de la audiencia respectiva fueron íntegramente vertidos en forma oral por el tribunal de la instancia previa.

Esta situación impide que su representado, quien estuvo ausente de esa audiencia, conozca de qué modo se resolvieron sus planteos, y cuáles fueron los fundamentos de ello. De esta manera, considera que al dictarse la resolución en forma oral el video, por sí solo, sin audio inteligible o audible, no alcanza para conocer la misma. Lo que afecta, por un lado, la obligación que los tribunales tienen de motivar sus resoluciones.

Por otro lado, el ejercicio del derecho defensa y el debido proceso (art. 18 de la Constitución Nacional y en el art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, porque la defensa técnica se ve impedida de expresar agravios ante este Cuerpo, y éste de conocer y controlar adecuadamente lo resuelto en esas condiciones.

Por todo ello, solicita se declare la nulidad de la audiencia oral producida con fecha 15/03/2022 y la resolución dictada en la misma.

Consecuentemente, que se declare la nulidad de toda la instancia de apelación ante el Tribunal Colegiado, disponiéndose el sorteo de una nueva integración a efectos de tramitar el recurso de apelación articulado, y producir una resolución que responda íntegramente a los principios procesales de **inmediatez, publicidad, celeridad, concentración y economía procesal**.

En respaldo de su pretensión, cita jurisprudencia de este Cuerpo («**Sánchez Gutiérrez**»), la que estima aplicable al caso. Formula reserva del caso federal

3.- El dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de contestar la vista que del recurso interpuesto se le confiere, el Procurador General considera que no resulta formalmente procedente.

Manifiesta que, informados por el **principio de taxatividad legal del art. 475 del CPP**, se comprueba que la resolución recurrida no se encuentra entre aquellas que habilitan la interposición del recurso de casación.

Ello, en tanto se trata de un decisorio que resolvió una incidencia del proceso, en este caso, de pedido de nulidades que habrían tenido lugar durante la investigación penal preparatoria, que fueron rechazados en oportunidades anteriores. Nulidades que, referidas a la imputación del encartado, no debieron integrar el resolutive atacado, toda vez que la resolución de grado resolvió pedidos de sobreseimiento. Todo lo cual priva del carácter de definitivo a la resolución casada (LA 190-199, 206-174).

Puntualiza que, respecto de la nulidad impetrada contra la resolución que resuelve la apelación del auto denegatorio de la nulidad del avoque, existen otros remedios para solicitar el mejoramiento del audio. Pero que, de ninguna manera, la existencia de partes del resolutive de difícil escucha, transforma la resolución en definitiva y, por lo tanto, susceptible de ser objeto del recurso extraordinario de casación.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Debidamente compulsadas las constancias de autos, entiendo que corresponde disponer la nulidad de la audiencia de apelación y del auto emitido en su oportunidad y, en consecuencia, remitir las presentes actuaciones a origen a los fines que se dicte un nuevo pronunciamiento.

De manera preliminar, corresponde expedirse en relación con la admisibilidad formal del recurso interpuesto. Esto en tanto, de ser ello afirmativo, se encontrará habilitado el tratamiento en su aspecto sustancial.

En ese sentido, se advierte que la resolución impugnada no constituye sentencia definitiva ni tampoco se encuentra entre aquellas resoluciones enumeradas en el art. 475 del CPP, puesto que no se trata de un auto que ponga fin a la acción o a la pena, o haga imposible que continúen o deniegue la extinción, conmutación o suspensión de cualquiera de ellas, por lo que no sería susceptible de ser recurrido mediante la vía intentada.

Es decir que, en principio, aquella resolución **no superaría el control de impugnabilidad objetiva**.

No obstante ello, lo cierto es que se verifica que lo actuado y decidido por el tribunal de la instancia previa a través del auto atacado, configura un claro supuesto de violación a la garantía constitucional del debido proceso legal adjetivo (art. 18 CN) que, por ello, autoriza excepcionalmente a este Cuerpo a admitir la procedencia formal de la vía impugnativa intentada.

Ello, desde que la **comprobada ausencia de los fundamentos del decisorio cuestionado** impide a las partes involucradas en el proceso judicial conocer las razones que tuvieron en cuenta los jueces para pronunciar sus fallos, además de cercenar la posibilidad real y efectiva de ejercer el control de la decisión jurisdiccional adoptada en esas condiciones.

Separada la cuestión de **admisibilidad formal**, e ingresando en lo sucesivo en el examen de los argumentos casatorios planteados por la defensa, considero que le asiste razón en tanto se advierte que si bien se encuentra disponible el registro audiovisual de la audiencia en la que se tramitó, y dictó la resolución del recurso de apelación articulado por la defensa de Jorge Omar Parisi, la reproducción de la respectiva grabación evidencia, de forma manifiesta y notoria, que el sonido se encuentra severamente distorsionado, deteriorado y, en algunos pasajes, completamente ausente.

A tal punto ello, que **los defectos en la captación digital advertidos**, la privan absolutamente de fundamentación a la resolución aquí cuestionada, lo que impide considerarla como un acto procesal válido y, en su caso, ameritan su nulidad (art. 416 inc. 4 del CPP).

Al momento de analizar el recurso promovido, este Tribunal advirtió las falencias denunciadas por el recurrente en los registros digitales de los fundamentos de la resolución impugnada, los que fueron vertidos de manera oral por el tribunal de la instancia anterior.

Por ello, remitió el link de la audiencia de apelación en cuestión a la Oficina de Comunicaciones Móviles de esta Suprema Corte de Justicia, a los fines de que se procediera, si resultaba posible, a la mejora del audio respectivo (v. decreto de fs. 17).

Desde aquella oficina se informó, a través de su responsable, que no resultaba posible sanear las imperfecciones en el audio detectadas a partir del min. 00:09.00 de la videoregrabación en cuestión, dando los motivos de ello.

Por lo tanto, le asiste razón a la defensa cuando sostiene que el defecto detectado y comprobado en la grabación digital de la audiencia respectiva, derivado de la irregular observancia de las herramientas de funcionamiento proporcionadas a los operadores del sistema para la utilización y el correcto empleo de

la nuevas tecnologías bajo las cuales, modernamente, se desarrolla el proceso penal, ha impedido asegurar al justiciable conocer de manera acabada, explícita y sencilla, las razones por las cuales se decidió el caso que lo involucra.

Ello por cuanto, según las particulares circunstancias que presenta el caso bajo análisis, el tribunal de la instancia anterior fundó la decisión adoptada, en forma oral, en el marco de la apelación incoada, la que resultó contraria a la pretensión del recurrente.

Este déficit, por otra parte, no sólo debilita el acceso a la justicia para el justiciable, sino que se propaga para los diferentes actores procesales, dado que una audiencia oral sin un soporte digital apto para la reproducción del sonido y la imagen respectiva, es inconciliable con el pleno respeto de las garantías del debido proceso penal y defensa en juicio, en el marco de la actual era digital en la realidad judicial digital. En particular, al impedirle al tribunal revisor tener un acceso completo y eficaz a la resolución que se cuestiona y, por tanto, cumplir con el rol que le compete para garantizar el derecho al recurso en forma eficaz (ver, en lo pertinente, «**Sánchez Gutiérrez**»).

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera afirmativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto Dr. Adaro. Adhiere. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, EN VOTO AMPLIATORIO, DIJO: Coincido con el resultado al que se llega en el voto preopinante, en el sentido que corresponde hacer lugar al recurso formulado en autos y, en consecuencia, debe anularse la referida audiencia de apelación y el auto dictado en su consecuencia.

En particular, me interesa destacar que resultan aplicables al presente caso –en lo pertinente– los conceptos desarrollados en el **precedente «Sánchez Gutiérrez»**.

En efecto, en el citado precedente sostuve que **la falta de un adecuado control y preservación de los registros audiovisuales afecta el debido proceso digital**, entendido éste [...] como una de las manifestaciones del debido proceso legal aplicado al ecosistema judicial digital y/o sede digital, y como garantía constitucional que establece los límites, principios y condiciones al ejercicio de la potestad de la administración de justicia para la protección y respeto de los derechos constitucionales y convencionales de cada usuaria/usuario digital [...] el debido proceso digital implica el respeto por los principios rectores que enmarcan el entorno digital: inclusión, accesibilidad, trazabilidad, transparencia, publicidad, protección de datos personales, interoperabilidad y ubicuidad tecnológica».

También señalé que «[...] si bien la diversidad de herramientas tecnológicas ofrece la ventaja de hacer más eficiente la gestión judicial, de anverso, entiendo que requiere una mayor especificidad y capacitación en el manejo de cada plataforma por parte de los operarios con protocolos que detallen las modalidades de cada sistema».

En función de ello, entendí que «[a] tales fines es prioritario habilitar sistemas telemáticos que, a través de sus características y protocolos, permitan el resguardo de los datos e información que se suministra, conforme las normativas constitucionales y legales, garantizando el debido proceso digital y en particular asegurando la confianza de cada justiciable y la sociedad toda.

Es decir, el uso de cada plataforma o sala virtual debe ir acompañado de reglas básicas preestablecidas, en lenguaje claro y accesible, con protocolos o guías de actuación, capacitación permanente y continua,

lineamientos básicos y recomendaciones prácticas, **requerimientos técnicos descriptos y de fácil interpretación, reglas e instrucciones de responsabilidad y de seguridad.**

La innovación en los procesos de transformación digital de las administraciones de justicia se encuentra no solamente en el uso de nuevas tecnologías y en la incorporación de las plataformas digitales, sino fundamentalmente en la formación permanente y continua del capital humano para operar tecnologías digitales cada vez más complejas y avanzadas. Ello requiere, en estas etapas iniciales de la **capacitación en competencias, conocimientos, habilidades y estrategias básicas** de los entornos digitales».

En el presente caso, estamos frente a una videograbación que, como herramienta de almacenamiento y registro de una actuación judicial, **contiene los fundamentos de la resolución cuya nulidad propicia el censurante**, la que encuentra dificultades o presenta distorsión y ausencia de audio a partir del minuto nueve de dicho acto procesal.

En este sentido, cabe recordar que los fundamentos deben quedar registrados en el soporte digital del audio o video registración (**art. 155 del CPP**).

Por otro lado, me interesa destacar que la videograbación es la grabación electromagnética que requiere registrar a un tiempo la imagen y el sonido a través de tecnologías o herramientas digitales especializadas, cuyo fin específico es el archivamiento o captura de imágenes y sonidos en distintos medios que servirán como dispositivo de almacenaje.

De ello surge, que **la videograbación** siempre tiene tres elementos que desde nuestra óptica son tanto esenciales como funcionales, el primero es el grabar una información, el segundo es el elemento visual, el registrar una imagen y el tercero el registro del sonido (**Conf. Palomino Ángeles, Elisa, Conservación y resguardo de las videograbaciones judiciales, El Dial, México, p. 6**).

Para ello es fundamental contar con sistemas fiables que realicen el soporte y resguardo de video y audio grabación. Pero también que las/los operadores judiciales que tienen la función de la gestión y registro de las audiencias grabadas, instrumenten mecanismos o medidas que resguarden la cadena de custodia de los elementos de grabación, esto es, tanto la imagen como el sonido.

A ello debe sumarse que las medidas de control y resguardo de la información, en este caso los fundamentos de la resolución vertidos de manera oral, deberán ser previas, durante/concomitante y posteriores a la audiencia oral; lo que permitirá que ante alertas de que la grabación presenta fallas o no es de calidad tanto en sonido como imagen, permitan realizarse los ajustes necesarios, a fin de lograr la integridad y resguardo de las audiencias, evitando el dispendio procesal y la posible afectación de garantías constitucionales.

En definitiva, entiendo que a partir de una adecuada implementación y control de las nuevas herramientas tecnológicas se pueden mejorar los procesos y hacer más eficiente y confiable el servicio de la administración de justicia. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso formulado en autos, y anular la audiencia de apelación desarrollada en fecha 15/03/2022 y el auto dictado en su consecuencia.

En razón de ello, y teniendo en consideración las particulares circunstancias del caso, que se verifican que la resolución que aquí se anula ha sido efectivamente dictada, a los fines de garantizar la imparcialidad del tribunal debe excepcionalmente remitirse las presentes actuaciones al Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial a fin de que la OGAP determine el tribunal que habrá de intervenir en la realización de una nueva audiencia. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas por su orden y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de Jorge Omar Parisi y, en consecuencia, y anular la audiencia de apelación desarrollada en fecha 15/03/2022 y el auto dictado en su consecuencia.

2.- Remitir las actuaciones al Tribunal Penal Colegiado Nº 2 de la Primera Circunscripción Judicial a fin de que la OGAP determine el tribunal que habrá de intervenir en la realización de una nueva audiencia.

3.- Imponer las costas por su orden y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

6- MATAR y BRAHIM MATAR. 30-11-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	Art. CPP
-	-	-	-	PCE	-	EGT	A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=957>

Lex: Art. 169 del CP.

Vox: Chantaje. Tentativa. Concurso real. Tipicidad. Monto de la pena.

Summa:

El TPC condenó a la pena de **cuatro años de prisión de cumplimiento efectivo**, con accesorias legales y costas (arts. 12, 40 y 41 del CP y 557 y ss. del CPP), por encontrarlo autor penalmente responsable del delito de chantaje (arts. 169 del CP) y de tentativa de chantaje, en dos hechos en concurso real (arts. 42 y 169 del CP).

La **defensa** técnica interpone recurso de casación, 474 inc. 1 y 2 del CPP.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto.

Resolución cuestionada: *Sentencia n° 1496, pronunciada por el TPC N° 1-2° CJ.*

Precedentes citados

a-SCJM

- «Soler Pérez».

b-CSJN

- «Veira, Héctor Rodolfo», Fallos 314:346; «Astray, Carlos», Fallos 330:1195.

c-CNCC. Sala VI.

- “Amarante Ramiro M.”, del 29-05-06, La Ley on line

Doctrina citada

D’ALESSIO, A. J. (dir.), Código Penal Comentado y Anotado. Parte Especial, Buenos Aires, La Ley, tomo II, p. 437; conf. CREUS, C., Derecho Penal Parte Especial, tomo II, Buenos Aires, Astrea, p. 442.

DONNA, E. A., Derecho Penal Parte Especial, , Buenos Aires, Ed. RubinzalCulzoni, tomo II-B, p. 211.

ESTRELLA, O.; GODOY LEMOS, R., Código Penal Parte Especial, De los delitos en particular. Análisis doctrinario. Jurisprudencia seleccionada, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2007, tomo II, p. 443.

BREGLIA ARIAS, Omar y Omar R. Gauna, “Código Penal y Leyes complementarias, Comentado, Anotado y Concordado, Tomo I, pág. 191, Ed. Astrea, Bs. As., 2001.

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo

Fallo.

CUIJ: 13-06750010-9/1((028601-102458)) FC/ EMILIO GUSTAVO MATAR Y GUSTAVO BRAHIM MATAR P/ CHANTAJE Y EXTORSION (102458) (102469) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106007011*

En Mendoza, a los treinta días del mes de noviembre del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06750010-9/1 caratulada “F. c/ MATAR, EMILIO GUSTAVO Y MATAR, BRAHIM GUSTAVO P/ CHANTAJE Y EXTORSIÓN S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, Dr. JOSÉ V. VALERIO, segundo Dr. MARIO D. ADARO y tercero Dr. OMAR A. PALERMO.

La defensa de Emilio Gustavo Matar plantea recurso de casación contra la sentencia n° 1.496 pronunciada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Segunda Circunscripción Judicial, por cuanto lo condenó a la pena de cuatro años de prisión de cumplimiento efectivo, con accesorias legales y costas (arts. 12, 40 y 41 del CP y 557 y ss. del CPP), por encontrarlo autor penalmente responsable del delito de chantaje (arts. 169 del CP) y de tentativa de chantaje, en dos hechos en concurso real (arts. 42 y 169 del CP). Todo ello en los autos n° P-102.458/18.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El juez de la instancia previa, en lo pertinente a la resolución del recurso planteado, tuvo por acreditado que «[...] el día 27 de setiembre del 2018 Héctor Pascacho se hizo presente en la oficina de calle Barcala al 306 de la ciudad de San Rafael, lugar en el que, en presencia de Gustavo Brahim Matar, le preguntó a Emilio Gustavo Matar qué problema tenía con su amigo Oscar Viscio, tratando de disuadirlo de las publicaciones que realizaba en sus medios donde daba cuenta de irregularidades en el ejercicio de su comercio. Ante esto, Emilio Gustavo Matar le replicó que no tenía ningún problema, que para él “todo era un negocio” y que había visto la oportunidad de hacer uno, añadiendo que el “problema” se podía solucionar contratando una pauta publicitaria, con lo que no publicaría nada más respecto del local de Oscar Viscio. Que el día 17 de octubre del 2018 Emilio Gustavo Matar y Héctor Pascacho, se juntaron en horas de la tarde frente al edificio López Martín de la ciudad de San Rafael, y sentados en un cantero, Matar le mostró unos textos, manifestándole que eso era “lo que iba a salir” en la revista, agregando “si vos querés que lo paremos juntémonos con el Oscar y lo vemos, si querés que lo paremos lo paramos y sino esto sigue su curso, yo no tengo ningún problema, yo te muestro qué es lo que va a pasar, hasta la clausura definitiva puedo llegar” en referencia al local Plan B. Que luego mantuvieron una segunda reunión, con anterioridad al 19/10/2018 –no siendo en modo alguno relevante que en la Requisitoria fiscal de citación a juicio se haya fijado esta reunión entre los días 20 y 21 de octubre del 2018, pues en la misma Pieza acusatoria, se hablaba de fecha “indeterminada, pero...”–, Emilio Gustavo Matar, Gustavo Brahim Matar, Oscar Viscio y Héctor Pascacho. En una oficina ubicada en calle Barcala al 306 de la ciudad de San Rafael, en cuya oportunidad Viscio y Pascacho le recriminaron a Emilio Gustavo Matar sosteniendo

que eran acosados por publicaciones que hacía en medios de su propiedad respecto a irregularidades en el funcionamiento del local Plan B, replicándole Emilio Gustavo Matar, que no tenía ningún problema, sólo había visto “la oportunidad de hacer un negocio”». «Ante estos dichos, Viscio y Pascachio le preguntaron cómo hacían para destrabar que no siguieran esas publicaciones o se suavizaran las palabras.

Fue entonces que Emilio Gustavo Matar les exigió que le entregaran cien mil pesos y que después de que pagaran se iba a descomprimir la situación automáticamente, ya que al no salir más notas periodísticas como las referidas en sus medios, los funcionarios municipales no tomarían más medidas contra su local comercial agregando, dirigiéndose a Viscio, que con su revista podía llegar hasta la clausura definitiva, y “entonces vos verás, si pagarme plata a mi o perder tu negocio”. A continuación comenzaron a regatear el monto solicitado, acordando en definitiva la entrega de veinte mil pesos. Habiendo accedido Viscio a pagar el dinero exigido, Emilio Gustavo Matar le manifestó a Viscio “a partir de ahora te puedo ayudar si lo necesitas, si tenés problemas en la municipalidad hasta puedo mediar a favor tuyo y acá en mis medios puedes hacer lo que quieras, no tenés problemas de nada”. El día siguiente al que se celebró la reunión de marras—entre las 17.00 y las 18.00 horas— Oscar Viscio volvió a la misma oficina, donde le entregó a Emilio Gustavo Matar la suma pactada [...]» (v. fundamentos, págs. 33/34). También el juez tuvo por acreditado que «[...] en fecha no determinada pero con anterioridad al día 19 de octubre del 2018 Oscar Viscio le manifestó a Alberto Alejandro Roco que había llegado a un arreglo económico con Emilio Gustavo Matar, y que éste quería hablar con él, por lo que el día 19 de octubre del 2018 mantuvo comunicación con el sindicato, quien lo citó en su oficina de calle Barcala al 306 de la ciudad de San Rafael. Una vez en el lugar, fue recibido por Emilio Gustavo Matar y Gustavo Brain Matar. El primero le refirió que habían irregularidades con Plan B, y entre ellas la playa de estacionamiento que explotaba comercialmente Roco ya que no tenía habilitación municipal. Luego el incuso sacó de un bolso una carpeta, exhibiéndole a Roco una nota dirigida a la Municipalidad de San Rafael solicitando la clausura de dicha playa de estacionamiento, exhibiéndole un CD y un ticket que Roco reconoció como los que entregaba a las personas que usaban la playa, refiriéndole que tenía filmado cuando Roco cobraba por el uso de dicha playa. Seguido Emilio Gustavo Matar le manifestó “tengo la carpeta armada. Si no llegamos a un acuerdo yo la presento en la municipalidad”. Roco le requirió a Matar que le explicara a qué se refería con “acuerdo”, contestándole éste que había llegado a un acuerdo económico con Oscar Viscio para no seguir con la campaña mediática que había iniciado denunciando irregularidades, y que “la idea es que vos me arregles un dinero adicional así yo te permito trabajar”. Roco le manifestó que no le era rentable el cuidado de vehículos por lo que no tenía margen para pagarle, y éste le replicó “a mí no me interesa si te es rentable o no, pero si no arreglamos algo yo te clausuro con la Municipalidad. En todo caso, pedile ayuda a Oscar”. Roco concluyó diciéndole que iba a hablar con Oscar Viscio y que le avisaba qué iba a hacer. Para fecha indeterminada pero aproximadamente una semana después de la reunión referida en el párrafo que antecede, Emilio Gustavo Matar, telefónicamente, le dijo a Roco que no había arreglado con él, que cuál era la decisión que había tomado, insistiendo que iba a presentar la “carpeta” en la municipalidad, contestándole el interpelado que no tenía nada que pensar, que no iba a arreglar con él, que hiciera lo que le pareciera, que los números no le daban para pagarle nada [...]» (v. fundamentos, pág. 34).

Para así decidir, el juez consideró, principalmente, la declaración indagatoria del acusado Emilio Gustavo Matar y su ampliación, los testimonios de Jorgelina Rey, Marcelo Schmith, Carlos Luna, Diego Alejandro Medaura, Cristián Iván Santander, Héctor Pascacho García, Oscar Viscio, Alejandro Roco, Martín Antolín y

Mario Viscio; así como las grabaciones realizadas por Oscar Viscio y los mensajes de Whatsapp que se relevaron de los teléfonos de los acusados y los denunciantes Oscar Viscio y Mario Antolín.

2.- Recurso de casación de la defensa

La defensa plantea recurso de casación por considerar que la decisión contiene vicios sustanciales, puesto que interpretó incorrectamente elementos del tipo penal (a); vicios procedimentales en la valoración de la prueba (b), y vicios procedimentales en la determinación de la pena (c).

A modo de agravio general y transversal, afirma que la sentencia es producto del prejuicio y la animosidad contra el acusado que causaron en el juez numerosos testigos, varios de los cuales declararon en causas por las cuales Emilio Gustavo Matar fue absuelto.

Por eso, a pesar de haber sido absuelto por la mayoría de los hechos atribuidos, fue condenado en función del desagrado general que le causó al juez su forma de ejercer la libertad de prensa.

Prueba de ello, afirma la defensa, es que el juez tuvo en cuenta la conducta posterior del acusado sobre el modo de ejercer esa libertad –en circunstancias no acusadas en el hecho por el cual se lo condenó– al momento de determinar la pena, usándola como argumento para incrementar la pena concreta impuesta. Observa también la animosidad en que el juez comparó la irregularidad de la firma de Matar con la de Viscio, y en que afirmó que el acusado no buscaba a sus víctimas, sino que las elegía entre quienes lo iban a buscar a él.

a- En el plano sustancial

a.- En el plano sustancial la defensa plantea dos argumentos, vinculados a la tipicidad de la conducta acusada. Por una parte, explica que ninguno de los hechos que se tuvieron por acreditados implica que Matar haya «obligado» –como exige el art. 169 en función del art. 168 del CP– a otra persona a entregar dinero.

Por otra, afirma que ninguno de los hechos acreditados implicó por parte de Matar una «amenaza de imputaciones contra el honor» como exige la norma mencionada y sostuvo el juez en la decisión.

Por eso, concluye que la conducta endilgada es atípica y que Matar debe ser absuelto.

Sobre lo primero, refiere que el «Grupo Matar» realizó publicaciones en 2018 sobre muchos boliches que presentaban irregularidades, y que ello condujo a que la mayoría adecuara su actividad a las ordenanzas municipales. Éste, afirma, es uno de los objetivos que normalmente logra la prensa y no los funcionarios públicos. Sin embargo, tres empresarios cuyos negocios estaban involucrados en las notas periodísticas en cuestión –Viscio, Roco y Antolín– acudieron a Matar en lugar de hacerlo a la Municipalidad y regularizar la situación. «Eligieron», destaca la defensa, arribar a algún acuerdo pecuniario con Matar para que no realice más publicaciones sobre las irregularidades de sus locales, en lugar de regularizar sus instalaciones. Ese contacto voluntario es lo que, a juicio de la defensa, impide considerar que Matar los obligó o coaccionó para que le entregaran dinero.

En relación con Viscio, destaca que éste intentó «sobornar» a Matar para que no realizara más publicaciones sobre las irregularidades de sus locales.

De modo que, aun si Matar aceptó ese trato, no puede considerarse que penalmente «obligó» –lo que supone un vicio de la voluntad– a Viscio a entregarle dinero, sin perjuicio del reproche moral o ético que pueda merecer su conducta.

Máxime si se considera que los medios de comunicación no tienen una obligación «legal» de publicar o no publicar determinadas noticias. El caso de Roco, afirma la defensa, es muy elocuente puesto que afirmó que Matar le exigió una suma mensual para no publicar sobre las irregularidades de su playa de estacionamiento, y Roco se negó porque no le era rentable.

Demuestra que nunca fue obligado a nada, y que su voluntad no estaba viciada. Refuerza este argumento con la afirmación de que, si Matar hubiera sido un funcionario público, las conductas de los denunciantes habrían de ser consideradas un cohecho, y no entenderse que estaban siendo obligados a entregar dinero. La conclusión condenatoria del juez, paradójicamente, convierte en víctimas a empresarios que sistemáticamente violaron las ordenanzas municipales dispuestas para la seguridad de las personas en locales bailables y que confesaron haber propuesto un acuerdo dinerario al responsable de un medio de comunicación para que no expusiera más tales irregularidades.

En orden a este mismo argumento, la defensa destaca que la sentencia es contradictoria puesto que en la causa P-102.469/18 consideró que si la supuesta víctima estaba «avisada» del chantaje antes de reunirse con Matar, no procedía la figura del art. 169 del CP, y en consecuencia, absolvió al acusado.

Sin embargo, no aplicó ese mismo razonamiento en el caso de Viscio y Roco, quienes afirmaron saber que Matar les pediría dinero.

El segundo argumento se vincula con la atipicidad de las publicaciones, por no tratarse de «amenaza de imputaciones contra el honor». Las publicaciones en cuestión siempre estuvieron relacionadas a irregularidades administrativo-municipales de locales comerciales, que involucraron el patrimonio y no el honor.

El honor, afirma la defensa, hace referencia a la dignidad de la persona, a su integridad moral y a valoraciones emergentes de su personalidad. Las publicaciones del caso no se referían a cuestiones personales de nadie y además, ya habían tomado estado público. Incluso, si se trataban de publicaciones contra el honor, los denunciantes tendrían expedita la acción por calumnias o injurias, aunque este no es el caso.

La defensa cuestiona la pertinencia de un precedente invocado por la sentencia, según el cual puede ocurrir el delito de chantaje cuando se amenaza con publicar irregularidades de la «vida comercial» del sujeto pasivo.

Explica que en este caso no es aplicable, porque no está en juego el honor de los denunciantes y que no hay relación entre sus vidas personales y comerciales en el caso. También cuestiona la argumentación del juez, según la cual de no compartirse esa interpretación, habría de aplicarse la más severa figura de extorsión prevista en el art. 168 del CP.

Sostiene que en el caso no se habría configurado la intimidación requerida por la figura de extorsión.

b- En el orden procesal

b.- En el orden procesal, la defensa plantea agravios sobre la valoración de prueba realizada por el juez de instancia previa por estimar que resulta contraria a la sana crítica racional.

Reitera el argumento según el cual el juez brindó un trato diferente a los casos de Viscio y Roco que al de Antolín, donde consideró que si el denunciante sabía que se le iba a exigir dinero, no podía configurarse el delito de chantaje si éste contactaba a Matar.

En el caso de Viscio, ya sabía que Matar le iba a demandar dinero porque se lo había dicho a Pascacho, a quien había mandado a hablar con Matar. Lo mismo ocurrió con Roco, quien estaba al tanto de la situación antes de contactar a Matar. Otro vicio, según la defensa, consiste en que el juez interviniente omitió valorar prueba fundamental sobre si Matar accedió a no publicar las irregularidades de los locales de Viscio y Roco.

El juez afirmó que hay un «bache» en las publicaciones consecuente con el pago a cambio de ese silencio, desde el 19/10/18 al 23/11/18.

Pero aquí, según la defensa, se omitió valorar que el acusado explicó en su declaración que no ocurrió tal «bache», porque las publicaciones fueron efectuadas en la edición digital de «Info Ya!», y enumera una publicación del 25/10/18 –«Agresión en Plan B al hijo del juez De Diego»–, y otra del 8/11/18 –«Plan B no respetó el factor ocupacional para el día del amigo»–.

Esto demostraría no sólo **un error del juez** sino también la ausencia de un compromiso de Matar para no publicar a cambio de dinero.

En tercer lugar, cuestiona la grabación que Oscar Viscio obtuvo de su encuentro con Matar. De ese elemento no surge ninguna prueba del chantaje, pero el juez la consideró un indicio del chantaje anterior. Para eso citó partes de la grabación donde ambos aluden a un acuerdo anterior que Viscio habría dejado de cumplir, pero no da cuenta de una exigencia unilateral de dinero ni de la contraprestación.

De hecho, se queja de que el juez relativizara el uso de la palabra «acuerdo» o «trato» por parte de Viscio, cuando alude a la causa por la que entregó dinero a Matar.

En cuarto orden, la defensa tacha de contraria a las reglas de la sana crítica racional la afirmación del juez según la cual la suma entregada por Viscio era excesiva para ser considerada pauta comercial.

Para hacer tal afirmación, sostiene la defensa, serían necesarias otras pruebas.

El mismo problema tiene afirmar que las publicaciones de Matar provocaron las intervenciones municipales en los locales de Viscio y Roco. Por último, cuestiona el valor indiciario que se le dio a la ausencia de una factura que demostrase que el dinero recibido por Matar era a título de venta de pauta publicitaria.

Tampoco tuvo en cuenta, refiere, la explicación que Matar dio de los mensajes de Whatsapp entre él y su hijo Brahim. En función de tales argumentos de orden procedimental, solicita la nulidad de la decisión. c.-

Por último, la defensa plantea la **nulidad de la pena impuesta**.

Retoma el argumento según el cual el juez valoró el modo de ejercer la **libertad de prensa** del acusado como una conducta posterior agravante.

Afirma que se ha agravado la pena de Matar por hacer uso de su libertad de prensa, a la que se ha considerado un medio comisivo del delito de chantaje.

En definitiva, el acto de mensuración de pena es nulo por haber vulnerado garantías constitucionales.

Agrega, finalmente, que el acto también es nulo porque se basó en el audio antes mencionado, que no fue incorporado como prueba por lectura.

Efectúa reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de emitir dictamen sobre el recurso de casación planteado por la defensa, el señor Procurador General considera que la impugnación es formalmente procedente, aunque debe ser rechazada en el fondo.

Explica que, contrariamente a lo sostenido por la defensa, el juez analizó acabadamente y en conjunto la prueba y concluyó que el acusado había cometido el hecho que se le endilgaba.

Descarta que el juez actuara por encono contra el acusado, puesto que lo absolvió por cuatro hechos de los llevados a juicio. De verificarse una situación de tensión personal entre el juez y Matar, afirma que la defensa debió haber denunciado la situación ante las autoridades pertinentes.

La sentencia, contrariamente a lo alegado por la defensa, reprocha una ilegítima exigencia de dinero a las víctimas para detener publicaciones periodísticas; y se basa para ello en una valoración integral de las pruebas.

Explica que la actividad reprochada no consiste en una mera contratación de pauta publicitaria, como pretende la defensa, sino en que Matar compelió a las víctimas a pagar, quienes actuaron con su voluntad viciada.

Detalla que el juez valoró y atribuyó credibilidad a la declaración de Viscio, que se vio precisada y completada por la declaración de Pascacho, la grabación de la reunión entre Viscio y Matar y los mensajes de Whatsapp entre el acusado y los denunciados.

Mientras que, en el caso de la víctima Roco, se evaluaron también los testimonios de inspectores municipales y los mensajes de Whatsapp entre padre e hijo.

El análisis de la prueba realizado por el juez, afirma el señor Procurador General, consideró la teoría del caso de la defensa, aunque no en el sentido pretendido.

Así, los agravios defensivos, a su criterio, no demuestran más que una discrepancia valorativa propia del rol de parte. En cuanto a la libertad de prensa alegada, explica que la sentencia fue clara en precisar que no se reprocha a Matar haber investigado, publicado y mostrado las irregularidades de locales comerciales, sino el hecho de haber exigido dinero a los dueños de esos locales para cesar las publicaciones.

En cuanto al monto de pena impuesto, afirma que no luce desproporcionada ni carente de fundamentación, y que no puede ser censurada en la medida en que no se ha demostrado que el juez no observó las pautas establecidas en los arts. 40 y 41 del CP, que aparecen debidamente aplicadas en el caso. Por las razones expuestas, considera que el recurso debe ser rechazado y confirmada la sentencia cuestionada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Puesto a resolver la cuestión planteada, corresponde adelantar que, en función de las razones que habré de exponer a continuación, el recurso de casación formulado por la defensa de Emilio Gustavo Matar debe ser desestimado en esta instancia.

En cuanto al agravio transversal según el cual la condena es resultado de la animadversión personal que generó en el juez la prueba sobre el modo de ejercer la libertad de prensa por parte de Matar, debo señalar que tales afirmaciones carecen de asidero en las constancias de la causa.

En efecto, el agravio **aparece como una especulación de la defensa, relativa a una simple impresión sobre el ánimo del juez, antes que como una observación sólida respaldada por datos objetivos.**

De tal manera, los extremos que invoca la defensa no son suficientes para sostener su afirmación. En este orden, el argumento según el cual existiría un error en el modo de valorar la conducta posterior al hecho del acusado al momento de determinar la pena, no es demostrativo de un prejuicio del juez; como tampoco lo es sostener que el acusado seleccionaba a sus víctimas entre las personas que lo iban a ver por las publicaciones que realizaba.

Se trata de circunstancias que difícilmente pueden asociarse al resultado del juicio, máxime si se considera —como afirma el Procurador General— que el juez absolvió a Matar por cuatro de los hechos atribuidos.

Lo mismo ocurre con la circunstancia de que valorara críticamente las irregularidades en la empresa de Matar, y no en la de las víctimas: esto puede explicarse, antes que como una muestra de imparcialidad del juez, como una consecuencia lógica cuando el acusado y a quien se investiga y juzga es Matar, y no a sus víctimas. En definitiva, la defensa se ha limitado a señalar puntos de la sentencia que no benefician al acusado como muestras de la pretensa animadversión.

Esta argumentación no es suficiente para sustentar el agravio expuesto, por lo que se impone su rechazo.

a- Agravios vinculados a la valoración probatoria.

a.- Corresponder en primer lugar ingresar al tratamiento de los agravios vinculados a la valoración probatoria llevada adelante por el juez de instancia previa.

En primer orden, la defensa afirma que la sentencia fue contradictoria en el tratamiento que le brindó al hecho donde la víctima era Antolín y los hechos cometidos contra Roco y Viscio, pues en el primer caso consideró que si la víctima contactaba a Matar no había delito, y en el segundo caso sí.

Este agravio no puede ser acogido, pues –como se verá luego, al dar tratamiento a los vicios sustanciales–, es indiferente al delito que sea la víctima quien contacta a la persona que realiza publicaciones dañosas y amenaza con continuar realizándolas.

Sin perjuicio de ello, el caso en el que la víctima era Antolín y al que alude la defensa es fácticamente distinto de aquellos donde las víctimas fueron Viscio y Roco, y la defensa no ha dado cuenta de esta diferencia. Dicho en otras palabras, la defensa no ha explicado por qué –más allá de la calificación jurídica acusada– los casos por los cuales el tribunal condenó a Matar se asemejan a aquél donde la víctima es Antolín.

Esta falencia explicativa no es menor, en la medida en que el juez se ocupó de explicar por qué no era necesario que Viscio y Roco no conocieran que Matar podría intentar exigirles dinero al momento de reunirse con él.

Este tramo de la sentencia será nuevamente abordado al dar tratamiento a los vicios sustanciales planteados por la defensa, pero a los efectos del análisis del agravio que afirma que la sentencia es arbitraria porque brindó un trato diferente a dos supuestos iguales, debe señalarse que la segunda parte de la premisa es la que la defensa no demuestra, esto es, que los casos de Antolín –por un lado– y Viscio y Roco –por otro– son equiparables.

En efecto, el tribunal valoró un conjunto de pruebas para afirmar que la conducta de Matar en este último caso constituía delito, pruebas que no se presentan en el caso de Antolín. Las restantes críticas también están orientadas a demostrar una supuesta errónea valoración de prueba.

Por una parte, la defensa sostiene la omisión de pruebas orientadas a demostrar que Matar continuó con sus publicaciones luego del hecho. En este sentido, señala que el juez afirmó que había un «bache» en las publicaciones entre el 19/10/18 al 23/11/18 en que se habría hecho el pago a cambio de no publicar.

Pero, según la defensa, el juez habría omitido considerar que el acusado explicó que las publicaciones continuaron en el sitio «Info Ya!» el 25/10/18 y el 8/11/18.

Por otra, la defensa sostiene que de la grabación del encuentro entre Viscio y Matar no surge ningún elemento de cargo. Lo mismo ocurriría con los mensajes entre Matar y su hijo.

A su vez, considera que el juez afirmó arbitrariamente que la suma de dinero entregada era muy alta para poder vincularse a pauta publicitaria; que no podía vincularse a las publicaciones con el proceder de los organismos municipales, y que la ausencia de una factura de venta de publicidad fue erróneamente considerada un indicio en contra de la versión del acusado.

Estos cuestionamientos no consisten en otra cosa que en un intento de aislar elementos de prueba para considerarlos individualmente y menguar su peso probatorio.

Esta metodología es contraria a la que surge de las reglas de la sana crítica racional, que exigen poner en relación unas pruebas con otras, para determinar el sentido de cada una de manera coherente.

Esto es lo que ha hecho el juez de instancia previa, quien valoró todas las pruebas que aportaron las partes. Comenzó con la declaración que el propio acusado realizó en ejercicio de su defensa material.

De allí, derivó que Matar nunca realizó publicidad alguna del local comercial de Viscio –ni presupuesto, ni diseño de publicidad–, de modo que la pretendida «venta de pauta publicitaria» no tenía sustento objetivo ni siquiera en la teoría del caso de la defensa –fundamentos, p. 17–.

Luego, consideró el «bache» en las publicaciones contra el local comercial de Viscio, y – contrariamente a lo que afirma la defensa en su recurso–, sostuvo que la pausa en cuestión se verificaba «[...] al menos [en] la edición papel de la “Revista Info Ya”[...]» –fundamentos, p. 17, el destacado me pertenece–. No sólo no aludió a la edición digital, sino que expresamente la dejó fuera de su consideración, centrada en la edición papel.

En cuanto a la ausencia de una factura de venta de publicidad, el juez no consideró este extremo como indicio de manera arbitraria o aislada, sino que lo vinculó al hecho de que la suma que Matar dijo recibir en concepto de pauta publicitaria coincidía con la que Viscio dijo entregar por haber sido chantajeado, a la ausencia de publicidad alguna del local de Viscio y a la ratificación que, de los dichos de éste, realizó Pascacho, quien fue particularmente claro al señalar que la «pauta publicitaria» a la que se refería Matar era una forma de enmascarar la presión que éste ejercía sobre Viscio para que pagara –v. fundamentos, p. 18/22–.

En punto a los audios de la reunión entre Matar y Viscio –a cuya transcripción en los fundamentos de la sentencia me remito en honor a la brevedad, véase pp. 24 y 25–, contrariamente a lo sostenido por la defensa, estimo que muestran con claridad una conducta dolosa de Matar orientada a buscar irregularidades en el local de Viscio para hacer publicaciones en su contra.

En las transcripciones del audio que constan en la sentencia, es elocuente Matar cuando afirma que tuvieron una charla, que luego de ello Viscio no contestó más sus intentos de diálogo, de lo cual derivaba que el acuerdo al que habían llegado se había disuelto, y que continuaría publicando porque «[...] siempre van a tener una rueda pinchada [...]», en alusión a que buscaría alguna irregularidad para publicar.

Así lo consideró el juez, quien expresamente vinculó el audio con la declaración del acusado y de los testigos y concluyó que Matar:

- a) exigió dinero –cuando dijo que «le explicó todo»–;
 - b) consideró que Viscio no cumpliría con la exigencia –cuando dijo «bueno entonces listo, se terminó»–;
- y,
- c) estaba dispuesto a continuar las publicaciones para exigir dinero –cuando dijo «cuando apretás un poco, te entregan»–.

El juez, en este tramo de los fundamentos de la sentencia, analizó detallada y minuciosamente cada expresión y explicó por qué corroboraban la versión de Viscio –v. fundamentos, pp. 25/27–.

De modo que el agravio defensivo, según el cual de los audios no surgen elementos de cargo, no puede ser más que desestimado en esta instancia, en la medida en que no guarda relación alguna con las constancias de la causa.

Exactamente lo mismo ocurre con los mensajes de WhatsApp presentados como prueba.

La defensa se queja concretamente de los mensajes entre Matar y su hijo. El juez valoró estas pruebas en un apartado separado de la sentencia que tituló «Mensajes de Whatsapp» –véase fundamentos, págs. 27/29–.

Y en punto a la conversación entre Matar y su hijo, que aísla la defensa, el juez de instancia previa afirmó que «[de esa conversación] rescato lo siguiente; en un momento dado Gustavo Matar le dice a su hijo: “Si, lo que vamos a hacer la semana que viene, es que no hay que estar persiguiéndolos, vamos a elegir a uno y le vamos a entrar a sacudir a uno, o sea, a uno, entonces cuando le rompamos los huevos y lo

clausuren, que es lo que hay que hacer, vas a ver que los demás se van a ordenar todos, o sea es así, parece que no entendieron la buena onda, entonces elegimos a uno, lo hacemos cagar, y a la mierda”.

A lo que Brahim Matar le responde: “sí, o sea, los de Plan B supongo que van a seguir poniendo...” [...]» – v. fundamentos, pág. 28, el destacado es original—. Y luego el juez valoró tal prueba, y afirmó que «[...] [v]erdaderamente creo que no se requiere mayor esfuerzo interpretativo para concluir que este diálogo entre las dos personas principales de los medios periodísticos del Grupo Matar, muy lejos están de mostrar que ejercen su “libertad de prensa” [...]; en realidad, esta conversación es un elemento más que refuerza y convalida los testimonios de Oscar Viscio, Héctor Pasacho, Alejandro Roco, etc., puesto que claramente hablan de que van a elegir a uno de ellos, y le van a “entrar a sacudir hasta que lo clausuren”, que es justamente la amenaza intimidatoria que los denunciantes dijeron haber sufrido por parte de Matar.

Por su parte, la frase de Brahim Matar, relativa a que “... los de Plan B supongo que van a seguir poniendo”, es claramente demostrativa de la veracidad de lo denunciado por Viscio, es decir, de que ya había pagado en una oportunidad anterior.

La versión de que esa frase aludía a que Viscio iba a seguir poniendo cosas en las redes sociales, no tiene correlato con el tenor de esa conversación, no tendría sentido en ese contexto, y por tal motivo, se yergue en una muy deficiente explicación de la misma [...]» –v. fundamentos, págs. 27/28, los destacados son originales—.

Conforme a ello, considero que el juez sentenciante valoró adecuadamente cada una de las pruebas de cargo que dieron sustento a la responsabilidad de Matar en el hecho objeto del proceso, realizando un análisis pormenorizado de las declaraciones de los testigos, explicando conforme a las reglas que rigen la sana crítica racional las razones por las cuales consideró creíbles la versión de los hechos brindadas por los testigos y las pruebas que lo avalaban.

Frente a ello, advierto que la crítica esgrimida por el recurrente obedece a una interpretación parcializada de cada uno de los elementos de prueba cuya valoración cuestiona, motivada en los intereses que representa, pero que no logra conmover la tarea del juzgador en tanto no se verifica en esta última arbitrariedad o falencia alguna.

Por consiguiente, entiendo que el método de interpretación de la prueba utilizado por el sentenciante en el caso es el que ha sostenido esta Sala en numerosas ocasiones anteriores, determinando que «...los medios de prueba no constituyen compartimientos estancos, porque cada uno de ellos se apoya en mayor o menor grado sobre los restantes.

Unos y otros aparecen, finalmente, como los elementos de un todo, y será ese conjunto el que dará la prueba sintética y definitiva, aquélla sobre la cual se podrá levantar la reconstrucción de los hechos. Las diversas pruebas presentadas en un momento dado deben ser examinadas al mismo tiempo, pues el resultado global es el que cuenta;...» (L.S. 388-219).

Y que «el sistema de la sana crítica racional, se encuentra íntimamente relacionado con el principio de la unidad de la prueba, e impone como regla la consideración de la prueba en su conjunto, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas, que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles o imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados (L.S. 381-233; 382-107; 388-219; 398-42)» (**véase «Soler Pérez», en el mismo sentido, CSJN, «Veira, Héctor Rodolfo», Fallos 314:346; «Astray, Carlos», Fallos 330:1195).**

Por los motivos expuestos, estos agravios no pueden tener acogida favorable en esta instancia y han de desestimarse como una crítica eficiente contra la sentencia impugnada.

b- Agravios vinculados a vicios sustanciales. Atipicidad.

b.- Otro grupo de agravios de la defensa alude a vicios sustanciales vinculados a una pretendida atipicidad de la conducta.

La defensa afirma que Matar no obligó a los denunciantes a entregar dinero, y que no realizó imputaciones contra el honor. De modo que, ante la falta de estos elementos, la conducta desplegada sería atípica. A mi juicio, la estrategia defensiva consistente en poner el foco en la alternativa de conducta de que disponían las víctimas –esto es, regularizar su situación municipal– no resulta suficiente para concluir que el acusado no las «obligó» en los términos que requiere el tipo penal.

Es decir, que la persona tenga otras alternativas de acción no sólo es posible, sino también necesario para que se configure el delito: el tipo no exige la anulación de toda elección en la víctima –lo que eliminaría todo vestigio de agencia y las transformaría en meros instrumentos–, sino una afectación de su libertad para decidir.

Así, según la doctrina especializada el **verbo típico «obligar»** al que alude el art. 168 del CP (al que, a su vez remite, el art. 169 del CP, en virtud del cual se condenó al acusado) implica que «[...] se obliga a quien tiene una voluntad contraria que el agente debe vencer» y que «[...] debe existir relación causal entre la intimidación desplegada por el sujeto activo y la disposición de la víctima» (conf. **D´ALESSIO, A. J. (dir.), Código Penal Comentado y Anotado. Parte Especial, Buenos Aires, La Ley, tomo II, p. 437; conf. CREUS, C., Derecho Penal Parte Especial, tomo II, Buenos Aires, Astrea, p. 442).**

Incluso, se afirma que «[a]unque no es necesario que se den los extremos del artículo 34, inciso 3°, del Código Penal, se requiere que el afectado se encuentre en la alternativa de obrar como se le exige o a sufrir el inevitablemente mal amenazado. [...] [L]a ley exige que el acto del agente debe obligar a la víctima por el temor de ver afectado algo que le interesa [...]» (así, **DONNA, E. A., Derecho Penal Parte Especial, Buenos Aires, Ed. RubinzalCulzoni, tomo II-B, p. 211).**

Por su parte, como señalan Estrella y Godoy Lemos, «[...] en la extorsión [tipo al que remite el chantaje, como se dijo] es el sujeto pasivo quien realiza la actividad que le impone el agente, pero con su voluntad viciada por la coacción a que se le somete; debe mediar una precisa relación causal entre la intimidación ejercida sobre la víctima y la disposición patrimonial perjudicial que realiza [...]» (v. **ESTRELLA, O.; GODOY LEMOS, R., Código Penal Parte Especial, De los delitos en particular. Análisis doctrinario. Jurisprudencia seleccionada, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2007, tomo II, p. 443).**

De modo que la argumentación defensiva tendiente a establecer que las víctimas podían optar por regularizar su situación ante la municipalidad pero que, en cambio, acudieron a Matar, no es suficiente para descartar que éste las obligara –en el sentido que lo prevén los arts. 168 y 169 del CP– a entregar una suma de dinero a cambio de cesar con las publicaciones. De hecho, así lo consideró y sostuvo el juez de la instancia previa, sin que la defensa brinde cuenta, y desvirtúe, sus consideraciones.

En efecto, el juez afirmó que «[...] según como veo las cosas, esto [que las víctimas se presentaran con Matar en lugar de ir a la municipalidad] no le quita reproche penal a su conducta [por Matar]; bien puede haber sido Viscio el iniciador de los encuentros, pero si en un momento determinado de los mismos, es Matar quien introduce la exigencia ilegítima de una determinada suma de dinero para no seguir con las publicaciones, el ilícito, lejos de desaparecer, es en ese preciso momento que comienza a configurarse [...]» –v. fundamentos, pp. 18/19, el destacado es original–.

El segundo agravio sustancial de la defensa sostiene que la **conducta sería atípica** por cuanto no consistió en una amenaza de imputaciones contra el honor, como exige el art. 169 del CP. Sobre esto, el juez sostuvo que «[...] [l]a amenaza a Viscio, concretamente consistió en seguir realizando publicaciones acerca de las

irregularidades que detectaba en el local comercial “Plan B”, y en el caso de Roco, además de tales publicaciones, lo amenazó con obtener la clausura de su playa de estacionamiento, dando a conocer a los entes municipales de control, también lo que entendía eran irregularidades de esta playa de estacionamiento que generarían indudablemente esa sanción, como de hecho sucedió [...]» – fundamentos, p. 36–.

Luego explicó por qué la eventual veracidad de los hechos era indiferente a los efectos del tipo, y aclaró que «[...] [l]a amenaza consistente en revelar aspectos irregulares de la vida comercial de los denunciantes, guarda estrecha relación con el honor de éstos.

Se trata de imputaciones que afectan el crédito o la fama que tiene la víctima ante los demás, aunque se trate del crédito comercial de la misma. Así se han pronunciado, entre otros, la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VI, en los autos “**Amarante Ramiro M.**”, del 29/05/2006, La Ley on line.

De no compartirse este criterio en relación a que las amenazas relativas a revelar aspectos irregulares de la vida comercial de los denunciantes constituye chantaje, la situación para el encartado sería más gravosa, pues se tornaría perfectamente aplicable la figura de la extorsión propiamente dicha (art. 168 del C.P.), cuya penalidad en abstracto es notoriamente más elevada. [...]

La característica principal de este delito, consiste en la situación dilemática en que se coloca a las víctimas, en nuestros casos: o Viscio y Roco accedían a pagarle a Matar, o se atenían a las consecuencias que Matar sabía que generaban sus publicaciones periodísticas acerca de las irregularidades de sus respectivos comercios [...]» –fundamentos, pp. 36/37, el destacado es original–. Es decir, el juez no sólo explicó en qué consistieron las amenazas de publicaciones, sino que además detalló por qué las publicaciones contra los locales comerciales afectaban el honor de las víctimas.

De esto argumentos la defensa no da cuenta en su recurso, donde se limita a plantear el agravio y a afirmar que la jurisprudencia citada no es aplicable al caso porque no existe vínculo alguno entre la vida del empresario y su local comercial, afirmación que no sustenta en prueba o razón alguna. Más allá de ello, el juez brindó respuesta a este argumento de la defensa.

En efecto, afirmó, en razonamiento que comparto, que «[...] [i]nteressa en este punto hacer una breve referencia a la intimidación que sufrieron Oscar Viscio y Alejandro Roco, pues fue objeto de uno de los argumentos en que la Defensa basó su pedido de absolución por atipicidad.

Respecto de ello, debo decir que la idoneidad de los actos para intimidar, depende de las circunstancias concretas de cada caso, tanto de las subjetivas que atañen a las víctimas, como de las objetivas que rodean al hecho y que, como tales, pueden influir en esa subjetividad. Oscar Viscio no le temía a Gustavo Matar en lo personal; le temía, y mucho, a las publicaciones que éste realizaba y a las consecuencias que esas publicaciones le acarrearían a nivel comercial. [...]

El temor, la intimidación de ambos, repito, era que veían cómo sus respectivos emprendimientos comerciales quedaban en las manos de Matar. Nuevamente hay expresiones de Roco muy gráficas al respecto, como cuando dijo que Matar le hizo sentir que tenía poder sobre todos los protagonistas, incluso sobre los inspectores municipales, que pagarle era la forma de lograr “permiso” para trabajar. [...] Justamente “... la característica principal de esta figura delictiva, es que se basa en el temor al escándalo, de lo que resulta que las propias víctimas, en la mayor parte de los casos, no solicitan la protección policial, o sólo efectúan la denuncia después de haber pagado la exigencia ilícita” (ver Omar Breglia Arias y Omar R. Gauna, “Código Penal y Leyes complementarias, Comentado, Anotado y Concordado, Tomo I, pág. 191, Ed. Astrea, Bs. As., 2001).

Justamente eso fue lo que le ocurrió a Viscio, que primero, aunque coaccionado, “aceptó” pagar, y después cuando advirtió que las exigencias ilegítimas continuarían, tal como su hermano Mario se lo había advertido, recién entonces interpuso la denuncia, dos meses después de haber realizado el pago. Y eso no le ocurrió a Roco, sencillamente porque a éste, como él mismo lo dijo, “no le daban los números”, es decir, no podía pagarle a Matar [...]» –fundamentos, pp. 37/38, los destacados son originales–.

De tal manera, este segundo agravio tampoco puede ser acogido en esta instancia, y con ello han de descartarse las críticas sustanciales al fallo condenatorio impugnado.

c- Determinación de la pena.

Por último, en punto a la determinación de la pena, debo señalar que coincido con lo manifestado por el señor Procurador General respecto a que el juez justificó adecuadamente el **monto de pena impuesto**, en función de la normativa aplicable y sin que luzca desproporcionado con los hechos por los que se condenó a Matar.

Aquí la defensa intenta vincular la determinación de la pena con una arbitraria consideración de la libertad de prensa por parte del juez.

Sin embargo, la defensa omite en su impugnación toda referencia a las explicaciones que el juez brindó sobre el motivo por el que consideró las publicaciones de Matar como «conducta posterior al delito». En efecto, el juez realizó una pormenorizada explicación del derecho a la libertad de prensa que la defensa invocó, consideración que es totalmente omitida en la impugnación.

Específicamente, en relación con la determinación de la pena, el juez comenzó con la identificación de la escala penal aplicable y continuó con la aplicación de los criterios establecidos **en los arts. 40 y 41 del CP** e ingresó al tratamiento de la libertad de prensa. Dentro de esas consideraciones, aclaró que «[...] no se le critica a Matar haber investigado, publicado, mostrado, etc., las irregularidades de los locales de diversión nocturna; no se dice tampoco en esta Sentencia, como lo dejé claro desde el principio, que el mismo haya incurrido en falsedad alguna al hacerlo; lo que se censura, es que no tenía ningún derecho a exigirles dinero a los dueños de esos locales, para dejar de realizar tales publicaciones que, sabía perfectamente y presionaba para que generaran el efecto de las consecuentes infracciones de los organismos de control estatal.

Matar no sólo disfrazó sus exigencias dinerarias ilícitas tildándolas de “pauta publicitaria”, sino que se escudó también el esencial valor de la libertad de prensa, para esconder un verdadero abuso ilegal del mismo [...]» –v. fundamentos, pág. 41–.

También explicó que «[...] [p]or eso es que el caso traído a examen de este tribunal, guarda estrecha relación con la libertad de prensa; y a su vez, la libertad de prensa es un valor esencial de la vida democrática de una República, es indudable que las conductas que implican un desvío, un abuso y un ejercicio irregular de esa libertad de prensa, merecen un rechazo categórico y enérgico.

Quien comete un delito utilizando como escudo la libertad de prensa, quien disfraza un chantaje liso y llano bajo el ropaje de “pauta publicitaria”, debe saber que con ello niega y socava los cimientos propios de la vida democrática, y por eso, la respuesta punitiva debe ser clara: eso no es libertad de prensa. Gustavo Matar ha procedido de este modo, no sólo ha negado el derecho vigente, sino que ha puesto en jaque a la libertad de prensa que dice defender, y al hacerlo, ha roto el sentido que ese derecho tiene en la vida republicana; por eso, así como debe defenderse a ultranza la libertad de prensa según los lineamientos de los Tribunales antes citados, igualmente debe rechazarse la comisión de delitos bajo el sólo ropaje de libertad de expresión. Los Tribunales de justicia, a través de la imposición de la pena, deben reafirmar la vigencia del Derecho.

En nuestro caso, es la naturaleza de las conductas del imputado, la utilización de la libertad de prensa como escudo para cometerlas, la gran extensión del daño causado –porque repito, pone en tela de juicio los cimientos de la vida democrática–, las circunstancias agravantes principales que me impiden imponer el mínimo de la escala punitiva antes referida, y por el contrario, me imponen despegarme de dicho [mínimo] hacia arriba [...]» –v. fundamentos, pág. 41–.

De tal manera, la consideración de las posteriores publicaciones de Matar como un motivo –entre varios otros– para alejarse un año del mínimo de la escala no luce como una muestra de encono personal, como afirma la defensa, ni como un razonamiento arbitrario, sino como una consecuencia lógica de considerar que el empleo de la libertad de prensa que efectuó el acusado fue un medio para cometer el delito por el que se lo condenó. Resta, finalmente, señalar que tampoco puede ser acogida la pretendida nulidad de la determinación de la pena por haberse basado en un audio que no fue incorporado como prueba al debate –tal el último agravio que plantea la defensa–.

Ello función de que, aún si se viera omitida esa prueba, el cuadro convictivo general al que arribó el juez interviniente, así como la determinación de la pena que realizó en consecuencia, no se verían modificados. En este aspecto, la defensa no ha justificado el valor decisivo de aquel elemento que refiere.

Dicho en términos claros: aun excluidos los audios en cuestión, es posible arribar a la certeza necesaria para justificar la condena de Emilio Gustavo Matar por los delitos que se le atribuyen, en función de las demás pruebas obrantes en la causa y producidas durante el juicio.

Particularmente a partir de la declaración de Oscar Viscio y Alejandro Roco, de los mensajes de Whatsapp que se relevaron de los teléfonos de los acusados y los denunciantes, y de la discontinuidad en las publicaciones de los medios de Matar. Por los motivos expuestos, considero que debe ser respondida de manera negativa la primera cuestión planteada.

En consecuencia, corresponde confirmar la sentencia n° 1.496 pronunciada por el Tribunal Penal Colegiado de la Segunda Circunscripción Judicial. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO y OMAR A. PALERMO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. MARIO D. ADARO y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASI VOTO.

Sobre la misma cuestión los Dres. MARIO D. ADARO y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto en autos por la defensa de Emilio Gustavo Matar.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

7- MOLINA ACEVEDO. 06-12-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	Art. CPP
														474
														477
-	-	-	-	-	-		A	-	-	-	-	-	-	414

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=975>

Lex: Art. 181 del CP. Art. 474, 477, 414 del CPP

Vox: Usurpación. Posesión. Absolución. Querellante particular.

Summa:

El JPC absolvió al nombrado del delito de usurpación (art. 181 inc. 1 del C.P.).

El **querellante particular** interpone recurso de casación. (Art. 474 inc. 1 y 2 del CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 11401, pronunciada por el JPC N° 2-1° CJ.

Precedentes relacionados

I-USURPACION. Art. 181 del CP.

- Asat Haltky. 23-08-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=393>
- Yañez Pavez. 07-02-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=6>
- Benite Riera. 12-03-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=16>
- Nyman Villegas. 26-03-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=24>
- Rossi San Julián y ot. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=248>
- Baez Rios. 18-05-20. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=299>
- Agüero Alvino. 30-03-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=594>
- Falido Pizarro. 10-05-21. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=474>
- Martinez Troncoso. 16-09-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=516>
- Abbba Castillo. 09-11-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=678>
- Patti Gobbi. 07-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=801>
- Molina Acevedo. 05-12-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=975>

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo

Fallo.

CUIJ: 13-06950631-8/1((018502-157881)) FC/ MOLINA ACEVEDO JORGE ENRIQUE P/ USURPACION DE INMUBLE (157881) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106195094*

En Mendoza, a los cinco días del mes de diciembre del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n°13-06950631-8/1 caratulada “F. C/ MOLINA ACEVEDO, JORGE ENRIQUE P/ USURPACIÓN S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

El querellante particular interpone recurso de casación contra la sentencia n° 11.401, y sus fundamentos, emitida por el Segundo Juzgado Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

Ello, en tanto se absuelve a Jorge Enrique Molina Acevedo del delito de usurpación (art. 181 inc. 1 del C.P.). El pronunciamiento fue dictado en autos n° P-157.881/17.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- La resolución recurrida.

Conforme surge de las presentes actuaciones a Jorge Enrique Molina Acevedo se le atribuyó que «días previos al 23 de noviembre de 2017 en el inmueble ubicado entre calles Larrea, Liniers y vías del ferrocarril de Chacras de Coria, que se encontraba alambrado en la totalidad del perímetro y cerrado con candado; terceros sin autorización de los propietarios colocaron un cartel de importantes dimensiones correspondiente al Centro Tradicionalista y Cultural de Chacras de Coria, rompiendo para ello el candado que tenía colocado el inmueble en la tranquera de ingreso. Asimismo, el 28 de noviembre de 2018, aproximadamente a las 18 horas Enrique Molina junto a otras personas no individualizadas rompieron la cadena y un candado de la tranquera ubicada en la entrada del predio los cuales habían sido colocados por Chacras de Coria S.A ingresaron y expulsaron mediante insultos y amenazas al personal de seguridad pertenecientes a Chacras de Coria S.A y sacaron del predio un baño químico, una topadora, un contenedor y las maquinarias propiedad de Chacras de Coria y colocaron un candado dejando en el lugar una carpa y dos personas que responden a la Agrupación Gaucha que lidera Enrique Molina». Como se adelantó, la jueza de anterior instancia absolvió a Jorge Enrique Molina Acevedo respecto del delito de usurpación por despojo, en la causa n° P-157.881/17 (art. 2 del CPP).

Para así decidir, valoró, entre los elementos de prueba más relevantes, las declaraciones testimoniales de Alberto Rez Masud, Héctor Daniel Espósito, Héctor Osvaldo Fúnes Leiva, Flavia Ida Carina Casucci, Darío Damián Sosa, Sergio Eduardo Mesa y la prueba instrumental oportunamente ofrecida y debidamente incorporada.

2.- El recurso de casación interpuesto por el querellante particular

El querellante particular interpone recurso de casación de conformidad al art. 474, incs. 1 y 2 del CPP.

En este sentido, considera que los fundamentos brindados por la jueza son erróneos, en tanto deduce que ha valorado las pruebas apartándose de las reglas de la sana crítica racional, particularmente de las reglas de la lógica y, específicamente, el principio de razón suficiente.

Asimismo refiere que se han soslayado elementos de convicción suficiente para la solución del caso que han sido debidamente incorporados al proceso penal. Estima que los fundamentos no constituyen una derivación razonada del derecho vigente, sino que se encuentran sustentados en meras y erróneas apreciaciones subjetivas de la jueza de la instancia previa y en argumentos carentes de contenido.

Luego de referenciar la plataforma fáctica y las pruebas obrantes en autos, expresa que no cabe duda que en el caso ha existido un despliegue de fuerza no sólo sobre la tranquera que se encontraba con candado y cadena, sino también han existido amenazas y violencia sobre las personas que se encontraban cuidando las máquinas y el material ubicados en el interior del predio, las que resultaron arrojadas por los usurpadores al exterior. Reitera en su argumentación la utilización de la fuerza para la usurpación del terreno.

Considera que los testimonios de Osvaldo Funes y de Sergio Mesa, resultan dirimientes si se los relaciona con el resto del material probatorio, lo que permite concluir que hubo un despojo por la fuerza llevada a cabo de manera organizada por un grupo de personas de las que sólo se ha identificado al acusado. Refiere que la encuesta ambiental efectuada al día siguiente de la usurpación, donde se entrevista a personas desinteresadas, acredita que el terreno no estaba ocupado.

Agrega que de aquélla surge, que personas de la municipalidad realizaban limpieza en el lugar y que tenían miedo por los individuos que ingresaban al predio durante las noches. Expresa que la posesión real y efectiva de la propiedad el día de la usurpación era ejercida por Chacras de Coria S.A. en el predio, y que tal extremo está acreditado con los serenos que custodiaban el material y las máquinas. Menciona el testimonio de Héctor Funes, miembro y presidente de la agrupación gaucha, que fue quién puso en conocimiento de la investigación cómo la agrupación tomó contacto con el terreno, revelando que la agrupación gaucha, no el centro tradicionalista a través de su presidente Mario Sanita solicita a Facundo Civit una parte del terreno para realizar fiestas gauchescas. Señala que luego de un tiempo Facundo Civit le notificó en el año 2000 aproximadamente que el terreno no iba a poder seguir siendo utilizado ya que tenía nuevo dueño. Además, indica que también puso en conocimiento de Sergio Mesa esta circunstancia y que desde ese momento la agrupación gaucha no volvió a realizar ningún tipo de actividad en el mismo. Analiza luego la declaración del acusado y afirma que no resulta creíble que una persona y su grupo se encuentren con un terreno baldío cuyo dueño «desapareció» durante la última dictadura y que desde el año 1983 detenten la posesión pacífica e ininterrumpida del terreno.

Formula reserva de caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

A fs. 6/9 vta. el Procurador contesta la vista conferida y aconseja el rechazo del recurso de casación articulado. Ello, en tanto considera que los agravios demuestran la discrepancia de la defensa con el valor convictivo que la jueza de grado le otorgó al plexo probatorio.

De tal manera, considera que el querellante busca debilitar el valor convictivo de las pruebas reunidas, aislándolas y restándole la fuerza que surge de su reunión. Por otro lado, considera que la sentencia se encuentra debidamente fundada, ya que consta el abordaje, examen y valoración de cada uno de los testimonios brindados y de la prueba instrumental incorporada, de lo que infiere que el fallo impugnado no presenta falencias ni defectos que impliquen su anulación. En conclusión, el Procurador afirma que no puede sostenerse que el fallo cuestionado presente una motivación contradictoria, arbitraria, parcial o

que se aparte de la sana crítica racional, por lo que encuentra que el planteo del querellante es infundado y, por ello, no puede prosperar.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por el querellante particular no puede prosperar. Paso a explicarlo.

De manera preliminar, corresponde señalar que en la sentencia cuestionada por la parte querellante el material probatorio aparece adecuadamente meritado conforme las pautas establecidas por la ley procesal.

En efecto, la jueza llegó a la conclusión absolutoria por considerar que «el acusado tenía elementos para suponer que el 28 de noviembre de 2017 cuando en compañía de otros miembros del Centro Tradicionalista Chacras de Coria ingresaron al terreno y expulsaron a quiénes se encontraban allí, estaba actuando en defensa de lo que era suyo».

Resulta importante destacar que, conforme surge de las constancias de la causa, quedó acreditado que Chacras de Coria S.A ostentaba la titularidad registral del inmueble pero tratándose el objeto del presente proceso de un hecho calificado en el tipo penal de usurpación era determinante, tal como lo analizó la juzgadora, precisar quién ejercía la **tenencia efectiva** del inmueble en cuestión.

Para la jueza de anterior instancia, la declaración de Molina Acevedo se mantuvo constante desde el primer momento, en el sentido de que ese terreno les pertenecía a los miembros de la Agrupación Gaucha desde hacía más de treinta y seis años, así como que ellos realizaban tareas de limpieza con ayuda de la municipalidad.

En lo que interesa destacar, el acusado dijo que el día de los hechos, a las 13 hs., él junto con un grupo de personas no identificados en el legajo vieron que habían ingresado en el terreno unos ocupantes con máquinas y un container y que decidieron sacarlos.

Dijo, asimismo, que esos terrenos no tenían dueño y que sólo se tenía sobre ellos la posesión.

A su vez, los testimonios de Carina Claudia Gasucci, Marina Guaycochea y Juliano Jáuregui sostuvieron que, en el lugar, desde hacía quince años no se realizan actividades, que antes solían realizar destrezas y eventos gauchescos, pues allí funcionaba una sociedad ecuestre.

Aclararon que para ellos eran terrenos sin dueño.

Por su parte, Juan Marcelo Lucena que fue delegado municipal de Lujan en Chacras de Coria, afirmó que los terrenos ubicados entre calles Larrea, Liniers y vías del ferrocarril, como los terrenos del barrio Wilry, se encuentran todos a nombre de sociedades que no se conocen y que la mayoría se encuentran con título supletorio.

Destacó que los gauchos siempre usaron esos terrenos.

En otro orden, debe señalarse que en el acta labrada por la escribana que se constituyó en el lugar el día de los hechos, da cuenta que concurrió al predio a pedido del Centro Tradicionalista Chacras de Coria el que, al decir de Molina Acevedo es poseedor de un terreno sito en calle Liniers, entre Alzaga y Caridad, Chacras de Coria.

Además, que son poseedores de manera pública y continua desde el año 1983. Se consigna también allí que Molina afirmó que el 27 de noviembre de 2017 les usurparon violentamente el terreno siendo víctima del delito de daño y robo.

Tal como lo he sostenido en los párrafos que preceden, entiendo que el recurso de casación interpuesto por el querellante particular, revela una valoración del material probatorio que sólo evidencia una

disconformidad con la labor de ponderación llevada a cabo por la juzgadora, sin aportar argumentos que logren desvirtuar su razonamiento.

Sin embargo, pese al esfuerzo realizado, entiendo que no logra circunscribir el agravio al objeto del legajo, esto es al delito de usurpación que se le achaca al encartado.

Es que encuentro que la jueza de anterior instancia ofreció las razones por las que los testimonios de Héctor Funes y de Sergio Mesa resultaron contradictorios y por ende incapaces de sustentar la hipótesis de la querrela particular.

En este sentido, la juzgadora advirtió la endeblez del testimonio de Héctor Funes en tanto su declaración se encontraba «plagada de contradicciones, contrario a lo que él mismo declaró en la instrucción de la causa y contraria a lo que fue afirmando y negando durante toda su declaración testimonial, todo ello con el fin de mejorar la posición de Chacras de Coria S.A».

También destacó como contradictorios los testimonios de Héctor Daniel Espósito y de Sergio Mesa.

En función de estas consideraciones comparto el criterio del dictamen del Procurador cuando sostiene que la jueza «[...] analizó el **acta de toma de posesión** presentada por el Sr. Espósito como representante de la **empresa Chacras de Coria S.A.** la cual se encontraba ilegible por estar borrosa y escrita a mano con un trazo débil y poco claro y también evaluó el contrato de comodato incorporado que no se encontraba sellado ni certificado, ni tenía fecha cierta, ni había doble ejemplar ni las firmas se encontraban individualizadas, todo ello provocó en la jueza una disminución cualitativa sobre su valor probatorio, ya que lo que se intentaba probar guardaba relación con el conocimiento por parte del acusado, sobre la existencia de un derecho real o posesorio por parte de la empresa Chacras de Coria S.A».

Además, «si la agrupación gaucha o el centro tradicionalista **ha tenido la posesión pública y pacífica del terreno por una cierta cantidad de años, es una cuestión a dilucidar en sede civil, pero en sede penal,** se consideró que el imputado estaba convencido de que actuaba en defensa de lo que era suyo y en total desconocimiento del hecho de que la empresa denunciante tenía un derecho mejor que el suyo».

En definitiva, y tal como adelantara, no se advierten fisuras o falencias ni defectos en el razonamiento de una entidad tal que equivalga a ausencia de fundamentos y que, por ello, impliquen su anulación. De tal manera, debe rechazarse el recurso.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR PALERMO, adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO, adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por el querellante particular.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

Capítulo IX.

Delitos contra la seguridad pública.

Tenencia. Portación.

CAPÍTULO IX. DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PUBLICA. Tenencia. Portación.

1- CASTRO. 03-02-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	-	-	AFC		-	-	A	-	-	-	-	SJP	-	474 30

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=771>

Lex: Art. 189 Bis inc. 2, 4° párrafo y 5° párrafo del CP.

Vox: Portación. Arma de fuego de uso civil. Atenuación. Legítimo tenedor. SJP.

Summa:

El **JPC** hizo lugar a la suspensión del juicio a prueba solicitada a favor de Diego Exequiel Castro, por el término de dos años.

El **MPF** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

El **Procurador General** mantiene el recurso interpuesto por el Fiscal Titular de la Fiscalía N° 38 y remite a sus argumentos en honor a la brevedad.

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el MPF.

Resolución cuestionada: Auto pronunciado por el JPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Sobre SJP

Dr. Adaro.

Valor vinculante al dictamen sólo si está debidamente motivado.

- «Bustos Baldor». 02-03-10: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
Se encuentra vedada la aplicación del instituto previsto por el art. 76 bis y sgtes. del Código Penal - suspensión del juicio a prueba - toda vez que el encartado es **funcionario público** y comete un ilícito en el ejercicio de sus funciones. También ha de tenerse en cuenta el dictamen motivado del Ministerio Público Fiscal que resulta **vinculante** para la concesión del beneficio solicitado.
- «Moreno Frías»
- «Ramón Mayorga»
- «González Farías»
- «Entre Ríos Oliva»
- «Rodríguez Rosales»
- «Torcetta Sanjurjo»
- «Romero Díaz»

Dr. Palermo

- «Moreno Frías»
- «Bernales Vargas»
- «Sánchez»
- «Cruzate»
- «Pérez Martín»;

Dr. Valerio

El MPF debe fundamentar su dictamen solamente cuando se aparta de esta regla consistente en la persecución penal.

- «Lemos Guerrero»
- «Estrella»
- «Luna Amaya»
- «Ramos Sevilla»

La actuación de la ley por parte del representante del Ministerio Público Fiscal **es la regla en materia procesal e implica su promoción y ejercicio obligatorio**, mientras que la excepción es la procedencia de criterios de oportunidad. A mi entender, el agente fiscal **debe fundamentar su dictamen solamente cuando se aparta de esta regla consistente en la persecución penal**, para otorgar el consentimiento para la aplicación del beneficio peticionado –en este caso, suspensión del juicio a prueba–.

Precedentes relacionados

SJP. Art. 76 Bis CP. Art. 30 CPP

- Bustos Baldor. 02-03-10: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Condori. 15-06-16. VG: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Bernales Bargas. 28-12-16: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Ayala Gil. 17-05-17: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Moreno Frías. 01-12-17: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=904>
- Crescitelli Fliguer. 14-12-17: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Lemos Guerrero. 28-11-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=906>
- Ramos Sevilla. 04-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=27>
- Romero Díaz. 15-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=177>
- Torcetta Sanjurjo. 19-12-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=262>
- Rivero Oro. 22-05-20. VG. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=315>
- Castro. 03-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=771>
- Vulcano. 22-03-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=981>
- Castillo Ordoñez. 11-05-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=895>
- Reyes Lara. 17-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=865>
- García Manca. 17-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=866>
- Martínez Fernández. 26-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=895>
- Guajardo. 22-09-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=896>
- Rosales Chacón. 11-11-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=973>

SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio.

Fallo.

CUIJ: 13-06762587-5/1((018501-13976)) F. C/ CASTRO, DIEGO EXEQUIEL P/ PORTACIÓN ILEGAL DE ARMA DE FUEGO DE USO CIVIL ATENUADA POR SER TENEDOR AUTORIZADO DEL ARMA (13976/20) (13976) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106018902*

En Mendoza, a los tres días del mes de febrero del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06762587-5/1 caratulada "F. c/ CASTRO, DIEGO EXEQUIEL P/ PORTACIÓN ILEGAL DE ARMA DE FUEGO DE USO CIVIL ATENUADA POR SER TENEDOR AUTORIZADO DEL ARMA S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO.

El Fiscal Titular de la Fiscalía de Instrucción N° 38 de la Unidad Fiscal de Delitos No Especializados interpone recurso de casación contra la resolución dictada por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 en tanto hizo lugar a la suspensión del juicio a prueba solicitada a favor de Diego Exequiel Castro, por el término de dos años, en los autos P-13976/20.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El Juzgado Penal Colegiado N° 1 resolvió otorgar la suspensión del juicio a prueba a favor de Diego Exequiel Castro por el plazo de dos años e impuso reglas de conductas a cumplir. Ello, en tanto consideró que no se habían respetado los principios constitucionales de mínima intervención penal y pro persona, como tampoco la jurisprudencia dictada por nuestro Máximo Tribunal Nacional en los precedentes «Norberto» y «Acosta» en relación con la aplicación del beneficio procesal de suspensión del juicio a prueba en supuestos en los que se investigue delitos que conlleven pena de inhabilitación.

En este sentido, cuestionó que el dictamen fiscal no haya seguido los mencionados criterios al momento de denegar su consentimiento (ver constancias audio visuales de la audiencia desarrollada el día 3 de setiembre de 2021).

2.- Recurso de casación

El representante del Ministerio Público Fiscal interpone recurso de casación contra la resolución que concede el beneficio de la suspensión del juicio a prueba de conformidad con los arts. 474 inc. 2 del CPP. Entiende que el resolutivo impugnado resulta violatorio de normas que el código de rito establece bajo sanción de inadmisibilidad, caducidad o nulidad.

Destaca así que se han vulnerado las disposiciones previstas en el art. 30 del CPP, por haberse otorgado el instituto procesal sin tener presente la negativa fundada manifestada por ese Ministerio Público Fiscal en la audiencia correspondiente.

En este sentido destaca que ese órgano acusador no consintió la procedencia del beneficio procesal por considerar que no era conveniente de acuerdo a las circunstancias específicas del caso investigado en autos.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, al momento de dictaminar, mantiene el recurso interpuesto por el Fiscal Titular de la Fiscalía N° 38 y remite a sus argumentos en honor a la brevedad.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Puesto a resolver el caso traído a estudio, adelanto que corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal por las razones que a continuación se exponen.

a.- En relación con el **carácter vinculante del dictamen fiscal**, y dado que advierto imprecisiones en las citas de precedentes realizadas por la recurrente, corresponde señalar que la posición que **he sostenido de manera constante le asigna valor vinculante al dictamen sólo si está debidamente motivado** (así, «Bustos Baldor», «Moreno Frías», «Ramón Mayorga», «González Farías», «Entre Ríos Oliva», «Rodríguez Rosales», «Torcetta Sanjurjo», entre muchos otros).

En este sentido, el criterio que el recurrente deriva de los casos «Cargnelutti» y «Crecitelli Fliguer» surge de una imprecisa y errónea consideración jurisprudencial.

En el caso «Romero Díaz» he abordado esta última cuestión y he explicado las razones que fundamentan mi posición.

En razón de ello me remito, en honor a la brevedad, a los argumentos expuestos en este último precedente.

b.- Deslindada esta cuestión preliminar, del análisis del planteo recursivo y el dictamen emitido durante la audiencia del día 3 de septiembre de 2021 por el Ministerio Público Fiscal, advierto que la resolución pronunciada por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción ha concedido la suspensión solicitada a partir de fundamentos erróneos, motivo por el cual corresponde hacer lugar a la impugnación. Según puede apreciarse del registro audiovisual de la audiencia desarrollada, la jueza de la instancia anterior otorgó la suspensión del juicio a prueba bajo el entendimiento de que la oposición fiscal se apartó de los criterios establecidos en relación con la procedencia del instituto en supuestos de delitos que tengan prevista la aplicación de la pena de inhabilitación.

Sin embargo, del estudio de las constancias audiovisuales de la audiencia en cuestión surge que el razonamiento central expuesto por el Fiscal de Instrucción se centró en el análisis de las circunstancias del hecho investigado y la aplicación de la política criminal esbozada por el Ministerio Público Fiscal en torno a los delitos vinculados con armas de fuego. En este sentido, el representante fiscal mencionó que realizó la debida consulta a sus superiores jerárquicos antes de expresarse respecto a la procedencia del instituto procesal.

Explicó que, tanto la Fiscal en Jefe, como el Fiscal Adjunto de la Procuración General, habían coincidido en no prestar el consentimiento para la procedencia de la suspensión del juicio en el caso concreto, debido a sus circunstancias particulares.

El Fiscal de Instrucción compartió el criterio de sus superiores y detalló que el secuestro del arma que dio origen a las presentes actuaciones ocurrió en el marco de una discusión que rodeó un evento vehicular en el que el imputado habría exhibido el arma en una zona altamente transitada y en un horario de gran afluencia pública.

Destacó, además, que al momento de su aprehensión, el arma de fuego –una pistola marca Bersa calibre 22 modelo Thunder 22– se encontraba apoyada en el asiento del acompañante del vehículo, con un

cargador colocado con nueve municiones en su interior y una bala en recámara, es decir, en condiciones de uso inmediato.

A ello agregó, como razón para su rechazo, que al ser el acusado tenedor autorizado de armas de fuego conoce los deberes que conlleva dicha autorización legal y, aún así, los incumplió.

Es decir, el Ministerio Público Fiscal entendió que las condiciones en que se desarrolló el hecho y, en particular, el conocimiento de los deberes específicos propios de la tenencia de armas legal que incumplió el acusado fueron las razones principales para no prestar el consentimiento en el caso de autos. Y no, como afirmó la jueza en su resolución, el tipo de pena que prevé el delito acusado.

De este modo, la posición fiscal se fundamenta en un criterio de Política criminal respecto a la portación de armas de fuego de forma ilegal y en las circunstancias específicas del hecho investigado, argumentos que constituyen, a mi entender, motivación bastante para sustentar su posición a los efectos requeridos por la norma procesal.

Así, en tanto la vista conferida al Ministerio Público Fiscal fue evacuada conforme a derecho (art. 167 del CPP) y en contra de la concesión de la suspensión peticionada, no correspondía que fuese otorgada.

En consecuencia, estimo que existen vicios en el razonamiento de la decisión que se recurre en esta instancia, en tanto no satisface los requisitos de motivación contenidos en el art. 155 del CPP, lo que la torna arbitraria. Por estas razones, corresponde hacer lugar al recurso de casación planteado por el representante del Ministerio Público Fiscal. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere. Postura sobre SJP.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, POR SU VOTO, DIJO: Analizado el caso traído bajo estudio, debo señalar que adhiero a la solución propuesta en el voto preopinante de acuerdo con el criterio que sostengo en relación con la vinculación del dictamen fiscal en la concesión de la suspensión del juicio a prueba desarrollada en los precedentes «**Moreno Frías**», «**Bernales Vargas**», «**Sánchez**», «**Cruzate**» y «**Pérez Martín**»; a cuyos argumentos me remito en honor a la brevedad. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere. Postura sobre SJP

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, POR SU VOTO, DIJO: **Adhiero a la solución propuesta en el voto preopinante**, haciendo saber que, conforme al criterio que sustentó y que he señalado en otras oportunidades, la actuación de la ley por parte del representante del Ministerio Público Fiscal **es la regla en materia procesal e implica su promoción y ejercicio obligatorio**, mientras que la excepción es la procedencia de criterios de oportunidad (ver al respecto, «Lemos Guerrero», «Estrella», «Luna Amaya», y recientemente «Ramos Sevilla», entre otros).

A mi entender, el agente fiscal **debe fundamentar su dictamen solamente cuando se aparta de esta regla consistente en la persecución penal**, para otorgar el consentimiento para la aplicación del beneficio peticionado –en este caso, suspensión del juicio a prueba–. En razón de ello considero que la resolución cuestionada carece de la debida fundamentación, por lo que resulta procedente el recurso interpuesto. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO: Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso formulado en autos, y revocar el auto del Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción, de fecha 3 de septiembre de 2021, que concedió la suspensión del juicio a prueba en favor de Diego Exequiel Castro, y remitir las actuaciones al tribunal de origen a fin de que continúe según su estado. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. OMAR A. PALERMO y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia

RESUELVE:

1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal.

2.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V.

VALERIO Ministro

2- SUAREZ LOYOLA. 25-02-22

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	-	-	AFG	PCE	-	-	A	-	-	UP	-	-	-	474

Web: <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=764>

Lex: Art. 189 Bis, 2 ap. 4 p CP

Vox: Portación. Arma de fuego de guerra. Unificación. Reedición de planteos.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **tres años y diez meses de cumplimiento efectivo** como autor del delito de portación ilegal de arma de guerra (art. 189 bis, 2º supuesto, 4º párrafo del CP), unificándose con la pena impuesta por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 en la **pena única de cinco años y cuatro meses de prisión** de cumplimiento efectivo.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP). Estima que la sentencia no constituye una derivación razonada de los elementos de prueba obrante en el legajo, habiéndose conculcado a criterio de la defensa las reglas de la sana crítica racional.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n°7512, pronunciada por el TPC N° 2-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Ello, a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido que tales defectos, para conllevar tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros), lo que en la especie no ocurre.

SCJM. Dres.: **Adaro.** Palermo.Valerio.

Fallo.

**CUIJ: 13-05736187-9/1((018502-80859)) FC/SUAREZ LOYOLA P TENENCIA ILEGAL DE ARMA DE FUEGO/
RECURSO EXT.DE CASACIÓN (80859) *105921689***

En Mendoza, a los veinticinco días del mes de febrero del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n°13-05736187-9/1 caratulada "F. c/ SUÁREZ LOYOLA, ENZO ADRIÁN P/ PORTACIÓN ILEGAL DE ARMA DE FUEGO S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO.

La defensa particular de Enzo Adrián Suarez Loyola interpone recurso de casación contra la sentencia n° 7512 que lo condenó a la pena de tres años y diez meses de cumplimiento efectivo como autor del delito de portación ilegal de arma de guerra (art. 189 bis, 2º supuesto, 4º párrafo del CP), unificándose con la pena impuesta por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 en los autos N° P-100.980/18, en la pena única de cinco años y cuatro meses de prisión de cumplimiento efectivo, pago de costas y accesorios legales.

El fallo fue pronunciado por el Segundo Juzgado Penal Colegiado.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El tribunal de la instancia previa ha tenido acreditado el hecho objeto de acusación, según el cual «[...] el día 30 de octubre de 2020, siendo aproximadamente las 19:45 horas, personal policial se encontraba circulando por el interior del Barrio El Nogal III, de Carrodilla, Luján de Cuyo, en momentos en que, en la intersección del callejón Serrano y calle Ituzaingó, Enzo Adrián Suarez Loyola, quién se encontraba conduciendo un Dodge 1500, dominio WGW 458 al observar al personal policial, se dio a la fuga, marcha atrás, durante aproximadamente 150 metros, hasta que colisiona con un vehículo estacionado, frente a la manzana D, casa 15 de dicho barrio. Seguidamente, Enzo Suarez, tomó un arma de fuego tipo pistola, marca Bersa Thunder 380 calibre.380 ACP, numero 970924, la que se encontraba cargada con cuatro cartuchos, y apuntó a los efectivos policiales, descendiendo luego del vehículo con el arma de fuego en la mano, en donde forcejeó con uno de los policías, arrojando el arma hacia el techo de la casa 15, manzana D, del citado barrio, para luego ser aprehendido y trasladado a Comisaría 47, lográndose el secuestro del arma de fuego que portaba Enzo Suarez. Personal de la División Balística Forense, informó que el arma de fuego funcionó para la ejecución de los disparos, tratándose de un arma de guerra de uso civil condicional».

Para así decidir el tribunal valoró, entre los principales elementos de prueba, las declaraciones testimoniales de los oficiales Carlos Montiveros, Héctor Javier Zarate, de Juan Pablo López, de Mauricio Manuel Vera, de Lucas Roux, de Yamila Acurra, así como la prueba instrumental debidamente incorporada.

2.- Recurso de casación

El recurso de casación de la defensa se interpone al amparo del art. 474, incs. 1 y 2 del CPP.

Ello por considerar que la sentencia impugnada no constituye una derivación razonada de los elementos de prueba obrante en el legajo, habiéndose conculcado a criterio de la defensa las reglas de la sana crítica racional.

En ese sentido, considera que la sentencia contiene vicios relativos a la interpretación arbitraria de la prueba y una motivación insuficiente, contradictoria e ilógica.

En particular refiere que, tanto el acta de procedimiento, como las declaraciones testimoniales de los funcionarios policiales actuantes Auxiliar Carlos Montivero y Javier Zarate, no acreditan con el grado de certeza requerido para el dictado de una sentencia condenatoria, la responsabilidad penal de Suárez Loyola.

Así indica una serie de discordancias que, a su criterio resultan relevantes, tales como el horario preciso en que ocurrió el acontecimiento aquí investigado, o si los oficiales actuantes Montivero y Zarate solicitaron permiso para ingresar al domicilio para practicar el allanamiento en el que se secuestró el arma del acusado, o si utilizaron la fuerza pública al momento de la aprehensión de Suárez Loyola y de Kevin Flores y, finalmente, lo relativo a la distancia recorrida por el vehículo conducido por el acusado al momento del intento de fuga –en tanto refirieron entre 100 y 200 metros–.

En relación con el agravio relativo a la falta de fundamentación del fallo atacado y la omisión de valoración de prueba decisiva, la defensa expresa que la jueza no valoró debidamente las declaraciones testimoniales de Kevin Gabriel Flores que, en el momento, del hecho ocupaba el asiento delantero del rodado conducido por el acusado.

Del mismo modo, cuestiona la ponderación de la declaración testimonial de Lucas Matías Roux, vecino de Suarez Loyola y de Yamila Anabel Azcurra.

Por otra parte, señala que la declaración testimonial de Juan Pablo López Pérez, propietario de la casa donde se arrojó el arma y se practicó el allanamiento, presenta contradicciones importantes con las declaraciones de los oficiales actuantes que no fueron debidamente meritadas por la jueza de instancia anterior.

En otro orden, analiza la declaración del imputado y, a partir de ella, afirma que todas las declaraciones antes individualizadas no fueron debidamente meritadas por la juzgadora.

En ese marco considera que la motivación del fallo es contradictoria, insuficiente e ilógica debido a que conculca el principio in dubio pro reo, por lo que insta la nulidad de la sentencia puesta en crisis y el reenvío para la realización de un nuevo debate. Formula reserva de caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 5/7 vta, el Procurador contesta la vista de ley y se expide por el rechazo del recurso de casación interpuesto en razón de que considera que la impugnación constituye una revisión ex novo de todo lo acontecido en el debate, que fue objeto de contradicción y debidamente analizado por la juzgadora.

En ese marco estima que no existieron motivos para dudar de lo expresado en el acta de procedimiento y de las declaraciones de los oficiales actuantes en el sentido que no existió una tercera persona en el rodado, que nadie le abrió la puerta a una tercera persona, puesto que resulta reñido con toda la lógica que la policía haya dejado ir a uno de los integrantes del pasaje, curiosamente quien portaba el arma según la declaración de los testigos, sin aprehenderlo, como a los demás, y sin ningún motivo que justificara tal accionar.

Por su parte, el Procurador indica que es claro que los policías conocen de armas y que con sólo ver una de éstas pueden decir de qué marca y tipo es, por lo que no resulta extraño que tanto Montiveros como

Zarate, hayan visto el arma que portaba Suárez antes de que éste la arrojara al techo, determinando que se trataba de una pistola Bersa 380.

En referencia al carácter violento del procedimiento policial, que según los testigos de descargo dicen que aconteció, es claro que del examen médico de los aprehendidos no resulta ningún tipo de lesión, lo que contradice fuertemente la calificación de salvaje golpiza que manifiestan aquellos testigos que apoyan la versión defensiva.

En definitiva el Procurador estima que la jueza de grado anterior, vislumbró en el proceso dos teorías del caso, totalmente antagónicas y decidió por la más lógica, congruente y, a su vez, corroborada con los elementos objetivos colectados conforme las reglas de la lógica, la psicología y la experiencia común.

En el mismo sentido estima que la jueza adecuadamente, y sin afectación alguna a las garantías constitucionales, descartó la existencia de una tercera persona, así como que el procedimiento haya sido violento, y tuvo por acreditado que quién portaba el arma es Suarez Loyola que forcejó con personal policial y la arrojó.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Puesto a resolver el recurso de casación interpuesto entiendo que no corresponde hacer lugar a la impugnación, toda vez que la sentencia puesta en crisis no adolece de los vicios que pretende el recurrente. Paso a explicarlo.

De manera inicial entiendo oportuno destacar que la motivación de la sentencia es suficiente para su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, no adoleciendo de falencias que impliquen su anulación. Ello, a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido que tales defectos, para conllevar tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros), lo que en la especie no ocurre.

En efecto, la jueza de anterior instancia tuvo por acreditado el hecho atribuido al acusado por el ministerio público fiscal y para ello tuvo en cuenta principalmente el acta de procedimiento de fs. 1, debidamente ratificada por los oficiales intervinientes Carlos Montiveros y Héctor Javier Zarate, como también las declaraciones de los oficiales prementados, cuyos dichos resultaron concordantes conforme surge de la audiencia celebrada el 17 de marzo de 2021.

Tuvo en cuenta, además, los dichos del testigo de actuación Rubén Barolo, que dijo que estaba en el fondo de su casa y que al escuchar el alboroto salió a la vereda y vio el vehículo Dodge 1500 detenido, sin ocupantes, y que en el rodado no había nada. También ponderó que personal de la División Balística Forense informó que el arma de fuego funcionaba para la ejecución de disparos siendo un arma de guerra de uso civil condicional.

En su reclamo casatorio, la defensa se agravia por omisión de valoración de las declaraciones testimoniales de Kevin Flores, Yamila Azcurra, Luca Roux. Al respecto entiendo que el defensor aduce omisión de valoración o valoración indebida, pero no advierto en la fundamentación de la sentencia la existencia del pretendido vicio.

Por el contrario, la jueza brindó de manera adecuada las razones por las que restó valor convictivo a las pruebas prementadas.

En ese sentido dijo que todas ellas se presentaron bajo una misma línea argumental, que carecieron de apoyo lógico y se presentaron en franca contradicción con los demás elementos de convicción de cargo obrantes en el legajo.

De tal modo entiendo que la crítica formulada por el censurante en relación con la prueba de descargo valorada en el legajo no resulta más que una discrepancia con el resultado de aquella, por resultar contrario a los intereses de esa parte y que no logra desvirtuar el razonamiento de la jueza en la sentencia. Por otra parte, en su planteamiento recursivo, la defensa del acusado reitera la teoría del caso expuesta durante el debate que, sintéticamente, da cuenta que el día del hecho, Enzo Adrián Suárez Loyola, junto a otros dos sujetos, Kevin Flores y «Juampi Monsalvez», se desplazaban en el rodado Dodge 1500 y al observar al personal policial, el acusado se asustó porque «Juampi Monsalvez», que iba sentado en el asiento trasero con un bebé, llevaba un arma que arrojó hacia la parte delantera del vehículo, envuelta en una remera blanca.

Así, y como el acusado cumplía una condena de ejecución condicional, hizo marcha atrás con el rodado, como cinco o seis casas, hasta llegar al domicilio de Enzo, arrojó el arma y no ofreció resistencia al momento de la aprehensión, donde fue golpeado por el personal policial interviniente.

Asimismo, sostiene la defensa que la persona que iba en el asiento trasero, salió del vehículo y se retiró del lugar, sin que el personal policial se opusiera.

Como dijera previamente, esta hipótesis defensiva surge de una interpretación sesgada, parcializada y carente de sustento en los elementos probatorios reunidos en el legajo que no alcanza a conmover la validez de la sentencia condenatoria.

Pero, además de ello, entiendo que la defensa aduce extremos que no resultan relevantes o decisivos para la solución del caso bajo análisis.

En tal sentido lo relativo a la distancia recorrida en reversa por el rodado conducido por el acusado mientras emprendía la fuga. Ello en tanto surgió acreditado que el rodado dio marcha atrás hasta colisionar con la camioneta estacionada en frente a la manzana D, casa 15 del Barrio El Nogal III de Carrodilla.

De igual manera, lo relativo al allanamiento y posterior secuestro del arma que portaba Suárez Loyola. En particular, la jueza descartó que hubieran existido irregularidades en el procedimiento para lograr el secuestro del arma.

En tal sentido estimó que existieron dos momentos o dos situaciones fácticas perfectamente diferenciados: un primer tramo en que personal policial se subió al capot de la camioneta impactada para poder ver el arma que el acusado había arrojado sobre el techo de la vivienda instantes previos y, luego un segundo, tramo que ocurrió cuando personal policial ingresó al domicilio ubicado la manzana D, casa 15 del Barrio El Nogal III, donde Juan Pablo López autorizó el ingreso reconociendo que en el patio de la vivienda personal de Policía Científica llevó a cabo las operaciones de rigor.

En igual orden no puede prosperar la pretendida contradicción sobre el horario del hecho pues éste surge a partir del desgrabado del CEO que dio cuenta que 30 de octubre de 2020 a las 19:47 los oficiales intervinientes dieron aviso de un código BK, que acredita la situación de riesgo que fue narrada por el personal policial interviniente, y así fue considerado por la jueza de la instancia previa.

En otro orden, debe señalarse que no pueden prosperar las pretendidas contradicciones entre lo señalado por el testigo Juan Pablo López y personal policial.

En efecto, la jueza señaló al respecto que, si bien era cierto que López señaló que personal policial no le solicitó autorización para realizar el procedimiento en el techo, lo cierto es que el testigo aclaró que sí existió un ingreso autorizado de la policía a su patio, donde se determinó que había un arma.

Al respecto, la jueza destacó que la autorización se requiere para el ingreso al domicilio, no para realizar un procedimiento en el techo de un domicilio. Por ello entendió que no existían las alegadas contradicciones en el procedimiento que la defensa refiere.

Esto pues para subirse al techo personal policial no solicitó permiso, pero posteriormente para ingresar al patio del domicilio, sí se requirió.

En ese marco de análisis, la defensa cuestiona la autoría de Suárez Loyola en los hechos investigados y pretende atribuir responsabilidad penal a un tercer sujeto, que se habría ubicado en la parte trasera del rodado, que llevaba un bebé y que, al momento de pretender ser identificados por personal policial, este tercero habría arrojado el arma posteriormente secuestrada envuelta en un trapo blanco hacia la parte delantera del automóvil y que luego habría salido del rodado sin que la policía lo impidiera.

De tal modo para desvincular al acusado, la defensa aduce que el acta del procedimiento no refleja verazmente los hechos efectivamente acaecidos.

Este agravio no puede prosperar toda vez que la defensa del acusado, por un lado, no ha canalizado en debida forma su pretensión de falsedad de aquél instrumento y, por el otro, y tal como lo destacó la juzgadora, no existe prueba alguna que acredite los extremos alegados por la defensa de Suárez Loyola.

En este sentido, el examen del contenido de las sucesivas audiencias orales llevadas a cabo en el marco del proceso en el que resultó condenado Enzo Adrián Suarez Loyola confirma claramente que el reclamo casatorio se articula como ya lo sostuve en párrafos que preceden como una **reedición de la hipótesis** defensiva expuesta durante el debate y que, ha sido suficientemente contrarrestada por la jueza de anterior instancia con argumentos, que comparto, en relación con la valoración del plexo probatorio reunido en la causa.

En efecto, el plexo probatorio valorado acreditó que sólo iban dos personas en el vehículo. A ello, debe sumarse que tanto Kevin Flores como Suárez Loyola fueron aprehendidos en el lugar (acta de procedimiento de fs. 1).

Asimismo, que la Dra. Alejandra Videla Olmos no constató lesiones en el acusado, lo que contrarresta el testimonio de Mauricio Vera, Lucas Roux, Yamila Ascurra y el descargo del propio acusado, quiénes sostuvieron, en líneas generales, que el acusado fue golpeado por el personal policial que intervino en su aprehensión, que la policía tomó del cuello al acusado (ver, al respecto, la declaración de Lucas Roux) y que le pegaban muy fuerte (ver, al respecto, la declaración de Yamila Ascurra).

Ahora bien, el desgrabado del CEO da cuenta que el 30 de octubre de 2020, a las 19:47 los oficiales intervinientes dieron aviso de un código BK, que coincide con la situación de riesgo que fue narrada por el personal policial interviniente corroborando de tal modo valor probatorio decisivo otorgado a las declaraciones testimoniales de los policías actuantes.

Todo ello permitió sostener a la jueza que el acusado sabía que portaba un arma, como también que estaba cargada. Por su parte, y a partir del informe de la ANMAC, quedó acreditado que Suárez Loyola no estaba autorizado para la portación de armas.

En definitiva entiendo que la jueza deriva la conclusión condenatoria de las pruebas rendidas, que evaluó de conformidad con las reglas de la sana crítica racional y el principio de unidad de la prueba, que impone su consideración conjunta, «[...] pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas, que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles o imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados» (L.S. 393-243, 382-107, 381-233, entre otros), que es lo que ha sucedido en la causa.

Por ello, no puede ser admitida la pretensión de la defensa relativa a la aplicación del principio in dubio pro reo por cuanto, tal como se ha señalado, la motivación de la sentencia resulta ajustada a derecho y no surge el estado intelectual de duda que legitima su aplicación (L.S. 419-17, 397-237, 388-024, 388-062). Por las razones expuestas, y la opinión concordante del señor Procurador General, doy respuesta negativa a la primera cuestión propuesta en el acuerdo. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo y Dr. Valerio. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Enzo Adrián Suarez Loyola.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese.

DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

3- GATTARI NAVARRO. 18-04-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	-	-	AFG	PCC	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=799>

Lex: Art. 189 Bis, inc. 2°, 4° y 5° párrafo CP

Vox: Portación. Arma de fuego de guerra. Figura atenuada. Tenencia pretérita pretendida.

Summa:

El Primer Juzgado de Flagrancia condenó al nombrado a la pena **de dos años y cuatro meses en forma condicional** como autor del delito de **portación ilegal de arma de guerra atenuada** (art. 189 bis, inc. 2, 5° párrafo del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP). Estima que la calificación correcta es la de tenencia.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 5520 pronunciada por la Salla II del Juzgado de Flagrancia.

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo.

Fallo.

CUIJ: 13-04278658-0/1((011421-37662)) FC/ GATTARI NAVARRO JESUS ALBERTO P/ PORTACION ILEGAL DE ARMA DE GUERRA ATENUADA (37662) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104351064*

En Mendoza, a los dieciocho días del mes de abril del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N°13-04278658-0/1, caratulada "F. C/ GATTARI NAVARRO, JESÚS ALBERTO P/ PORTACIÓN ILEGAL DE ARMA DE GUERRA ATENUADA S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO, y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa oficial de Jesús Alberto Gattari Navarro interpone recurso de casación contra la sentencia N° 5520 (fs. 124 y vta.) que condenó al nombrado a la pena de dos años y cuatro meses en forma condicional como autor del delito de portación ilegal de arma de guerra atenuada (art. 189 bis, inc. 2, 5° párrafo del CP); fallo pronunciado por la entonces Sala II del Primer Juzgado de Flagrancia en autos N° P- 37.662/17.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

En lo pertinente para la resolución del recurso, el juzgador ha tenido por acreditado que «el 4 de mayo de 2017 a las 15:50 aproximadamente en calle 6 de la playa descubierta del hipermercado Jumbo, Portal Los Andes de Godoy Cruz, Jesús Alberto Gattari Navarro llevaba en un automóvil marca Volkswagen Gol color rojo, debajo del volante un arma de fuego marca Bersa S.A, modelo Thunder 40, de color plateada su corredera y negra su empuñadura perfectamente ensamblada y cargada con un cargador de igual marca con trece municiones en su interior, lista para uso y disparo (sin bala en boca de cañón). Ante el requerimiento de personal de policía, Gattari exhibió dos credenciales del RENAR a su nombre, una de legítimo usuario con vencimiento 1/02/2019 y la otra de tenencia de arma sin fecha de vencimiento, correspondiente al arma Bersa Thunder calibre 40 número fabril (D61402) sin presentar autorización de portación de arma de fuego de guerra. Examinada el arma por idóneos de la división Balística de Policía Científica, informaron que se trata de un arma de guerra de uso civil condicional y que funciona para la ejecución de los disparos».

El hecho fue calificado como portación ilegal de arma de fuego de guerra atenuada.

Para así decidir el tribunal valoró, entre los elementos de prueba más relevantes, las declaraciones testimoniales de Isaías Ezequiel Mathus, de Juan Manual Enrique Ponce, de Cecilia Elba Fernández, así como el acta de procedimiento de fs. 1, el acta de ratificación de fs. 2 y el informe del RENAR de fs. 62.

2.- Recurso de casación

El recurso de casación se articula al amparo del art. 474 inc. 1 del CPP por entender que la resolución cuestionada adolece de vicios sustantivos que la invalidan como tal. Sostiene que en el caso concreto y conforme la plataforma fáctica debió aplicarse el art. 189 bis, apartado 2°, 2° párrafo del CP, esto es la norma que reprime la **tenencia de arma de guerra** y, en tal entendimiento expresa que Gattari Navarro debió ser absuelto en las presentes actuaciones toda vez que luego del debate oral quedó acreditado que estaba autorizado como legítimo usuario y tenedor.

Entiende que es errónea la calificación jurídica asignada a los hechos investigados, esto es el delito de portación ilegal de arma de fuego, que importa que el arma sea llevada en condiciones de uso inmediato y en un lugar público o de acceso público.

En este sentido expresa que el acusado no se encontraba en el vehículo ni tenía el arma en su poder cuando fue aprehendido por personal policial.

Concluye su reclamo al afirmar que la conducta de su defendido es atípica pues se trata de una tenencia pretérita puesto que cuando se hicieron presentes los oficiales de policía el encartado no se hallaba junto al arma.

Formula reserva de caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 146/147 vta., el Procurador General contesta la vista de ley conferida y aconseja el rechazo del recurso de casación interpuesto.

Ello, toda vez que conforme ha quedado acreditado, el acusado llevaba consigo el arma en un lugar público, como es la playa de estacionamiento de un hipermercado, denotando que se trata de un sitio altamente concurrido en los horarios de comercio, con mucho flujo de personas; sin tener autorización legal para ello, configurándose la lesión a la seguridad común que protege la figura de peligro en cuestión. Por otro lado, entiende que la recurrente reitera en esta instancia la estrategia defensiva desplegada en instancias anteriores y que la mera alegación no alcanza para romper el cuadro probatorio colectado y valorado por la juzgadora en la sentencia.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar. Paso a explicarlo.

De manera inicial entiendo que la motivación de la sentencia es suficiente para su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, no adoleciendo de falencias que impliquen su anulación.

Ello, a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido que tales defectos, para conllevar tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros); lo que en la especie no ocurre.

El eje central del reclamo casatorio propuesto por la defensa oficial conduce esencialmente a dilucidar si conforme la plataforma fáctica de estos obrados, la norma jurídica que se debió aplicar es la que postula la defensa esto es, el artículo **189 bis, apartado 2, 2º párrafo del CP, o si, por el contrario, estamos ante un supuesto de portación ilegítima de arma atenuada**, como lo ha considerado la jueza en su sentencia, en el entendimiento que concurren todos los presupuestos que integran el tipo penal reprochado.

Ahora bien, de manera preliminar considero oportuno reseñar los antecedentes de la presente causa.

Así, y según surge del acta de procedimiento (fs. 1 y vta.), el día 4 de mayo de 2017, a las 15:50 hs, aproximadamente, el Sargento Primero Godoy González se encontraba prestando servicios extraordinarios en el Hipermercado Jumbo Portal de los Andes.

En esa oportunidad, y mientras efectuaba la recorrida por la playa de estacionamiento, el encargado de vigilancia Antonio Garay le informó por frecuencia radial que en la playa 6 de la playa descubierta había un automóvil Volkswagen Gol con el vidrio bajo, y en su interior, debajo del volante, un arma de fuego. Con motivo de ello, Godoy González se trasladó hasta donde se encontraba el vehículo y al ser consultado su conductor, quien fuera identificado como Jesús Alberto Gattari Navarro por la situación del arma, éste

presentó una licencia de legítimo usuario con fecha de vencimiento el 1/02/2019 y otra de tenencia de armas sin fecha de vencimiento.

Debe destacarse que el acusado no presentó autorización de portación de arma de fuego de guerra (ver fs. 1 y vta.).

En razón de lo señalado se procedió al secuestro del arma y, además, de una tarjeta de El Tirolés, de una licencia del RENAR de tenencia de armas de uso de civil condicional N° 5650640 y de una licencia del RENAR a nombre de Jesús Alberto Gattari Navarro N° 5449578 (fs. 1, fs. 7).

Practicado el examen técnico sobre el arma de fuego, se determinó que ésta era de marca Bersa, modelo Thunder 40 PRO ensamblada y con un cargador de igual marca con trece municiones en su interior, lista para su uso y disparo, sin bala en boca.

Asimismo, el informe de la División Balística Forense (fs. 25/26 vta.) da cuenta que el arma funcionó para la ejecución de disparos.

Por ello se atribuyó a Gattari Navarro el delito de portación ilegítima de arma de guerra atenuada.

El acusado fue debidamente notificado de sus derechos y al formularse la imputación penal, se abstuvo de declarar (fs. 30 vta.).

Asimismo, recuperó la libertad el 6 de mayo de 2017 (fs. 36). Según informó el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Registro Nacional de Armas, Gattari Navarro se encontraba inscripto como legítimo usuario de armas de fuego de uso civil condicional cuya fecha de vencimiento operó el 1/02/2019 siendo su registro correspondiente a una pistola marca Bersa, cal. .80 serie D21562, y pistola marca Bersa, calibre .40 serie n° D61402. Se informó, asimismo, que Jesús Alberto Gattari Navarro no contaba con permiso de portación de arma de fuego en ninguna de sus categorías ante el organismo.

Por otro lado, el material mencionado no poseía pedido de secuestro a la fecha del requerimiento de la información.

Con el relevamiento realizado hasta aquí, encuentro que el supuesto fáctico que fue requerido por la Fiscalía de Instrucción, se encuentra debidamente subsumido en la norma penal, en tanto se encuentra debidamente acreditado que el acusado portaba en lugar de acceso público un arma de fuego de uso civil condicional con cargador y trece cartuchos.

A ello debe agregarse que, según el informe de Policía Científica División Balística, el arma funcionaba para la ejecución de disparos (fs. 25/26) y que el acusado carecía de autorización legal de portación (fs. 62 y vta.).

Siendo ello así, al estar los hechos atribuidos al acusado debidamente acreditados con las constancias objetivas de la causa y adecuadamente motivado por la jueza de la instancia anterior, lo que impide acoger la pretensión de la defensa relativa tanto al cambio de calificación y, en consecuencia, a la **tenencia pretérita del arma**.

En tal sentido, la jueza sostuvo en este sentido que «más allá del intento defensivo por encuadrar el vehículo en la esfera de privacidad del acusado, lo cierto es que, además de ubicarla en un lugar claramente observable desde el exterior, Gattari llevaba consigo el arma en un lugar público, como es la playa de estacionamiento de un hipermercado, sitio altamente concurrido en los horarios de comercio, donde existe un alto flujo de gente, por lo que no puede advertirse en el caso una afectación al fuero de la intimidad” con lo cual se descartó la pretensión defensiva desde que las constancias de la causa acreditaron que Gattari Navarro se dirigió al local comercial con un arma de fuego en situación de disponibilidad inmediata, sin tener autorización para ello, configurándose de este modo, la lesión a la seguridad común que protege esta **figura de peligro**».

En definitiva, por no advertirse en la sentencia cuestionada los vicios que endilga la defensa, el recurso de la defensa no puede tener recibo en esta instancia.

La recurrente reitera lo ya expuesto en el debate oral, sin aportar nuevas consideraciones que habiliten en este Tribunal a ofrecer una solución distinta a la brindada por la jueza en la instancia anterior, cuyas consideraciones, como se ha dicho anteriormente, comparto (ver fundamentos, fs. 127 vta.).

Por tales razones y opinión concordante del señor Procurador General, doy respuesta negativa a la primera cuestión propuesta en el acuerdo que lidero. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de la cuestión anterior, corresponde omitir pronunciamiento. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Jesús Alberto Gattari Navaro.
- 2.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

4- PERALTA CALDERON. 22-04-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	-	-	AFG	PCE	-	-	A	R	-	-	-	-	-	147

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=804>

Lex: Art. 189 bis, inc. 2, 4° párrafo CP. Art. 205 CP. Art. 147 CPP. Art. 38 de la ley 9106

Vox: Portación. Arma de fuego de guerra. Atenuación cuestionada. Testigo de actuación. Juicio de cesura.

Summa:

El JPC N° 1 condenó al nombrado a la pena de **dos años y cuatro meses de prisión** de cumplimiento efectivo y a **inhabilitación especial** para tener y/o portar armas de fuego por cuatro años y ocho meses y lo declaró **reincidente**.

Interponen recurso de conformidad a lo dispuesto por el Art. 474 inc. 1 y 2 CPP:

- a- El MPF. Explica que la sentencia, como consecuencia de un análisis incorrecto del tipo penal, aplicó la modalidad atenuada del delito de portación ilegal de arma de fuego en lugar de la **figura básica** no atenuada.
- b- La defensa técnica. Considera que la resolución cuestionada adolece tanto de **vicios** en la interpretación y aplicación del derecho, como de vicios procedimentales

El Procurador General entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido por la defensa y mantiene el recurso interpuesto por el MPF.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación planteado por la defensa de Sergio Omar Peralta Calderón; hizo lugar al recurso formulado en autos por el MPF y casar el resolutive I.- de la sentencia n° 7.170 pronunciada en autos por el JPC N° 1-1° CJ, que deberá condenar al señalado por el delito de portación ilegal de arma de fuego de guerra de uso civil condicional, en lugar del delito de portación ilegal de arma de fuego de guerra de uso civil condicional atenuada (art. 189 bis, inc. 2, 4° párrafo del CP). Remitió los obrados al Tribunal de origen a efectos de que determine la pena conforme a la escala penal aplicable (conf. art. 38 de la ley 9106).

Resolución cuestionada: Sentencia n° 7170., pronunciada por el JPC N° 1 -1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

I-Sobre DNU N° 297/20. Art. 205 del CP. Pandemia

- Rozas Domínguez. 22-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=802>

Precedentes relacionados

I-Art. 189 Bis. Inc. 2 CP. Figura básica. Atenuación.

- «Fiordelisi Ruiz Jorge Isidoro». 07-11-18
- «Bustos Tobio Denis Gastón». 03-12-18
- Gattari. 18-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=799>
- Masi. 12-11-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=456>
- Roggerone. 13-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=711>
- Peralta Calderón. 22-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=804>

- Zacca. 18-10-22. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=922>
- Gallardo Ruarte. 24-10-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=923>
- Tejada Trigo. 25-11-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=947>

SCJM. Dres.: **Valerio.** Llorente. Adaro (Licencia).

Fallo.

CUJ: 13-05523174-9/1((018501-50167)) F. C/ PERALTA CALDERON, SERGIO OMAR, P/ PORTACION ILEGAL DE ARMA DE FUEGO DE GUERRA DE USO CIVIL CONDICIONAL Y VIOLACION DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS POR LAS AUTORIDADES COMPETENTES PARA EVITAR LA PROPAGACION DE UNA EPIDEMIA, TODO EN CONCURSO REAL P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105705786*

En Mendoza, a los veintidós días del mes de abril del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-05523174-9/1 caratulada “F. c/ PERALTA CALDERÓN, SERGIO OMAR P/ PORTACIÓN ILEGAL DE ARMA DE FUEGO (...) S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. PEDRO J. LLORENTE y tercero DR. MARIO D. ADARO.

La Fiscalía de Instrucción n° 30 de la Unidad Fiscal de delitos no especializados y la defensa de Sergio Omar Peralta Calderón formulan recursos de casación contra la sentencia n° 7.170 pronunciada por el Primer Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial, por cuanto condenó al nombrado a la pena de dos años y cuatro meses de prisión de cumplimiento efectivo y a inhabilitación especial para tener y/o portar armas de fuego por cuatro años y ocho meses y lo declaró reincidente.

Ello, por encontrarlo autor penalmente responsable del delito de portación ilegal de arma de fuego de guerra de uso civil condicional en concurso real con violación de las medidas adoptadas por las autoridades competentes para evitar la propagación de una epidemia, todo ello en los autos n° P-50.167/20.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Son procedentes los recursos interpuestos?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La decisión impugnada consideró acreditados los hechos tal como los formuló la acusación, según la cual «[...] el día 5 de julio de 2020, siendo las 23:30 horas aproximadamente, en un descampado situado en la esquina de Callejón Moreno y Calle García de Guaymallén, Sergio Omar Peralta Calderón llevaba dentro de una riñonera color negra, marca Puma, un arma de fuego tipo pistola marca Astra, modelo 4000, calibre 7.65 mm. (equivalente a .32 auto), inscripción numérica 1041603, ubicada en el lateral izquierdo del armazón, presentando cachas de material tipo nacarado, con cargador colocado y seis cartuchos en su interior, y no acreditó la debida autorización legal para su portación, y en franco incumplimiento del aislamiento ordenado por el decreto nacional de necesidad y urgencia 576/20 y el decreto provincial 815/20, teniendo por objeto esta normativa evitar la propagación de una enfermedad epidémica, mitigar el impacto sanitario del COVID 19 y preservar la salud pública, ya que el mismo no justificó de manera alguna su presencia en el lugar. Posteriormente informó la división Balística de la Policía Científica que el arma de fuego aludida es apta para el disparo y se clasifica según la Ley Nacional de Armas como un arma de guerra de uso civil condicional» –ver al respecto, constancias audiovisuales de la audiencia del 29 de diciembre de 2020, min. 1:32 a 2:52–. Para así decidir, la jueza valoró, entre los elementos más relevantes, las declaraciones de los funcionarios policiales Iván González Delgado y Leandro Domínguez, el acta de

procedimiento elaborada por ellos, así como sus ratificaciones, la informe realizado por Policía Científica, el informe de la Agencia Nacional de Materiales Controlados, así como la declaración del acusado y la declaración de los testigos aportados por la defensa, la señora Baigorria y el señor Víctor Peñaloza.

2.- Los recursos de casación interpuestos por el Ministerio Público Fiscal y por la defensa del acusado

a.- Recurso del Ministerio Público Fiscal

El acusador público funda su impugnación en el art. 474 inc. 1 del CPP, por considerar que la decisión interpretó erróneamente el derecho sustantivo.

Explica que la sentencia, como consecuencia de un análisis incorrecto del tipo penal, aplicó la modalidad atenuada del delito de portación ilegal de arma de fuego en lugar de la figura básica no atenuada.

Sostiene que durante el debate fue posible acreditar con el grado de convicción necesario para fundamentar una condena que el acusado cometió el delito que se le atribuyó, es decir, que portaba un arma de guerra ilegalmente.

En base a ello, solicitó la imposición de una pena efectiva de tres años y seis meses de prisión. Sin embargo, la jueza interviniente rechazó esa calificación por considerar que no se había acreditado que Peralta Calderón fuera a emplear el arma con fines ilícitos.

La jueza justificó esa exigencia en que, a pesar de que consideró demostrada la existencia material del hecho, entendió que el art. 189 bis del CP tiene una defectuosa redacción que parece exigir al acusado demostrar la falta de intención de utilizar las armas portadas con fines ilícitos.

Sostuvo que no puede eludirse la carga del Ministerio Público Fiscal de probar la voluntad de utilizar el arma con fines ilícitos para que no se aplique el sexto párrafo del art. 189 bis –que atenúa la pena cuando de las circunstancias del hecho y las condiciones personales del autor surja evidente que la falta de intención de uso del arma para fines ilícitos–.

Como entendió que en el caso no se había acreditado la intención de uso con tales fines, con invocación del art. 2 del CPP, la jueza aplicó la modalidad atenuada de portación. Una interpretación contraria, afirmó la jueza, sería inconstitucional por vulneración del principio de inocencia, pues exigiría demostrar no la culpabilidad del acusado, sino su inocencia.

El acusador público impugna ese razonamiento, que califica de erróneo por partir de un equivocado análisis de los elementos típicos de la portación de arma en su modalidad básica y atenuada. Afirma que la modalidad básica requiere llevar en la vía pública armas de fuego aptas para el disparo y en condiciones inmediatas de uso sin la autorización administrativa correspondiente.

Esos elementos del tipo objetivo en el caso se encuentran acreditados y no han sido cuestionados.

La exigencia de la jueza de incorporar requisitos de tipicidad subjetiva –es decir, la acreditación de la intención de utilizar el arma con fines ilícitos– es, a su criterio, errónea porque no surge de la letra de la ley que la comprobación de la finalidad ilícita del autor sea un elemento del tipo subjetivo. Explica que la modalidad básica exige la sola voluntad de portar un arma antes señalada, y apoya su interpretación en doctrina y jurisprudencia, que cita.

El argumento doctrinal sostiene que «[...] **la falta de comprobación de la intención**, no torna atípico el hecho por falta de lesión al bien jurídico protegido porque, tratándose de un delito de **peligro abstracto**, aquello ya se produjo con la portación no autorizada del arma de fuego», cita que corresponde al libro “Delincuencia Armada”, de Víctor Reinaldi (2004, Mediterránea, Córdoba).

La jurisprudencia que invoca es de una Cámara Criminal cordobesa, no identificada, en la causa «Juárez, G.R.» de 2005, donde el recurrente refiere que se afirmó que «[...] la ley presume que el portador ilegítimo de armas de guerra o de uso civil tiene la intención de usarlas con fines ilícitos y excepcionalmente, cuando

sea evidente lo contrario, la pena conminada en abstracto se reducirá en un tercio del mínimo y del máximo, conforme manda el art. 189 bis, inc. 2, párrafo sexto, según ley 25.886 [...]. La construcción del atenuante sobre la base subjetiva de un fin lícito, no implica necesariamente que la figura básica requiera, a modo de imagen contraria, el fin ilícito de la utilización del arma, basta el dolo de portar sin autorización [...]».

En base a estos argumentos, el recurrente afirma que no debe comprobarse que el autor de la portación persiguiera un fin ilícito, sino sólo el hecho de la portación en la vía pública de un arma en condiciones de uso inmediato y sin autorización.

Agrega que la finalidad delictiva es improbable; y que el párrafo sexto del inc. 2 del art. 189 bis del CP autoriza una atenuación cuando de las circunstancias de hecho y las condiciones personales del autor resulte evidente la falta de intención del uso del arma con fines ilícitos, en lugar de exigir tales fines para la configuración del tipo básico. Aporta en este sentido doctrina (**SCHIAVO, Nicolás, La tenencia y portación de armas de fuego, Ed. Fabián Di Plácido, 2010**) según la cual la situación de hecho debe «[...] resultar evidente, es decir que no debe quedar duda alguna, a juicio del juzgador, de que el imputado no tenía intenciones ilícitas con el arma que portaba ilegalmente [...] [pues] incluso aplicando el principio de la duda beneficiante a favor del término “evidente”, la opción por la figura atenuada será una situación de hecho que estará involucrada a cada caso concreto [...]». Luego el recurrente explica por qué, de las circunstancias de hecho y personales del autor en el caso concreto, no se deriva de forma evidente la falta de intención de utilizar el arma con fines ilícitos.

Explica que el día de los hechos, momentos previos a la aprehensión del acusado, se desplazó a personal policial por un llamado que alertó sobre una persona herida por arma de fuego y que, llegados los efectivos al lugar, un vecino –no identificado– les dijo que en la última casa del callejón Moreno y calle García se había escondido una persona con un arma de fuego. Los oficiales se dirigieron hasta allí y vieron a Peralta Calderón con una riñonera, quien al advertir la presencia de aquéllos salió corriendo y arrojó la riñonera hacia un parral cercano. De este relato el recurrente concluye que el intento de profugarse y de deshacerse del material secuestrado, junto con el hecho de circular en horas de la noche incumpliendo el aislamiento social, preventivo y obligatorio que regía, son circunstancias que «no revelan una finalidad lícita de Peralta Calderón, quien no pudo fundar y/o acreditar el motivo de la portación».

A ello agrega que «la experiencia común nos indica que quien circula a altas horas de la noche, portando ilegalmente un arma de fuego e incumpliendo un DNU que ordena el aislamiento y prohíbe la circulación, nos adelanta sobre el certero conocimiento que el justiciable tenía sobre la ilicitud de su conducta y por tanto existe un mayor reproche de culpabilidad». También toma en cuenta que «no ha sido invocada una situación de legítima defensa o estado de necesidad [...] que autorizare al encartado a portar el arma». Aclara que el término «ilícito» empleado por la norma no equivale a «delito», pues tal como lo ha entendido la jurisprudencia (**TSJ Córdoba, caso «Almada, Eduardo Ángel», 03/08/15**) el término se remite a un concepto más amplio de «injusto» o «contrario a derecho» entendido de forma general, que se determina en base al contexto. Peralta Calderón portaba el arma con un cargador de seis proyectiles listos para disparar, lo que evidenciaría una finalidad no-lícita.

Agrega que «[...] el elemento subjetivo de la figura de la portación de arma de fuego, sea de guerra, sea civil, se satisface con el conocimiento y voluntad de tener y conservar el objeto prohibido por el legislador, sabiendo que no se cuenta con autorización para ello», y argumenta que exigir al acusador acreditar la intención de cometer hechos ilícitos es pretender castigar un iter criminis no punible, una etapa de juicio donde no hay comienzo de ejecución. El Congreso de la Nación, encargado de definir las conductas

delictivas, no requirió un elemento subjetivo ultra-intencional para el tipo básico. Sostiene que la Corte Federal ha resuelto que la primera regla de interpretación legal es la voluntad del legislador, cuya fuente es la letra de la ley (CSJN, Fallos 339:323). En base a los motivos expuestos, solicita se case la sentencia impugnada.

b.- Recurso de la defensa del acusado

La defensa de Sergio Omar Peralta Calderón formula recurso de casación fundado en los dos supuestos que prevé el art. 474 del CPP, es decir, por considerar que adolece tanto de vicios en la interpretación y aplicación del derecho, como de vicios procedimentales.

En el plano procedimental, considera que los vicios en cuestión afectaron el derecho de defensa en juicio y el debido proceso legal, por lo que corresponde anular todo lo actuado.

Explica su teoría del caso, según la cual el 5 de julio de 2020, aproximadamente a las 23:30 horas, mientras Peralta Calderón se encontraba dentro de la propiedad situada en la esquina de Callejón Moreno y Calle García de Guaymallén sobre la entrada de un portón de esa propiedad –en la que residía temporalmente–, dos efectivos policiales le dieron la voz de alto y le «endilgaron» la portación de un arma de fuego que se encontraba dentro de una riñonera negra. Resalta la defensa que Peralta Calderón se encontraba dentro de la propiedad –una casa y una finca– en la que prestaba servicios de mantenimiento. Considera que el delito de incumplimiento de las medidas sanitarias previsto por el art. 205 del CP es de imposible realización, porque se encontraba dentro de la propiedad y no había personas cerca, de modo que no podía propagarse ninguna enfermedad.

La defensa impugna el procedimiento policial posterior a ese hecho. Ello por cuanto se detuvo a Peralta Calderón y se lo trasladó a una comisaría junto a otra persona –Víctor Peñaloza– sin que se realizaran las correspondientes actas de detención y levantamiento de armas –esta última, para determinar la concreta ubicación del arma–. Además, faltó un testigo de actuación como lo exige el art. 147 del CPP dado que el funcionario policial que labró el acta de procedimiento no es fedatario.

Explica que estas irregularidades causaron un perjuicio concreto y real a la defensa, puesto que los efectivos policiales manifestaron haber solicitado instrucciones a la Oficina Fiscal sin que exista constancia de ello, ni de la persona con la que hablaron. La falta de testigo de actuación, además, impide conocer las concretas circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se habría encontrado el arma de fuego y se habría producido su levantamiento.

De modo que la prueba en que se asienta la condena es de «dudosa procedencia» y ello causa un perjuicio real y concreto a la defensa, pues supone la inobservancia de las garantías legales que definen el debido proceso legal. Por último, agrega que los testimonios de los oficiales policiales fueron contradictorios pues expresaron que ingresaron a una propiedad y que había un portón –el mismo portón al que alude la teoría del caso de la defensa–, y no mencionan la detención del señor Víctor Peñaloza, que según las constancias del libro de la Comisaría Nº 57 fue detenido junto con Peralta Calderón.

De tal manera, refiere que la acusación no se condice con lo ocurrido la noche del hecho. En el plano sustancial, cuestiona la constitucionalidad del DNU 297/20 emitido por el Poder Ejecutivo Nacional. Explica que su cuestionamiento no se dirige a la constitucionalidad del art. 205 del CP, sino al DNU mencionado puesto que incurre en dos contradicciones constitucionales. Por una parte, afirma que el art. 4 del DNU 297/20 remite al Código Penal, lo que se encuentra expresamente vedado por la Constitución Nacional puesto que el Poder Ejecutivo Nacional tiene prohibido legislar en materia penal, aún en circunstancias de necesidad y urgencia. Las conductas que tipifiquen delitos sólo pueden tener origen en leyes del Congreso de la Nación y, por ello, es inconstitucional que el incumplimiento de las restricciones

sanitarias genera una conducta delictiva tipificada en el Código Penal. Es, siempre según el recurrente, la remisión a los arts. 205 y 239 del CP lo que torna inconstitucional al art. 4 del DNU 297/20. Máxime cuando el Congreso no dejó de sesionar por motivo de la pandemia por covid 19. En segundo orden, plantea como argumento complementario la violación a la prohibición de doble punición que implica la aplicación de dos sanciones de diferente naturaleza para los casos de inobservancia de las restricciones de derechos y garantías por razones de salubridad. Tratándose de situaciones reguladas en dos normativas emitidas por autoridades diferentes, deberá –según su criterio– aplicarse la sanción más benigna. Considera así que existe un conflicto entre las sanciones de multa que se establecieron desde el ámbito de la Gobernación local (decreto provincial 563/20, art. 4) con la aplicación del DNU 297/20. Afirma que nos encontramos ante una contravención, y que no puede encausarse dos veces a una persona por un mismo hecho, debiendo aplicarse la prohibición de doble punición y la norma más beneficiosa para el imputado, que es la que prevé pena de multa. En base a tales motivos, solicita la absolución de Peralta Calderón. Efectúa reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de contestar la vista conferida, el señor Procurador General dictaminó que ambos recursos son procedentes desde el punto de vista formal, aunque sustancialmente corresponde acoger el recurso fiscal y desestimar el planteado por la defensa. En relación al primero, que oportunamente mantuvo, afirma que claramente es arbitraria la decisión que aplica la figura de portación de arma de fuego atenuada, pues analiza incorrectamente los elementos típicos del delito. Los elementos objetivos de la figura básica de portación de armas de guerra se encuentran acreditados con las declaraciones testimoniales de los efectivos policiales, los informes de Policía Científica, el informe de la Agencia Nacional de Materiales Controlados y las constancias del CEO. En cuanto al tipo subjetivo, la Fiscalía acreditó que se verificaban pues el autor conocía el carácter del objeto, la ausencia de autorización y la voluntad de tenerlo del modo tipificado.

Explica el Procurador General que se trata de un delito de peligro abstracto que protege la seguridad pública, y que cualquier acción generadora del peligro prohibido constituye el delito en cuestión. Además, las circunstancias de hecho que rodearon al suceso confirman la presunción legal de que quien porta un arma en tales condiciones lo hace con una finalidad ilícita, y refiere que la atenuación sólo puede verificarse excepcionalmente cuando se acreditan extremos que no concurren en el caso.

En relación con el recurso planteado por la defensa, señala que la inconstitucionalidad formulada es improcedente, porque el art. 205 del CP es un tipo penal en blanco que remite a las disposiciones sanitarias adoptadas por la autoridad competente, de modo que el Poder Ejecutivo Nacional actuó dentro de su competencia al emitir el DNU 297/20 y, con ello, completar la remisión de la norma penal. Lo mismo ocurre con los decretos provinciales emitidos en razón de la pandemia de covid 19, y sin que ninguno de los poderes ejecutivos mencionados se haya irrogado facultades legislativas en materia penal.

En cuanto a la pretendida doble punición, remite a los fundamentos de la jueza de instancia previa que señaló que, en base a la prelación normativa establecida por el art. 31 de la Constitución Nacional, entre sanciones dispuestas por distintas leyes debe estarse a la nacional –en el caso, el Código Penal– y que, en función del art. 146 del Código Contravencional de Mendoza, la acción penal desplaza a la contravencional y no existe concurso posible entre el delito y la contravención.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, adelanto que a mi juicio corresponde desestimar el formulado por la defensa de Sergio Omar Peralta Calderón y acoger el recurso de casación planteado por el Ministerio Público Fiscal. Abordaré sucesivamente cada una de estas impugnaciones.

4.a.- Recurso de casación de la defensa

En cuanto a esta impugnación, debo distinguir las **críticas sustanciales de las procedimentales**.

En primer lugar, en cuanto a las objeciones constitucionales formuladas contra el **DNU 297/20** emitido por el Poder Ejecutivo Nacional, debo señalar que esta cuestión ya ha sido objeto de tratamiento por parte de esta Sala Segunda en los autos **«Rozas Domínguez»**.

En aquella oportunidad, expliqué detalladamente los motivos por los cuales las críticas formuladas aquí no son más que argumentos aparentes, que no justifican la declaración de incompetencia ni la inaplicabilidad del **DNU 297/20 ni del art. 205 del CP**.

Corresponde, en tal sentido, remitir a aquella decisión.

En segundo lugar, y en punto a los agravios procedimentales planteados por el recurrente, encuentro que no constituyen más que una reiteración de los argumentos que formuló en el juicio llevado a cabo en autos y que fueron debidamente contestados por la jueza interviniente, con razones que no han sido tomadas en consideración en la impugnación.

Dicho en otras palabras, el recurrente no ha cuestionado ni intentado rebatir los fundamentos que empleó la jueza de instancia previa para rechazar sus objeciones procesales.

En lo que aquí respecta, se considera que tales fundamentos resultan adecuados y, en vista de la mera reiteración señalada, corresponde el rechazo de la impugnación. Veamos.

La defensa postula tres cuestionamientos: la realización del acta de procedimiento en sede policial, en lugar de haber realizado actas de aprehensión y secuestro del arma en el lugar del hecho; la falta de un testigo de actuación; y una supuesta contradicción en los testimonios de los oficiales policiales que intervinieron.

En base a ello, construye su teoría del caso según la cual Peralta Calderón no se encontraba en la vía pública, sino en el portón de una propiedad donde trabajaba.

Ahora bien, en relación con la confección del acta de procedimiento, la jueza interviniente sostuvo «[...] entiendo que de ningún modo se ha visto afectada la labor policial en el marco del contexto en que nos encontrábamos al momento de la ocurrencia de los hechos.

Entiendo que han actuado los funcionarios de la Policía Judicial de conformidad con las atribuciones otorgadas por el Código Procesal Penal, en cumplimiento de su obligación respecto de funcionarios del Ministerio Público Fiscal, que **el acta es absolutamente válida** ya que como tal lo manifestó el Dr. Ticheli, **el art. 147** permite cuando no sea posible que el acta tenga **un testigo de actuación** ajeno a la fuerza, que sean testigos de actuación entre los mismos funcionarios policiales.

Situación que se dio en el caso de marras toda vez que la vivienda más cercana estaba a un kilómetro de distancia y que, en efecto, nada dice que el acta de procedimiento se tenga que labrar en el lugar de los hechos, sino que la práctica habitual es que se trasladen los elementos a la Oficina Fiscal o a la Comisaría pertinente para poder labrar las actas en aquél lugar.

Esa es la práctica habitual y en realidad no hay ninguna disposición procesal que indique que el acta debe ser labrada en el lugar de los hechos, máxime cuando en el lugar de los hechos había ocurrido minutos antes un hecho con un atentado contra la integridad física de las personas que había dejado como

resultado unas personas heridas [...]» –ver constancias audiovisuales del 29/12/2020, min. 11:00 a 12:40–. De la transcripción realizada, surge con claridad que la jueza interviniente contestó los cuestionamientos dirigidos contra la realización del acta de procedimiento en un lugar distinto al del hecho y sin un testigo de actuación (al respecto, ver en lo pertinente, constancias audiovisuales del 29/12/2020) sin que estas razones sean consideradas y rebatidas por los argumentos que reitero en esta instancia la defensa.

Por otro lado, la pretendida contradicción entre los oficiales policiales actuantes consistiría en que no hicieron constar la detención del ciudadano Víctor Peñaloza.

El agravio no puede ser acogido puesto que es irrelevante para la determinación de la situación jurídica de Peralta Calderón –sin que la defensa ponga de resalto en qué lo sería, en su caso–; y por otro porque la pretendida contradicción no es tal, sino la falta de alusión a un punto destacado por la defensa en su teoría del caso.

Por las razones expuestas, considero que la impugnación planteada por la defensa no logra demostrar la existencia de vicios procedimentales en la resolución recurrida, que, asimismo, luce debidamente fundada y apoyada en una valoración probatoria realizada de conformidad con las disposiciones procesales.

En función de ello, propongo al acuerdo desestimar el recurso de casación formulado por la defensa de Sergio Omar Peralta Calderón.

4.b.- Recurso de casación del Ministerio Público Fiscal

En punto al contenido de esta impugnación ya he tenido oportunidad de expedirme en los precedentes «Masi» y «Roggerone», cuyas consideraciones resultan, en lo pertinente, de aplicación al presente caso. Esto en razón de que en aquellas oportunidades **sostuve que la figura de portación de armas básica del art. 189 bis, inc. 2, tercer párrafo del CP es el punto de partida para el análisis de estos casos de portación ilegítima de armas de fuego.**

A partir de allí, la figura básica puede agravarse cuando las armas son de guerra (párrafo cuarto), o atenuarse si el portador es tenedor autorizado (párrafo quinto) o cuando por las circunstancias del hecho y las condiciones personales del autor, resultare evidente la falta de intención de utilizar las armas portadas con fines ilícitos (párrafo sexto).

En aquellas ocasiones he sostenido que la aplicación de las circunstancias atenuantes previstas en el último supuesto identificado debe fundarse adecuadamente y no mediante una motivación aparente y derivada de una pretendida interpretación de la norma favorable al acusado.

De confirmarse el temperamento contenido en la interpretación aplicada por el Juzgado Penal Colegiado en autos, quedaría fácticamente derogado el delito de portación de armas en su figura básica cuando no se demuestre el interés concreto de cometer actos ilícitos, y sólo quedaría vigente la figura atenuada.

Sin embargo, la atenuación ha sido claramente plasmada por el legislador como una excepción, restringida a los supuestos en **que «resulte evidente» la falta de intención de usar las armas con fines ilícitos**, y no a la inversa.

Por tales motivos, propongo al acuerdo hacer lugar al recurso planteado por el Ministerio Público Fiscal. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Llorente. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el Dr. PEDRO J. LLORENTE adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede. SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde rechazar el recurso de casación planteado por la defensa de Sergio Omar Peralta Calderón; y hacer lugar al recurso formulado en autos por el Ministerio Público Fiscal y casar el resolutive I.- de la sentencia n° 7.170 pronunciada en autos por el Primer Juzgado Penal Colegiado de la Primera

Circunscripción Judicial, que deberá condenar a Sergio Omar Peralta Calderón por el delito de portación ilegal de arma de fuego de guerra de uso civil condicional, en lugar del delito de portación ilegal de arma de fuego de guerra de uso civil condicional atenuada (art. 189 bis, inc. 2, cuarto párrafo del CP).

Asimismo, deberán remitirse los presentes obrados al Tribunal de origen a efectos de que determine la pena conforme a la escala penal aplicable, todo ello conforme lo previsto en el art. 38 de la ley 9.106 (conf. «Chacón Moyano», «Di Césare Melli», entre otros). ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el Dr. PEDRO J. LLORENTE adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el Dr. PEDRO J. LLORENTE adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación planteado por la defensa de Sergio Omar Peralta Calderón.
- 2.- Hacer lugar al recurso formulado en autos por el Ministerio Público Fiscal y casar el resolutive I.- de la sentencia n° 7.170 pronunciada en autos por el Primer Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial, que deberá condenar a Sergio Omar Peralta Calderón por el delito de portación ilegal de arma de fuego de guerra de uso civil condicional, en lugar del delito de portación ilegal de arma de fuego de guerra de uso civil condicional atenuada (art. 189 bis, inc. 2, cuarto párrafo del CP).
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 5.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen a efectos de que determine la pena conforme a la escala penal aplicable (conf. art. 38 de la ley 9106).

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro Se deja constancia de que el señor ministro Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5 del CPP). Secretaría, 22 de abril de 2022.

5- DOMINGUEZ MEDINA. 26-05-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
														474
														217
-	-	-	AFC		-	-	A	-	-	-	-	-	N	353

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=829>

Lex: Art. 189 Bis, inc. 2°, 1° párrafo del CP. Art. 217, último párrafo del CPP.

Vox: Tenencia. Arma de fuego de uso civil. Garantía de la inviolabilidad del domicilio. Derecho de exclusión. Nulidad de acta de allanamiento. Doctrina de la Plain View.

Summa:

El **JPC** dispuso la nulidad del acta de allanamiento de fs. 3 (autos principales) y los actos consecuentes y, como consecuencia de ello, resolvió el sobreseimiento del acusado.

El **MPF** interpone recurso de casación (Art. 474 CPP).

La **defensa** del acusado Domínguez Medina contesta la vista conferida por este Tribunal y solicita se rechace el recurso intentado por el Ministerio Público Fiscal, en cuanto denuncia una errónea aplicación del régimen de nulidades.

El **Procurador General** mantiene el recurso promovido por la Fiscalía.

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la Fiscal titular de la Fiscalía de Instrucción n° 1 de la Unidad Fiscal Valle de Uco y, en consecuencia, anular la sentencia N° 969 y sus fundamentos, remitiendo las actuaciones al Juzgado Penal Colegiado correspondiente a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la presente causa.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 969, pronunciada por el JPC N°1-4° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Ver «Llaneza Lagos y ot.».

b-CSJN

«[...] **mientras dura la diligencia** se encuentra enervado el **derecho de exclusión** del habitante de la morada, de modo que carecería de eficacia las objeciones que pretendiera oponer a cualquier acto que constituyera una ampliación del objeto de la pesquisa, porque su intimidad ha sido en concreto desguarnecida por mandato judicial» (CSJN, fallo del 9 de enero de 1987, «**D'Acosta**», Fallos 310:85).

SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo.

Fallo.

CUIJ: 13-05372435-8/1((048501-745691)) INCIDENTE DE CASACION EN AUTOS N° P-745691/19 FC/ DOMINGUEZ MEDINA ALBERTO JOSE P/ TENENCIA ILEGAL DE ARMA DE FUEGO (745691) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105545326*

En Mendoza, a los veintiséis días del mes de mayo del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05372435-8/1, caratulada "F. C/ DOMINGUEZ MEDINA, ALBERTO J. P/ TENENCIA ILEGITIMA DE ARMA DE FUEGO DE USO CIVIL P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO; segundo, DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

El Fiscal titular de la Fiscalía de Instrucción n° 1 de la Unidad Fiscal Valle de Uco interpone recurso de casación (fs. 1/11 vta. del incidente n° 1332) contra la resolución dictada por el Primer Juzgado Penal Colegiado del Valle de Uco, mediante la cual se dispuso la nulidad del acta de allanamiento de fs. 3 (autos principales) y los actos consecuentes y, como consecuencia de ello, se resolvió el sobreseimiento del acusado Alberto José Domínguez Medina en la causa N° P745.691/19.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

I.- Sentencia recurrida

En las presentes actuaciones se le atribuyó a Alberto José Domínguez Medina que «[p]ara fecha 30 de agosto de 2019, siendo aproximadamente las 17:50 hs., se realizó en el domicilio sito en calle Derinoski y Calle Pública del departamento de San Carlos, Mendoza, propiedad de Alberto José Domínguez Medina, un allanamiento por parte del personal de policía de investigaciones del departamento de San Carlos, ordenado por el juez Oscar Balmes, titular del Primer Juzgado Penal Colegiado del Valle de Uco en el marco de los autos P-738145/19. Hallando en el interior de una de las habitaciones del domicilio un arma de fuego tipo rifle, calibre 22 largo marca Halcón, N° abril 3297..., 7ha caja de cartón chica de cigarrillos marca Chester la cual contiene 13 municiones calibre 22, una caja de cartón con la inscripción Chacarel la cual contiene 10 municiones de calibre 32».

Al momento de realizarse la audiencia de acusación prevista por el art. 417 quiquies del CPP, el Primer Juzgado Penal Colegiado del Valle de Uco de la Cuarta Circunscripción Judicial, resolvió la nulidad del acta de allanamiento obrante a fs. 3 y los actos procesales dictados en su consecuencia (secuestro del arma de fuego, avoque, acta de imputación y demás constancias de autos).

De acuerdo a ello dispuso el sobreseimiento del acusado Alberto José Fernández Medina en orden al delito de tenencia ilegítima de arma de fuego de uso civil, de acuerdo a las previsiones previstas en el art. 353 inc. 5 del CPP. Para llegar a la solución mencionada el juez de la instancia anterior entendió ilegítimo el procedimiento mediante el cual los funcionarios intervinientes secuestraron objetos distintos de los autorizados en la orden de allanamiento que obra a fs. 3 (expte. principal), en tanto omitieron la comunicación con el juez competente para lograr la autorización de la ampliación del objeto de allanamiento (ver registro audiovisuales, día 8/06/20, a partir del minuto 19:55).

II.- Recurso de casación

El representante del Ministerio Público Fiscal interpone recurso extraordinario de casación contra la sentencia arriba individualizada, conforme los incs. 1 y 2 del art. 474 CPP.

En este sentido, y luego de reseñar los antecedentes de la causa, señala que en oportunidad de celebrarse la audiencia de acusación se puso en conocimiento al juez de la instancia previa que las partes habían arribado a un acuerdo para tramitar la causa mediante la aplicación del juicio abreviado inicial, ante lo cual el juez a quo dispuso un cuarto intermedio y fijó una nueva fecha de audiencia.

Alega que durante el desarrollo de la nueva audiencia, el juez de grado –sin planteamiento previo de las partes– le solicitó informe sobre la existencia de documentación complementaria del allanamiento en el cual se había secuestrado el arma de fuego objeto del proceso. Ante ello, señala que en tal oportunidad sostuvo que de acuerdo a la doctrina del plain view no se había afectado ninguna garantía en el registro domicilio cuestionado.

Ello en tanto personal policial en procura de encontrar objetos pequeños (un alargador y un cargador de batería) halló un arma de fuego detrás de un refrigerador, procediendo a su secuestro luego de recibir directivas de la ayudante fiscal.

Relata que la defensa del acusado refirió que, si bien habían llegado a un acuerdo con el representante del Ministerio Fiscal para tramitar la causa mediante el instituto del procedimiento abreviado inicial, la cuestión suscitada sobre la validez del secuestro del arma de fuego en cuestión, lo compelió a efectuar una distinción en cuanto a la extensión de la orden de allanamiento.

Al respecto, precisó que, si bien no se afectó la garantía de la inviolabilidad del domicilio, sí se exorbitó el motivo de la orden de allanamiento dispuesta, en tanto consideró que no puede entenderse la tenencia de un arma de fuego como un hecho sospechoso de criminalidad.

Por tales razones impetró la nulidad absoluta del registro domiciliario y sus actos conexos, por entender que se vulneraba la garantía de la inviolabilidad de la propiedad privada. Señala que el juez de la instancia previa dispuso la nulidad solicitada por la defensa y para sostener su decisión, entendió que ante la presencia de objetos de dudosa o ilegítima procedencia el personal policial debió solicitar la ampliación del registro a la autoridad competente, y que la excepción a este requisito tendría lugar cuando resulte imposible la comunicación con el magistrado interviniente.

Alega que por estas razones el juez de grado ordenó la nulidad del secuestro del arma de fuego en cuestión y de los actos procesales conexos, ello en virtud del art. 197 del CPP.

Aclara que luego de presentar recurso de reposición contra la decisión adoptada por el juez a quo, el magistrado ratificó su decisión y ordenó el sobreseimiento del acusado Domínguez Medina en orden al delito de tenencia ilegítima de arma de fuego de uso civil, y de conformidad a las previsiones del art. 353 inc. 5 del CPP.

Critica que el juez de grado al momento de brindar los fundamentos de la decisión nulificante, no especificó si se trataba de una nulidad relativa o absoluta, ni tampoco la garantía que se habría vulnerado con dicho acto.

Precisa que el decisor no explicó cómo la pretendida comunicación con el magistrado interviniente o la constatación de la imposibilidad de realizarla, implica un perjuicio concreto para el derecho de defensa del acusado. Luego de explicar la **doctrina del plain view**, sostiene que ésta fue receptada en nuestro ordenamiento procesal en el último párrafo del art. 217 del CPP.

Por ello, entiende que el juez de la instancia previa, al sostener la necesidad de que la ampliación del objeto del allanamiento debía ser autorizado por el juez competente, se apartó del procedimiento establecido para este tipo de situaciones y recreó uno sin sustento legal.

Agrega que si el juez de la instancia previa consideraba el procedimiento establecido por nuestro ordenamiento procesal como violatorio de las garantías constitucionales, debió declarar la inconstitucionalidad de la referida norma.

Con base a lo expuesto, el censurante solicita la declaración de nulidad de la resolución cuestionada y la remisión de la causa a fin de que prosiga su sustanciación.

III.- La contestación de la vista de la defensa

La defensa del acusado Domínguez Medina contesta la vista conferida por este Tribunal y solicita se rechace el recurso intentado por el Ministerio Público Fiscal, en cuanto denuncia una errónea aplicación del régimen de nulidades.

En tal sentido, entiende que de las circunstancias de la medida de allanamiento practicada en el domicilio del acusado, se desprende que el personal policial autorizado a cumplirla exorbitó el motivo de la orden y se extendió más allá de la res furtiva o cualquier elemento sospechado de criminalidad que guardara relación con las circunstancias en que habría ocurrido el delito por el cual se ordenó la medida.

Sostiene también que es desacertado el razonamiento del fiscal en cuanto a que la tenencia de un arma escondida, constituye un indicio de sospecha de su criminalidad, puesto que la más elemental lógica señala que las armas de fuego en los domicilios se encuentran mayormente escondidas por razones de seguridad.

Por ello entiende que si bien en el presente caso **no se ha vulnerado la inviolabilidad** del domicilio, sí se **vulneró el derecho de propiedad, puesto que hubo un exceso en la labor policial, lo que justifica la nulidad absoluta dispuesta por el decisor.**

IV.- Dictamen Procurador General

El Procurador General mantiene el recurso de casación interpuesto, remitiéndose a los argumentos vertidos por el recurrente.

V.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Puesto a resolver el recurso del representante del Ministerio Público Fiscal considero que corresponde hacer lugar a aquél y, en consecuencia, debe anularse la resolución cuestionada.

En efecto, el recurso plantea la arbitrariedad de la sentencia como producto de una errónea interpretación de las normas procesales que regulan el procedimiento en las medidas de allanamiento, razón por la que, en lo que sigue, analizaré la validez de la sentencia como acto procesal y explicaré porqué considero que la impugnación debe prosperar.

Preliminarmente, conviene reseñar, en lo pertinente, los antecedentes de la causa traída a estudio, pues a partir del análisis de las circunstancias en que se desarrolló la medida de allanamiento en el domicilio del acusado y, principalmente, el cuestionado secuestro del arma de fuego, se puede concluir sobre la procedencia del recurso intentado.

De este modo, se desprende de las presentes actuaciones que en el marco de la causa N° P-738.145/18, el titular del Primer Juzgado Penal Colegiado de la Cuarta Circunscripción Judicial dictó en fecha 30 de agosto de 2019 orden de allanamiento a fin de lograr el secuestro de una maquina hormigonera, un

cargador de batería y un alargue de veinte metros, medida que fue llevada a cabo en el domicilio del acusado Domínguez Medina.

Asimismo, del acta de allanamiento en cuestión surge que los efectivos actuantes no lograron el secuestro de los objetos detallados en la medida de prueba dispuesta. Sin embargo, dejaron constancia que en ocasión de registrar una de las habitaciones que era utilizada como despensa, encontraron detrás de una heladera un rifle calibre 22 largo marca Halcón fabril 3297, con trece municiones calibre 22 y 10 calibre 32. Precisaron que ante el hallazgo el acusado José Alberto Domínguez Medina de manera espontánea manifestó no poseer la documentación del arma en cuestión.

También se dejó constancia sobre la solicitud de directivas al ayudante fiscal, quien dispuso el secuestro del arma de fuego y la aprehensión de Domínguez Medina (ver acta de allanamiento de fs. 3).

En este punto, cabe reiterar que la defensa no ha controvertido las circunstancias en que se llevó a cabo el secuestro impugnado en la instancia anterior, de las que se dejó constancia por personal policial actuante en el referido acta.

A partir de ello, entiendo que el análisis de las circunstancias reseñadas me permiten concluir sobre la validez de los actos procesales indebidamente anulados por parte del juez de la instancia anterior. Ello en tanto tuvieron su origen en un acto procesal cumplido con las formalidades de la ley y por constituir obligación del funcionario actuante que toma conocimiento de la posible comisión de un ilícito –distinto al que motivó el procedimiento–, denunciarlo a la autoridad competente a los fines que esta última disponga las medidas pertinentes al caso.

En relación con ello, debe destacarse que este Cuerpo se ha pronunciado por la validez de los hallazgos como el que origina la presente causa al entender que su empleo no vicia el proceso y que están autorizados por la legislación procesal.

En efecto, en este sentido se afirmó que «**[I]a doctrina del “plain view”**, receptada en forma pacífica en nuestra jurisprudencia, con acogida en diversos códigos de procedimientos (en el caso de Mendoza, se encuentra en el **art. 217 último párrafo del CPP**), señala que, frente al descubrimiento involuntario de evidencia que esté a la vista y que no se encuentra consignada en el acta, puede ésta ser secuestrada sin afectación alguna de garantías».

Tres extremos que contextualicen al hallazgo:

A ello se agregó que para su aplicación «[...] deben concurrir tres extremos que contextualicen al hallazgo:

- a) que el procedimiento de ingreso sea legítimo;
- b) que sea evidente para los que practicaron el procedimiento la naturaleza delictiva de los objetos no contemplados en la orden; y
- c) que su descubrimiento haya sido accidental»

(ver «**Llaneza Lagos y ot.**»).

En el mismo sentido se ha expedido la Corte Suprema de Justicia de la Nación al referir que «[...] mientras dura la diligencia se encuentra enervado el derecho de exclusión del habitante de la morada, de modo que carecería de eficacia las objeciones que pretendiera oponer a cualquier acto que constituyera una ampliación del objeto de la pesquisa, porque su intimidad ha sido en concreto desguarnecida por mandato judicial» (CSJN, fallo del 9 de enero de 1987, «D’Acosta», Fallos 310:85).

De este modo, según advierto, las circunstancias del caso en análisis se ajustan a la disposición del último párrafo del art. 217 de nuestro ordenamiento procesal, el que a su vez concuerda a la doctrina del **plain view**.

Esto en tanto autoriza al personal policial, que en el estricto cumplimiento de la medida de allanamiento advierte elementos distintos o no contemplados en la orden de allanamiento, a secuestrar aquéllos que constituyen evidencias respecto a la eventual comisión de otro delito.

En suma, de los fundamentos expuestos, puede afirmarse la validez del allanamiento realizado y de los actos que son su consecuencia.

Ello, toda vez que el arma de fuego secuestrada fue hallada a simple vista por el personal policial, al ingresar de manera autorizada al domicilio del acusado, conforme orden judicial debidamente expedida, y mientras realizaba la búsqueda de los objetos encomendados en la referida orden.

Las razones expuestas conllevan a la admisión del recurso interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal, por lo que considero que debe contestarse de manera afirmativa la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: De conformidad a lo votado en la cuestión anterior, corresponde anular la sentencia N° 969 y sus fundamentos, debiendo remitirse las actuaciones al Juzgado Penal Colegiado correspondiente a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la presente causa. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta

SENTENCIA:

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de esta Suprema Corte de Justicia de Mendoza, fallando en forma definitiva se RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la Fiscal titular de la Fiscalía de Instrucción n° 1 de la Unidad Fiscal Valle de Uco y, en consecuencia, anular la sentencia N° 969 y sus fundamentos.
- 2.- Remitir las actuaciones al Juzgado Penal Colegiado correspondiente a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la presente causa.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

6- REYES LARA y ot.. 17-08-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
			AFC	-	-	-	A	-	-	-	-	SJP	-	474 30

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=865>

Lex: Art. 26 inc. 3, 30 y cc. del CPP. Art. 189 bis, inc. 2, 1° párrafo del CP.

Vox: SJP. Tenencia. Arma de fuego de uso civil. Consentimiento vinculante.

Summa:

El JPC para fecha 17-05-21 resolvió que la pena en abstracto con la cual se encuentra sancionado el delito imputado permite la aplicación del beneficio de la suspensión del juicio a prueba conforme el art. 76 bis del C.P., el que no contiene ninguna restricción en su aplicación respecto de los delitos cometidos con armas o que importen la tenencia de un arma. El dictamen fiscal es en principio vinculante pero debe fundamentarse en cuestiones legales o en su defecto en argumentos razonables y atendibles. En el caso que nos ocupa, el dictamen fiscal invocando una cuestión de política criminal establecida por el procurador de la provincia, no solo es un acto legislativo que le está vedado al MPF, sino que además, se opone a una ley general de la Nación, esto es el CP. En consecuencia, falló: "1.- Hacer lugar a la suspensión del juicio a prueba por el plazo de un año y seis meses de conformidad a lo establecido en el art. 76 bis del C.P. y arts. 26 y 30 del C.P.P. bajo las siguientes reglas de conducta: a) Fijar y mantener domicilio durante el plazo de suspensión. b) No cometer nuevos delitos. c) No consumir alcohol en exceso ni estupefacientes. d) Mantener oficio, arte profesión o tareas laborales e) Hacer una contribución a algún organismo de beneficencia f) Someterse trimestralmente al control del organismo técnico criminológico NOTIFIQUESE. REGISTRESE. PROTOCOLICESE. Quedan las partes presentes notificadas."

El MPF interpuso recurso de casación, el cual fue concedido por el a quo para fecha 11-06-21.

El Procurador General sostiene el recurso interpuesto por la Fiscalía interviniente.

La SCJM hace lugar al recurso de casación para fecha 17-08-22.

Finalmente, para fecha 12-10-22, el JPC tuvo por formulada la acusación, aceptó la prueba ofrecida y ordenó se fije fecha de audiencia de Debate.

Resolución cuestionada: Auto dictado por el JPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- «Lemos Guerrero». 28-11-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=906>
- «Ramos Sevilla» 04-04-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=27>
- «Guajardo» 22-09-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=896>
- «Moreno Frías». 01-12-17. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=904>
- «Torcetta Sanjurjo» 19-12-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=262>
- «Romero Díaz». 15-08-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=177>
- «Rivero Oro». 22-05-20. VG. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=315>
- Crescitelli Flieger. 14-12-17. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- «Bustos Baldor»
- «Ramón Mayorga»

- «González Farías»
- «Entre Ríos Oliva»
- «Rodríguez Rosales»
- «Estrella»
- «Luna Amaya»

Precedentes relacionados

I-SJP. Art. 76 Bis CP. Art. 30 CPP

- Bustos Baldor. 02-03-10: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Condori. 15-06-16. VG: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Bernales Bargas. 28-12-16: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Ayala Gil. 17-05-17: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Moreno Frías. 01-12-17: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=904>
- Crescitelli Flieger. 14-12-17: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Lemos Guerrero. 28-11-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=906>
- Ramos Sevilla. 04-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=27>
- Romero Díaz. 15-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=177>
- Torcetta Sanjurjo. 19-12-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=262>
- Rivero Oro. 22-05-20. VG. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=315>
- Castro. 03-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=771>
- Vulcano. 22-03-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=981>
- Castillo Ordoñez. 11-05-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=895>
- Reyes Lara. 17-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=865>
- García Manca. 17-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=866>
- Martínez Fernández. 26-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=895>
- Guajardo. 22-09-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=896>
- Rosales Chacón. 11-11-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=973>

SCJM. Dres.: Adaro. Palermo (Licencia). Valerio.

Fallo.

CUJ: 13-05765181-9/1((018501-968)) FC/ REYES LARA, LARA ALVARADO Y GARCIA (968/20) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105942007*

En Mendoza, a los diecisiete días del mes de agosto del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-05765181-9/1 caratulada “F. c/ REYES LARA, LARA ALVARADO Y GARCÍA S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO.

El Fiscal titular de la Fiscalía de Instrucción N° 35 de la Unidad Fiscal Especial de Delitos Correccionales interpone recurso de casación contra la resolución dictada por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción en tanto hizo lugar a la suspensión del juicio a prueba solicitada a favor de Raúl Emmanuel Reyes Lara, Luciano Jeremías Lara Alvarado y Kevin Nahuel García, por el término de un año y seis meses, en los autos P-968/20.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El Juzgado Penal Colegiado N° 1 resolvió otorgar la suspensión del juicio a prueba a favor de Raúl Emmanuel Reyes Lara, Luciano Jeremías Lara Alvarado y Kevin Nahuel García por el plazo de un año y medio e impuso reglas de conducta a cumplir. Ello, en tanto entendió que en el caso en particular el delito no superaba la pena de tres años de prisión en abstracto por lo que se ajustaba a los requisitos establecidos para la concesión del instituto procesal solicitado.

Si bien advirtió que **en principio el dictamen negativo del Ministerio Público Fiscal era vinculante, aseveró que no correspondía considerárselo así en el presente caso.**

Explicó que si la posición fiscal se fundamenta en razones de política criminal o por cumplimiento de resoluciones internas de la Procuración General que establezcan requisitos no previstos legalmente no puede considerarse atendible. Según el criterio expuesto, los lineamientos expresados en las resoluciones generales del órgano acusador no pueden implicar restricciones generales que no estén previstas en la previsión legal.

2.- Recurso de casación

El representante del Ministerio Público Fiscal interpone recurso de casación contra la resolución que concede el beneficio de la suspensión del juicio a prueba de conformidad con los arts. 474 y 475 del CPP. Asevera que la resolución judicial **resulta arbitraria e ilegítima debido** a que concede el instituto procesal en razón de un criterio personal relativo a la oportunidad de suspensión de la acción penal.

Hace hincapié que **se desestimaron las razones del Ministerio Público Fiscal para no prestar su consentimiento**, quien ejerce la titularidad de la acción penal.

Destaca que el caso reviste gravedad por la existencia de armas de fuego aptas para el disparo sin autorización legal y elementos de uso exclusivo de la Policía de Mendoza –chaleco antibalas–.

Agrega que por **Resolución de Procuración General N° 16/20** impide prestar el consentimiento a los agentes fiscales en investigaciones de hechos que revistan especial gravedad o involucren armas de fuego.

Por lo que por razones de política criminal no consiente el otorgamiento de la suspensión del juicio a prueba en los presentes autos.

Recuerda que el consentimiento fiscal es condición necesaria e ineludible para suspender el juicio a prueba y cita **el precedente «Crecitelli Fliguer»** de este Tribunal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, al momento de dictaminar, mantiene el recurso interpuesto por el Fiscal Titular de la Fiscalía N° 35 y remite a sus argumentos en honor a la brevedad.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Puesto a resolver el caso traído a estudio, adelanto que corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal por las razones que a continuación se exponen.

a- Carácter vinculante del dictamen fiscal

a.- En relación con el carácter vinculante del dictamen fiscal, y dado que advierto imprecisiones en las citas de precedentes realizadas por la recurrente, corresponde señalar que la posición que he sostenido de manera constante le asigna valor vinculante al dictamen sólo si está debidamente motivado (**así, «Bustos Baldor», «Moreno Frías», «Ramón Mayorga», «González Farías», «Entre Ríos Oliva», «Rodríguez Rosales», «Torcetta Sanjurjo», entre muchos otros**).

En este sentido, el criterio que el recurrente deriva del caso «Crecitelli Fliguer» surge de una imprecisa y errónea consideración jurisprudencial. En el caso «Romero Díaz» he abordado esta última cuestión y he explicado las razones que fundamentan mi posición. En razón de ello me remito, en honor a la brevedad, a los argumentos expuestos en este último precedente.

b- Fundamentos erróneos de la resolución

b.- Deslindada esta cuestión preliminar, del análisis del planteo recursivo y el dictamen emitido durante la audiencia del día 17 de mayo de 2021 por el Ministerio Público Fiscal, advierto que la resolución pronunciada por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción ha concedido la suspensión solicitada a partir de fundamentos erróneos, motivo por el cual corresponde hacer lugar a la impugnación. Según puede apreciarse del registro audiovisual de la audiencia desarrollada, la jueza de la instancia anterior otorgó la suspensión del juicio a prueba bajo el entendimiento de que la oposición fiscal se justificó únicamente en cumplimiento de órdenes de su superior jerárquico quien dictó una resolución general que contraviene lo dispuesto por la ley nacional para el otorgamiento del instituto de suspensión del juicio a prueba.

Sin embargo, del dictamen expuesto por el agente fiscal en la audiencia en cuestión se destaca que meritó el hecho investigado como uno de gravedad, en función de los objetos secuestrados y, particularmente, por la existencia de armas de fuego aptas para el disparo y disponibles para su utilización directa.

Agregó que la **Resolución de Procuración 16/20** establece la política criminal dentro del órgano acusador mendocino y ordena no prestar el consentimiento fiscal cuando se encuentren envueltas en los hechos investigados armas de fuego.

De este modo, la posición fiscal se fundamenta en un criterio de política criminal respecto a la portación de armas de fuego de forma ilegal y en las circunstancias específicas del hecho investigado, argumentos

que constituyen, a mi entender, motivación bastante para sustentar su posición a los efectos requeridos por la norma procesal. Así, en tanto la vista conferida al Ministerio Público Fiscal fue evacuada conforme a **derecho (art. 167 del CPP)** y en contra de la concesión de la suspensión peticionada, no correspondía que fuese otorgada.

Dicho en otras palabras, al contestar la vista conferida el representante fiscal no sólo invocó lineamientos de política criminal generales, sino que los aplicó al caso y justificó por qué en el supuesto concreto sometido a discusión resultaban enteramente aplicables y justificaban la denegatoria del consentimiento fiscal.

En consecuencia, estimo que existen vicios en el razonamiento de la decisión que se recurre en esta instancia, en tanto no satisface los requisitos de motivación contenidos en el art. 155 del CPP, lo que la torna arbitraria. Por estas razones, corresponde hacer lugar al recurso de casación planteado por el representante del Ministerio Público Fiscal. **ASÍ VOTO.**

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, POR SU VOTO, DIJO: Adhiero a la solución propuesta en el voto preopinante, haciendo saber que, conforme al criterio que sustentó y que he señalado en otras oportunidades, la actuación de la ley por parte del representante del Ministerio Público Fiscal es la regla en materia procesal e implica su promoción y ejercicio obligatorio, mientras que la excepción es la procedencia de criterios de oportunidad (**ver al respecto, «Lemos Guerrero», «Estrella», «Luna Amaya», y recientemente «Ramos Sevilla», entre otros**). A mi entender, el agente fiscal debe fundamentar su dictamen solamente cuando se aparta de esta regla consistente en la persecución penal, para otorgar el consentimiento para la aplicación del beneficio peticionado –en este caso, suspensión del juicio a prueba–. En razón de ello considero que la resolución cuestionada carece de la debida fundamentación, por lo que resulta procedente el recurso interpuesto. **ASÍ VOTO.**

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso formulado en autos, y revocar el auto del Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción, de fecha 17 de mayo de 2021, que concedió la suspensión del juicio a prueba en favor de Raúl Emmanuel Reyes Lara, Luciano Jeremías Lara Alvarado y Kevin Nahuel García, y remitir las actuaciones al tribunal de origen a fin de que continúe según su estado. **ASÍ VOTO.**

Sobre la misma cuestión, el Dr. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia **RESUELVE:**

1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal, y revocar el auto del Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción, de fecha 17 de mayo de 2021, que concedió la suspensión del juicio a prueba en favor de Raúl Emmanuel Reyes Lara, Luciano Jeremías Lara Alvarado y Kevin Nahuel García.

2.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 17 de agosto de 2022.-

7- GARCIA MANCA. 17-08-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	-	-	AFC	-	-	-	A	-	-	-	-	SJP	N	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=866>

Lex: Art. 189 Bis, inc. 2°, 3° párrafo del CP. Art. 26 y 30 CPP

Vox: SJP. Portación. Arma de fuego de uso civil. Consentimiento del MPF. Carácter vinculante.

Summa:

El **JPC** hizo lugar a la suspensión del juicio a prueba solicitada a favor de Mauricio García Manca, por el término de dos años.

El **MPF** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

El **Procurador General** mantiene el recurso interpuesto por el Fiscal Titular de la Fiscalía N° 28 y remite a sus argumentos en honor a la brevedad.

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso interpuesto por el MPF y revocar el auto del JPC N° 1-1° CJ, que concedió la suspensión del juicio a prueba en favor del nombrado, remitiendo los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Resolución cuestionada: Auto dictado para fecha 28-06-21, por el JPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Dr. Adaro

Valor vinculante al dictamen sólo si está debidamente motivado

- «Bustos Baldor», «Moreno Frías», «Ramón Mayorga», «González Farías», «Entre Ríos Oliva», «Rodríguez Rosales», «Torcetta Sanjurjo»

Dr. Valerio

El agente fiscal **debe fundamentar su dictamen solamente cuando se aparta** de esta regla consistente en la persecución penal. (SJP)

- «Lemos Guerrero», «Estrella», «Luna Amaya», y recientemente «Ramos Sevilla»

Precedentes relacionados

I-SJP. Art. 76 Bis CP. Art. 30 CPP

- Bustos Baldor. 02-03-10: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Condori. 15-06-16. VG: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Bernaldes Bargas. 28-12-16: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Ayala Gil. 17-05-17: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Moreno Frías. 01-12-17: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=904>
- Crescitelli Fliguer. 14-12-17: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Lemos Guerrero. 28-11-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=906>
- Ramos Sevilla. 04-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=27>
- Romero Díaz. 15-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=177>
- Torcetta Sanjurjo. 19-12-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=262>
- Rivero Oro. 22-05-20. VG. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=315>

- Castro. 03-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=771>
- Vulcano. 22-03-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=981>
- Castillo Ordoñez. 11-05-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=895>
- Reyes Lara. 17-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=865>
- García Manca. 17-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=866>
- Martínez Fernández. 26-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=895>
- Guajardo. 22-09-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=896>
- Rosales Chacón. 11-11-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=973>

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Palermo (Licencia).

Fallo.

CUIJ: 13-06720703-8/1((018501-25578)) F. C/ GARCIA MANCA MAURICIO ANTONIO P/ PORTACION ILEGAL DE ARMA DE FUEGO DE USO CIVIL P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105980832*

En Mendoza, a los diecisiete días del mes de agosto del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06720703-8/1 caratulada “F. c/ GARCÍA MANCA MAURICIO ANTONIO P/PORTACIÓN ILEGAL DE ARMA DE FUEGO DE USO CIVIL S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, Dr. MARIO D. ADARO, segundo Dr. JOSÉ V. VALERIO y tercero Dr. OMAR A. PALERMO.

El Fiscal Titular de la Fiscalía de Instrucción N° 28 de la Unidad Fiscal de Delitos No Especializados interpone recurso de casación contra la resolución dictada por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 en tanto hizo lugar a la suspensión del juicio a prueba solicitada a favor de Mauricio Antonio García Manca, por el término de dos años, en los autos P-25.578/19.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El Juzgado Penal Colegiado N° 1 resolvió otorgar la suspensión del juicio a prueba a favor de Mauricio Antonio García Manca por el plazo de dos años e impuso reglas de conductas a cumplir.

Ello, en tanto consideró que **no se habían respetado los principios constitucionales de legalidad, interpretación restrictiva, ultima ratio y pro persona; como tampoco la garantía de igualdad.**

Aseveró que la procedencia del instituto procesal solicitado debía ajustarse a lo establecido por el **art. 76 bis del CP** y no correspondía agregar requisitos fundados en razones de política criminal. Afirmó que el dictamen negativo dictado por el representante del Ministerio Público Fiscal no superó el análisis de logicidad y legalidad por fundarse en la política criminal explicitada en la Resolución de Procuración General que agrega requisitos no establecidos en la normativa nacional.

En consecuencia, concedió el instituto procesal de suspensión del juicio a prueba a favor de García Manca por el plazo de dos años y le impuso reglas de conducta.

2.- Recurso de casación

El representante del Ministerio Público Fiscal interpone recurso de casación contra la resolución que concede el beneficio de la suspensión del juicio a prueba de conformidad con los arts. 474 inc. 2 del CPP. Cuestiona que la resolución incumple con lo normado por el art. 30 del CPP en tanto concedió la suspensión del juicio a prueba a pesar de la negativa fundada del Ministerio Público Fiscal.

Asevera que ello merece **la pena de nulidad establecida en el art. 198 inc. 2 del CPP** por no haberse observado las disposiciones relativas a la intervención del órgano acusador estatal en un acto en la que es obligatoria.

Además, puntualiza que la resolución no explica las razones por las que no toma en consideración el criterio fiscal para denegar su consentimiento en relación con las circunstancias particulares del caso.

Afirma que el Ministerio Público Fiscal es el encargado de ejercer la acción en los delitos de acción pública y debe realizar el juicio de conveniencia y oportunidad pertinente a los fines de la suspensión de la acción penal.

En este sentido, explica que dicho juicio debe obedecer a las políticas de persecución penal establecidas por el Procurador General de acuerdo a la ley N° 8008, como es la Resolución N° 717/16.

Refiere que en el tipo de delitos como el investigado en autos el bien jurídico tutelado es la seguridad pública y que debe tenerse presente la creciente comisión de hechos ilícitos realizados con armas de fuego y la vulneración que ello implica para la paz y la tranquilidad social.

Agrega que resulta necesario para el Estado conocer la cantidad de armas y las personas que las poseen y detentan.

En particular sobre las circunstancias específicas del caso, refiere que el acusado García Manca blandió el arma de fuego con una bala en recámara ante personal policial y manifestó espontáneamente que haría justicia por mano propia respecto del problema con inquilinos que tenía.

Hace hincapié en la finalidad ilícita manifestada que supera la portación de armas de fuego en si misma.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, al momento de dictaminar, mantiene el recurso interpuesto por el Fiscal Titular de la Fiscalía N° 28 y remite a sus argumentos en honor a la brevedad.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Puesto a resolver el caso traído a estudio, adelanto que corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal por las razones que a continuación se exponen.

a-Carácter vinculante del MPF.

a.- En relación con el carácter vinculante del dictamen fiscal, y dado que advierto imprecisiones en las citas de precedentes realizadas por la recurrente, corresponde señalar que la posición que he sostenido de manera constante le asigna **valor vinculante al dictamen sólo si está debidamente motivado** (así, «Bustos Baldor», «Moreno Frías», «Ramón Mayorga», «González Farías», «Entre Ríos Oliva», «Rodríguez Rosales», «Torcetta Sanjurjo», entre muchos otros). En este sentido, el criterio que el recurrente deriva de los casos «Cargnelutti» y «Crecitelli Fliquer» surge de una imprecisa y errónea consideración jurisprudencial. En el caso «Romero Díaz» he abordado esta última cuestión y he explicado las razones que fundamentan mi posición. En razón de ello me remito, en honor a la brevedad, a los argumentos expuestos en este último precedente.

b- Fundamentos erróneos

b.- Deslindada esta cuestión preliminar, del análisis del planteo recursivo y el dictamen emitido durante la audiencia del día 28 de febrero de 2020 por el Ministerio Público Fiscal, advierto que la resolución pronunciada por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción ha concedido la suspensión solicitada a partir de **fundamentos erróneos**, motivo por el cual corresponde hacer lugar a la impugnación. Según puede apreciarse del registro audiovisual de la audiencia desarrollada el día 28 de junio de 2021, si bien la jueza de instancia anterior reconoció que el Ministerio Público Fiscal se opuso al otorgamiento del instituto procesal solicitado, resolvió concederlo. Aseveró que agregar requisitos distintos a los previstos en la normativa procesal por razones de política criminal conculca los principios de legalidad, interpretación restrictiva, ultima ratio y pro homine, como también la garantía de igualdad.

Reafirmó que el tribunal se reserva el control de logicidad y legalidad del dictamen del órgano acusador.

Reiteró que el ámbito de análisis fiscal debe concentrarse dentro de los límites legales establecidos para la figura en cuestión y no deben incorporarse nuevos requisitos para su procedencia.

En este sentido, afirma que no debe considerarse vinculante un dictamen fiscal que funda su denegatoria en política criminal y disposición de procuración general por sobrepasar los límites legales.

En consecuencia, hizo lugar a la suspensión del juicio a prueba a favor del acusado por dos años con reglas de conducta. Por su parte, en fecha 28 de febrero de 2020 el representante fiscal expuso su dictamen propiciando la no concesión del instituto procesal, previa consulta a su superior jerárquico. Reiteró que el consentimiento fiscal era un requisito de procedibilidad para su concesión.

Ello en razón de corresponderle efectuar el juicio de conveniencia sobre la continuidad del ejercicio de la acción penal. Explicó que en el caso en concreto la realización del juicio oral era la herramienta más eficiente e idónea para compensación del daño en virtud de la gravedad objetiva el injusto atribuido.

Hizo referencia a que la gravedad surge ya desde el marco penal del tipo endilgado, el que posee un año de prisión de mínimo y cuatro de máximo. A ello agregó que el bien jurídico protegido por la figura es la seguridad pública, el que resulta indisponible por parte del Ministerio Público Fiscal.

Hizo también hincapié en las circunstancias específicas de la conducta atribuida al acusado de las que el agente fiscal concluyó la mayor peligrosidad que expresa el hecho. Señaló que el acusado exhibió el arma de fuego al personal policial «[...] ante la presencia policial sacó el arma de su camioneta y la blandió, a su vez, mientras la blandía anunciaba que iba a utilizar ese arma de fuego para la comisión de un delito [...] con esto voy a hacer justicia por mano propia». Explicó que no concurrieron en el caso razones que permitieran entender que el actuar del acusado se encontraba justificado, debido a que al encontrarse presente personal policial podía solicitarles su intervención.

De este modo, la posición fiscal se fundamenta en la gravedad del hecho específico y la figura penal, argumentos que constituyen, a mi entender, motivación bastante para sustentar su posición a los efectos requeridos por la norma procesal. Así, en tanto la vista conferida al Ministerio Público Fiscal fue evacuada conforme a derecho (art. 167 del CPP) y en contra de la concesión de la suspensión petitionada, no correspondía que fuese otorgada. En consecuencia, estimo que existen vicios en el razonamiento de la decisión que se recurre en esta instancia, en tanto no satisface los requisitos de motivación contenidos en el art. 155 del CPP, lo que la torna arbitraria. Por estas razones, corresponde hacer lugar al recurso de casación planteado por el representante del Ministerio Público Fiscal. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, POR SU VOTO, DIJO: Adhiero a la solución propuesta en el voto preopinante, haciendo saber que, conforme al criterio que sustentó y que he señalado en otras oportunidades, la actuación de la ley por **parte del representante del Ministerio Público Fiscal es la regla en materia procesal e implica su promoción y ejercicio obligatorio**, mientras que la excepción es la procedencia de criterios de oportunidad (ver al respecto, «Lemos Guerrero», «Estrella», «Luna Amaya», y recientemente «Ramos Sevilla», entre otros).

A mi entender, el agente fiscal **debe fundamentar su dictamen solamente cuando se aparta** de esta regla consistente en la persecución penal, para otorgar el consentimiento para la aplicación del beneficio petitionado —en este caso, suspensión del juicio a prueba—.

En razón de ello considero que la resolución cuestionada carece de la debida fundamentación, por lo que resulta procedente el recurso interpuesto. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso formulado en autos, y revocar el auto del Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción, de fecha 28 de junio de 2021, que concedió la suspensión del juicio a prueba en favor de Mauricio Antonio García Manca, y remitir las actuaciones al tribunal de origen a fin de que continúe según su estado. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhirió al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia Resuelve:

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal y revocar el auto del Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción, de fecha 28 de junio de 2021, que concedió la suspensión del juicio a prueba en favor de Mauricio Antonio García Manca.
- 2.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 17 de agosto de 2022.-

8- ZACCA VIDELA. 18-10-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	-	-	AFG	PCE	-	-	A	-	CI CR	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=922>

Lex: Art. 189 bis inc. 2, 4° párrafo, 54, 104, 1° párrafo, 150 y 55 CP

Vox: Portación. Arma de fuego de guerra. Abuso de arma. Violación de domicilio. Concurso real. Concurso ideal. Percepción de los testigos. Unidad de la prueba. Figura atenuada pretendida.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **tres años y seis meses de prisión de cumplimiento efectivo** por considerárselo autor penalmente responsable del delito de portación ilegítima de arma de guerra, en concurso ideal con abuso de arma, en concurso real con violación de domicilio (arts. 189 bis inc. 2 cuarto párrafo, 54, 104 primer párrafo, 150 y 55 del Código Penal)

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP). Considera que no se acreditó, con el grado de certeza requerido por ley para el dictado de una sentencia condenatoria, el hecho atribuido al acusado. Por último, hacer referencia que resulta evidente la falta de intención del acusado de utilizar el arma de fuego portada con fines ilícitos.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 6772, pronunciada por el TPC N° 2-1° CJ.

Precedentes relacionados

I-Art. 189 Bis. Inc. 2 CP. Figura básica. Atenuación cuestionada.

- Fiordelisi Ruiz Jorge Isidoro. 07-11-18
- Bustos Tobio Denis Gastón. 03-12-18
- Gattari. 18-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=799>
- Masi. 12-11-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=456>
- Roggerone. 13-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=711>
- Peralta Calderón. 22-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=804>
- Zacca. 18-10-22. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=922>
- Gallardo Ruarte. 24-20-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=923>

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo.

Fallo.

CUIJ: 13-05463339-9/1((018502-741332)) F C/ZACCA VIDELA JONATHAN P/ PORTACUION ILEGAL DE ARMAS DE GUERRA (741332/19) (741332) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105641131*

En Mendoza, a los dieciocho días del mes de octubre del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-05463339-9/1 caratulada “FC/ ZACCA VIDELA, JONATHAN P/ PORTACIÓN ILEGAL DE ARMAS DE GUERRA S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa de Jonathan Ignacio Zacca Videla interpone recurso de casación contra la sentencia n° 6.772, y sus fundamentos, emitida por el Juzgado Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.

Ello, en tanto se condena a aquél a la pena de tres años y seis meses de prisión de cumplimiento efectivo por considerársele autor penalmente responsable del delito de portación ilegítima de arma de guerra, en concurso ideal con abuso de arma, en concurso real con violación de domicilio (arts. 189 bis inc. 2 cuarto párrafo, 54, 104 primer párrafo, 150 y 55 del Código Penal), que se le atribuye en la causa N° P-741.332/19.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- La resolución recurrida

El tribunal de juicio tuvo por probado que «[e]l día 18 de agosto de 2019 siendo las 12:45 horas aproximadamente, Jonathan Ignacio Zacca Videla se encontraba en calle Miguel Cané de Gutiérrez Maipú (próximo a la esquina José Hernández) efectuando disparos hacia el aire con un arma de fuego tipo pistola calibre 9mm número fabril TSH 96890. Ante esta situación personal policial actuante que se encontraba en el lugar observó a Zacca Videla en posesión del arma mencionada por lo que se identificó ante éste como efectivo policial y le solicitó a viva voz “alto policía”, a lo que el incuso hizo caso omiso a la orden impartida y con el arma de fuego efectuó a una distancia de 30 metros aproximadamente, un disparo hacia el efectivo policial que procuraba su aprehensión. Posteriormente, Zacca Videla intentó evadirse del lugar corriendo llevando consigo el arma comenzando así una persecución en la cual el personal actuante, quien no perdió de vista al incuso, observó que este ingresó con el arma de fuego al interior del domicilio sito en calle Miguel Cané 541 de Gutiérrez, todo ello sin autorización expresa ni presunta de su morador, por lo que ingresó en la vivienda en ocasión de la persecución, siendo Zacca Videla finalmente aprehendido en el lugar, lográndose asimismo el secuestro del arma de fuego que portaba Zacca Videla (la cual al momento de ser hallada se encontraba con tres cartuchos en su interior) en el interior de la vivienda. Por último, personal de Policía Científica, División Balística, luego de examinar el arma de fuego mencionada, determinó que la misma es apta para la ejecución de disparos y que la misma es calificada legalmente como arma de guerra».

Para así decidir, el sentenciante valoró, entre los elementos de prueba más importantes: las declaraciones de Norma Carina González Ocampo, Leonardo Ariel González Ocampo, Gabriel Norberto Bartocco, José Ramiro Cabral Echegaray, Victor Adrián Miranda Cabrera y Oscar Walter Morales Mauna; acta de

procedimiento; informe de Policía Científica División Balística; informe de la Agencia Nacional de Materiales Controlados (ANMaC); y, el informe de Policía Científica sobre el vehículo estacionado en la vía pública con un impacto de bala.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa interpone recurso de casación de acuerdo con las disposiciones del inc. 2 del art. 474 del CPP. En este sentido, considera que **no se acreditó, con el grado de certeza** requerido por ley para el dictado de una sentencia condenatoria, el hecho atribuido al acusado.

En primer lugar, estima que, en cuanto al delito de abuso de arma, la existencia del disparo hacia Norma Carina González Ocampo ofrece una duda insuperable, por lo que considera que debe ordenarse la absolución del acusado por el art. 2 del CPP.

En efecto, según su parecer, la declaración de Gabriel Norberto Bartocco se contrapone con las declaraciones de Norma Carina González Ocampo y Leonardo Ariel González Ocampo.

Así, refiere que Bartocco manifestó que se encontraba viendo televisión cuando escuchó un disparo de arma de fuego, salió de su domicilio y observó a Carina González que pasó corriendo y luego observó a Leonardo González pasar en un vehículo. También mencionó que el sujeto venía corriendo, que Carina González lo venía persiguiendo y que el sujeto con su mano izquierda disparo y que, en vez de acertar el disparo en Carina impactó en el paragolpe de su vehículo. La defensa afirma que esto es lo que interpreta Bartocco y no lo que ve, en tanto dijo que cuando escuchó el disparo se encontraba viendo TV.

Por otra parte, menciona que Carina González y Leonardo González, por el contrario, manifestaron que cuando pasaron frente al vehículo de Bartocco, lo hicieron en el rodado de Leonardo González y no a pie, como refirió Bartocco. En segundo lugar, en cuanto al delito de portación ilegítima de arma de guerra, entiende que debe aplicarse la figura atenuada.

Al respecto, sostiene que el acusado mencionó haber estado disparando hacia un tipo de ave. Asimismo, refiere que el acusado no exhibió el arma de fuego con el fin de amedrentar a persona alguna, que no tiene antecedentes penales y que no se reportó la comisión de un hecho delictivo.

Por último, hacer referencia que **resulta evidente la falta de intención del acusado de utilizar el arma de fuego portada con fines ilícitos**. Hace reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General considera que no corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto y, consecuentemente, debe convalidarse en su totalidad la sentencia impugnada.

Sostiene que la sentencia se encuentra debidamente fundada, en tanto el tribunal de la instancia anterior analizó acabadamente la prueba testimonial en el marco de todo el plexo probatorio.

Afirma que la supuesta contradicción que señaló la defensa fue abordada por el juez y despejada toda duda a su respecto, demostrando que la misma no se encuentra presente en las testimoniales rendidas.

Por lo señalado, considera que debe rechazarse el recurso interpuesto por la defensa del acusado.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Puesto a resolver el recurso interpuesto por la defensa considero que, por los motivos que a continuación se exponen, corresponde su rechazo.

En efecto, analizados los fundamentos del fallo cuestionado, así como los agravios en el recurso interpuesto, estimo que éstos no logran conmovir las conclusiones a las que llegó el sentenciante. La defensa refiere, por un lado, y en cuanto al delito de abuso de arma, que la existencia del disparo hacia

Norma Carina González Ocampo ofrece una duda insuperable, atento a las contradicciones en las declaraciones de Norma Carina González Ocampo y Leonardo Ariel González Ocampo, con respecto a la declaración de Gabriel Norberto Bartocco.

Por el otro lado, entiende que debe aplicarse la figura atenuada de la portación ilegítima de arma de guerra, en tanto sostiene que el acusado disparó hacia un ave, que no exhibió el arma de fuego con el fin de amedrentar a persona alguna, que no tiene antecedentes penales, que no se reportó la comisión de un hecho delictivo y que resultó evidente la falta de intención del acusado de utilizar el arma de fuego portada con fines ilícitos.

Al respecto, y como adelanté, entiendo que estos argumentos utilizados por el recurrente no resultan procedentes. Paso a explicarlo.

A diferencia de lo que sostiene la defensa, considero que **existen elementos de relevancia para asignarle razón al sentenciante en sus conclusiones** respecto de la existencia material de los hechos, en cuanto al abuso de arma y a la portación ilegítima de arma de guerra; asimismo, en cuanto a la intervención de Jonathan Ignacio Zacca Videla en ellos.

Particularmente, hago referencia a las declaraciones testimoniales de Norma Carina González Ocampo, Leonardo Ariel González Ocampo y Gabriel Norberto Bartocco, como así también a los demás elementos que se encuentran incorporados a la causa, como es el acta de procedimiento, el informe de Policía Científica División Balística sobre el arma secuestrada, el informe de la Agencia Nacional de Materiales Controlados (ANMaC) y, el informe de Policía Científica sobre el vehículo estacionado en la vía pública – en el lugar donde ocurrieron los hechos– con un impacto de bala.

Por ello, estimo que los cuestionamientos defensivos representan argumentos y afirmaciones que sólo evidencian una mera discrepancia con la labor de valoración de la prueba por parte del juez de la instancia previa, la que no logra ser desvirtuada en esta instancia.

Ello, por cuanto ya fueron referidos por la defensa durante el debate y analizados detalladamente por el sentenciante.

En cuanto al agravio referido a la duda sobre el disparo de arma de fuego hacia Norma Carina González Ocampo, se advierte que el juez de la instancia anterior analizó el referido planteo. Así, sostuvo que ese suceso se encuentra debidamente acreditado.

En este orden, y en primer lugar, debe señalarse que el juez de la instancia previa consideró que el disparo de arma de fuego se encontraba acreditado por el informe realizado por Policía Científica, en el que consta que en el lugar inspeccionado se efectuó un disparo de arma de fuego y que el proyectil habría incidido en el vehículo estacionado en la puerta del domicilio de Gabriel Norberto Bartocco, en calle Ameghino.

En segundo lugar, el juez valoró la declaración de Norma Carina González, quien relató, en forma absolutamente circunstanciada y detallada, que el acusado durante la persecución se dio vuelta y le efectuó un disparo con el arma de fuego.

La testigo aclaró que, con posterioridad, tomó conocimiento que ese disparo había impactado en un vehículo que se encontraba estacionado en la vía pública en la calle Ameghino, entre calles Roca y José Hernández, cuyo titular era Gabriel Norberto Bartocco. Luego, manifestó que, en dicha circunstancia, se subió al vehículo de su hermano, Leonardo Ariel González Ocampo, quien también se encontraba persiguiendo a Jonathan Ignacio Zacca Videla.

Se advierte así, tal como lo afirmó el sentenciante que, por un lado, el testimonio de Norma Carina González Ocampo goza de plena credibilidad, en tanto no existen motivos para dudar de él y, por el otro

lado, que en sí mismo resulta fundamental, en tanto es quien comenzó en un primer momento con la persecución hacia el acusado.

Asimismo, en forma coincidente con ella declaró su hermano, Leonardo Ariel González Ocampo, quien expresó que se encontró con su hermana en las calles Ameghino y José Hernández y que ésta se subió a su vehículo para continuar con la persecución de Jonathan Ignacio Zacca Videla. En tercer lugar, el juez consideró, con acierto a mi modo de ver, que el disparo hacia Norma Carina González Ocampo también se encontraba acreditado por el testimonio de Gabriel Norberto Bartocco.

Así, surge de los fundamentos, que refirió que se encontraba en el interior de su domicilio cuando escuchó un tropel de manera concomitante con el sonido de un disparo, por lo que al salir observó a un sujeto que estaba llegando a la esquina –se dirigía hacia calle Roca– y a Norma Carina González Ocampo en persecución del mismo.

Con respecto a las contradicciones que refiere defensa, en cuanto a si Norma Carina González Ocampo y Leonardo Ariel González Ocampo, cuando pasaron frente al vehículo de Gabriel Norberto Bartocco lo hicieron a pie o en el vehículo de Leonardo Ariel González Ocampo, el juez de la instancia anterior analizó las mencionadas testimoniales y argumentó en forma razonada y adecuada que, solicitar que todos los testigos tengan una percepción de los hechos absolutamente detallada sin ningún tipo de matices, resulta contrario a las reglas de la sana crítica racional y a las reglas de la experiencia.

Ello, en tanto se encuentra acreditado **que todos los testigos tiene una percepción diferente del mismo hecho, es decir, cada uno puede describirlo de manera distinta.**

Lo expuesto, permitió afirmar acertadamente al juez de la instancia anterior que se encuentra debidamente acreditada la plataforma fáctica sostenida por el representante del Ministerio Público Fiscal en razón de la prueba rendida en el debate. En efecto, se afirma que el acusado cometió el delito de abuso de arma.

La figura atenuada no puede prosperar.

Por último, debe señalarse que la aplicación de la figura atenuada en la portación ilegítima no puede prosperar.

Esto, de acuerdo con las circunstancias del caso, pues al encuadrarse los hechos en la figura de abuso de arma –Jonathan Ignacio Zacca Videla efectivamente utilizó el arma portada en tanto disparó hacia Norma Carina González Ocampo, independientemente que lo fuera con la intención de lesionarla o con la intención de disuadirla de continuar con la persecución–, **se descarta la posibilidad de la figura atenuada prevista por el art. 189 bis, inc. 2 sexto párrafo del CP**, la que se aplica cuando «por las circunstancias del hecho y las condiciones personales del autor, resultare evidente la falta de intención de utilizar las armas portadas con fines ilícitos».

De lo expuesto se advierte que la defensa parcializa la valoración de la prueba obrante en la causa, aislando su consideración y restándoles así la fuerza de convicción que surge de su conjunta valoración.

En este orden, debe recordarse lo que ha sostenido esta Sala en otras ocasiones sobre que «[...] los medios de prueba no constituyen compartimientos estancos porque cada uno de ellos se apoya en mayor o menor grado sobre los restantes.

Unos y otros aparecen finalmente como los elementos de un todo, y será ese conjunto el que dará la prueba sintética y definitiva, aquella sobre la cual se podrá levantar la reconstrucción de los hechos. Las diversas pruebas presentadas en un momento dado deben ser examinadas al mismo tiempo, pues el resultado global es el que cuenta [...]» (L.S. 388-219).

Asimismo, que «**el sistema de la sana crítica racional se encuentra íntimamente relacionado con el principio de la unidad de la prueba** e impone como regla de la consideración de la prueba en su conjunto, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles e imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados» (L.S. 388-219).

A partir de todo lo reseñado, es posible afirmar la improcedencia de los cuestionamientos de la defensa, en tanto de la adecuada valoración de los elementos de prueba por parte del juez de sentencia, conforme a las reglas de la sana crítica racional, surge la existencia material de los hechos atribuidos al acusado, así como la autoría de éste.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazarse el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Palermo. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por Jonathan Ignacio Zacca Videla.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

9- GALLARDO RUARTE. 24-10-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	-	-	AFG	PCC	-	-	A	-	CR	-	-	-	N	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=923>

Lex: Art. 189 bis, inc. 2, 4° y 6° párrafo; 205 y 55 del CP

Vox: Portación. Arma de fuego de guerra. Atenuación. Concurso real. Infracción art. 205 del CP. Pandemia.

Summa:

El **JPC** condenó al señalado, a la **pena dos años y seis meses de prisión de ejecución condicional** como autor penalmente responsable del delito de portación ilegítima de arma de fuego de guerra atenuada e infracción al art. 205 en concurso real (art. 189 bis, inc. 2, sexto párrafo; art. 205 y 55, todos del CP).

EL **MPF** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

El **Procurador General** mantiene el recurso interpuesto por la Fiscalía.

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el y anular la sentencia N° 6.915 y sus fundamentos, remitiendo las presentes actuaciones al JPC correspondiente a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la realización del nuevo debate.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 6915, pronunciada por el JPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- «Masi» 12-11-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=456>
- «Roggerone». 13-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=711>
- «Peralta Calderón». 22-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=804>

Precedentes relacionados

I-Art. 189 Bis. Inc. 2 CP. Figura básica. Atenuación cuestionada.

- Fiordelisi Ruiz Jorge Isidoro. 07-11-18
- Bustos Tobio Denis Gastón. 03-12-18
- Gattari. 18-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=799>
- **Masi.** 12-11-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=456>
- **Roggerone.** 13-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=711>
- **Peralta Calderón.** 22-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=804>
- Zacca. 18-10-22. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=922>
- Gallardo Ruarte. 24-10-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=923>

Parágrafos destacados.

- **«Fiordelisi Ruiz Jorge Isidoro». 07-11-18**

Se incurre en portación ilegal de armas cuando se la lleva consigo con una **licencia vencida**, siendo la manipulación de armas de fuego una actividad altamente reglada, los usuarios han de mantenerse constantemente alerta en orden a cumplir con la normativa vigente. El deber de información es estricto

y se encuentra en cabeza de quien ha decidido voluntariamente entrar en tal ámbito de interacción. Esto es así, pues **el riesgo al que se exponen los bienes jurídicos de los ciudadanos es extremadamente alto.**

PORTACION DE ARMAS - APLICACION DE LA LEY - PERMISO DE PORTACION DE ARMAS - VENCIMIENTO DE LA LICENCIA - EFECTOS

Texto:

Las normas sobre detentación material de armas de fuego establecen con precisión no sólo la vigencia temporal de toda autorización de legítimo usuario de armas de fuego expedida por autoridad competente (5 años), sino que además prevé los efectos que genera a su vencimiento y el modo en que los mismos operan (en forma automática y sin necesidad de comunicación previa). Por lo tanto, quien siendo legítimo usuario tenga interés en continuar siéndolo, tiene el **deber de tramitar la renovación** de su credencial antes de su vencimiento. Magistrado/s: VALERIO - ADARO – LLORENTE. Ubicación: LS570-106

- **«Bustos Tobio Denis Gastón». 03-12-18**

Debe considerarse que no hay portación ilegítima de arma de uso civil, desde que se encuentra acreditada **la falta de idoneidad funcional del arma secuestrada**; esto es así pues el arma de fuego que cuenta con seguro de cargador por el cual no puede funcionar normalmente para la ejecución de disparos, si no tiene el cargador colocado. Magistrado/s: BÖHM - SALVINI – ADARO Ubicación: LS461-168

SCJM. Dres.: **Valerio.** Palermo. Adaro (Licencia).

Fallo.

CUIJ: 13-05496703-3/1((018501-29932)) F C/ GALLARDO RUARTE MAURO AGUSTIN P/ PORTACION ILEGITIMA DE ARMA DE FUEGO DE GUERRA ATENUADA E INFRACCION AL ART 205 EN CONC REAL (ART 189 BIS, INCISO 2, 4º PARRAFO, 205 Y 55 DEL CODIGO PENAL) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105675181*

En Mendoza, a los veinticuatro días del mes de octubre del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05496703-3/1, caratulada “F. C/ GALLARDO RUARTE S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO; segundo, DR. MARIO D. ADARO y tercero, DR. OMAR A. PALERMO.

El titular de la Fiscalía de Instrucción N° 30 de la Unidad Fiscal de delitos no especializados interpone recurso de casación contra la sentencia n° 6.915 y sus fundamentos, mediante la cual el Primer Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción condenó a Mauro Agustín Gallardo Ruarte **a la pena dos años y seis meses de prisión de ejecución condicional** como autor penalmente responsable del delito de portación ilegítima de arma de fuego de guerra atenuada e infracción al art. 205 en concurso real (art. 189 bis, inc. 2, sexto párrafo; art. 205 y 55, todos del CP) en los autos P-29.932/20.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

I.- La resolución recurrida

El magistrado sentenciante tuvo por acreditado que «[e]l día 12 del mes de Abril del año 2020, siendo aproximadamente las 2:00 hs., Maximiliano Rubén Baguena Bustos; Mauro Agustín Gallardo Ruarte, Rodrigo Exequiel Gallardo Ruarte y Lautaro Fabián Olmos Palacios (menor punible) se conducían en el vehículo Fiat Uno dominio RPW-2967 por calle Tropero Sosa, en el interior del Barrio Tropero Sosa de Maipú, Mendoza incumpliendo con el aislamiento obligatorio dispuesto por el inc. 1 D) del art 7 del decreto 260/20 y artículo 4 decreto 297/20 y 325/2020 de Presidencia de la Nación.

En esos momentos, personal policial intentó dar con vehículo en cuestión el cual se dio a la fuga, por lo que empezó una persecución de alrededor de dos kilómetros hasta que finalmente pudieron detener su marcha.

Al requisar a los ocupantes se logró el secuestro de un arma de fuego tipo pistola marca Taurus calibre 9 mm con la inscripción alfanumérica TZE 26788 con un cartucho en recámara y siete cartuchos colocados en su cargador la cual se encontraba entre las prendas de Mauro Agustín Gallardo Ruarte sin exhibir ningún tipo de documentación habilitante para su tenencia y/o portación.

Del informe de Policía Científica división balística surge que el arma funciona para la ejecución de disparos».

El hecho, tal como se anticipó, fue calificado como portación ilegítima de arma de fuego de guerra atenuada e infracción al art. 205 en concurso real (art. 189 bis, inc. 2, sexto párrafo; art. 205 y 55, todos del CP).

Para decidir en tal sentido, el magistrado sentenciante valoró las declaraciones brindadas por el personal policial actuante (Cristian Ponti y Aldo Bustamante), el informe de Policía Científica, el informe de

RENAR/ANMAC y el acta de secuestro del arma de fuego, así como las demás pruebas válidamente incorporadas al proceso.

II.- El recurso de casación

El representante del Ministerio Público Fiscal considera, en función del art. 474, inc. 1 CPP que la resolución referida padece vicios que ameritan se case la sentencia y se dicte un nuevo pronunciamiento. Sostiene que el juez de la instancia **previa subsumió los hechos en la figura atenuada**, con base en la ausencia de certeza respecto de la intención de usar el arma con fines ilícitos.

No obstante, a entender del recurrente, esta argumentación sería errónea, puesto que el delito del art. 189 bis, inc. 2, párrafo cuarto del CP se configura cuando el autor porta un arma con conocimiento del carácter del objeto, la ausencia de autorización administrativa y la sola voluntad de tenerla de ese modo. En esta línea, refiere que la figura básica no exige que deba comprobarse que el autor llevaba el arma con un fin ilícito, sino que sólo castiga a quien la lleva consigo en la vía pública en condiciones de uso inmediato y sin autorización.

Por su parte, señala que para la procedencia de la figura atenuada debería existir certeza o duda sobre la falta de intención ilícita de portar el arma de fuego, derivada de las condiciones personales del autor y las circunstancias del hecho. Subraya el recurrente que no ha sido invocada por la defensa una situación de legítima defensa o estado de necesidad que autorizare al acusado a portar el arma de fuego.

III.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General mantiene en recurso interpuesto y se remite a los argumentos vertidos por el recurrente (f. 5).

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por el representante del Ministerio Público Fiscal debe ser acogido. Paso a explicarlo.

De manera preliminar, no debe perderse de vista que en nuestro ordenamiento procesal la sentencia será nula, si faltare o fuere contradictoria la fundamentación de la mayoría del Tribunal, o no se hubieran observado en ella las reglas de la sana crítica, **con respecto a elementos probatorios de valor decisivo (art. 416 inc. 4 CPP).**

De acuerdo a los argumentos que se expondrán, lo señalado es lo que ocurrió en autos, dado que el juez sentenciante no tuvo en cuenta las pautas precedentes, arribando a la solución que agravia al fiscal, mediante un razonamiento equivocado. Mauro Gallardo fue acusado por la figura simple de portación de armas prevista por el art. 189 bis, inc. 2, párrafo cuarto del CP Ello, al verificarse que el día 12 de abril de 2020, aproximadamente a las 2 hs. al desplazarse en un vehículo Fiat Uno dominio RPW-296 por el interior del Barrio Tropero Sosa de Maipú, transportaba entre sus ropas un arma de fuego Tauros calibre 9mm, sin documentación habilitante.

Sin embargo, el juez de la instancia anterior entendió que los hechos probados, sobre los cuales no existe controversia entre las partes, eran típicos de la figura atenuada, por la que Mauro Gallardo acabó condenado. El art. 189 bis, inc 2, sexto párrafo CP, establece una atenuante para los casos en los cuales «por las circunstancias del hecho y las condiciones personales del autor; **resultare evidente la falta de intención de utilizar las armas portadas con fines ilícitos.**»

A partir de aquí, el juez estableció que de acuerdo con una interpretación «conforme», esto es la que mejor se adaptaría a los dictados constitucionales, y en consideración del principio de inocencia, debía aplicarse el tipo atenuado.

Ello, en razón de que este procedería tanto si existe certeza de la ausencia de intención de utilizarla con fines ilícitos, como si persisten dudas sobre ella. En esta línea, el juzgador refirió que “[s]i en un hipotético juicio el portador del arma demostrara por vía de dudas razonables que no lo hacía con la intención de usarla con fines delictivos, ello sería suficiente para ser beneficiado con la pena atenuada, a la luz de las circunstancias del hecho y las condiciones personales que las rodean, siempre y cuando guarden una conexión racional y no discriminatoria con la conducta descrita como delictiva por la respectiva figura» (p. 3).

En relación con el caso analizado, sostuvo que esta duda respecto de los fines ilícitos se deriva de que no se pudo vincular la portación del arma con un hecho delictivo o maniobras de carácter ilegítimas. A favor de esta interpretación el juez menciona, además, la ausencia de antecedentes penales, la verificación de un domicilio en el que reside con su familia, la existencia de antecedentes laborales y la imposibilidad de identificar al titular de la línea telefónica que alertó al CEO.

En contra de esta argumentación, el recurrente sostiene que se soslayó, en primer lugar, que la labor de praxis hermenéutica **supone partir de la figura básica del inc. 2, párrafo cuarto del art. 189 bis CP** para, recién después, y en su caso, desestimarla fundadamente de verificarse los requisitos del inc. 6 del art. 189 bis CP. En este sentido, sostiene que en la sentencia no se brindan argumentos suficientes que permitan tener por válida a la calificación de los hechos probados.

Esto, en razón de que el acusado portaba sin autorización, escondida en el bolsillo de su campera, la pistola marca Taurus calibre 9 mm que le fue encontrada en condiciones de uso inmediato, con un cartucho en recámara y siete cartuchos colocados en su cargador.

Dicho esto, comparto la toma de postura del Ministerio Público Fiscal, en cuanto, en la causa no sólo se verificarían las exigencias del tipo del inc. 2, párrafo cuarto del art. 189 bis CP sino que, además, las circunstancias del hecho no permitirían inferir la ausencia de intención de la utilización del arma con fines ilícitos.

Lo anterior, no implica que la figura básica, no obstante, requiera una intención distinta del dolo (una intención ilícita que no surge del tipo penal del art. 189 bis, inc. 2, párrafo cuarto del CP). En efecto, la portación de armas requiere únicamente el conocimiento y voluntad de que se lleva consigo un arma apta para el disparo en un ámbito público, en condiciones de utilización inmediata y sin la correspondiente autorización.

Así, estimo que el juez de la instancia previa valoró defectuosamente pruebas decisivas en orden a establecer las circunstancias del hecho. A saber, que al momento en que fue identificado el vehículo en el que se desplazaba el acusado, aquel se dio a la fuga dando lugar a una persecución que se extendió por más de dos kilómetros, antes de que el rodado detuviera su marcha.

Asimismo, omitió ponderar correctamente el horario nocturno en el que se desplazaba el automóvil. La circunstancia referida no permite afirmar un iter críminis o un proceso ejecutivo en marcha, aunque tampoco es un elemento que permita afirmar la ausencia (o siquiera duda) de intención delictiva requerida por el inc. 2, párrafo sexto del art. 189 bis CP.

Más aún, cuando el propio acusado no la esgrimió al momento de realizar su descargo.

Así, coincido con el recurrente cuando expresa que «la experiencia común nos indica que quien circula a altas horas de la madrugada, portando ilegalmente un arma de fuego e incumpliendo un DNU que ordena

el aislamiento y prohíbe la circulación en esos horarios, nos adelanta sobre el certero conocimiento que el justiciable tenía sobre la ilicitud de su conducta y por tanto existe un mayor reproche de culpabilidad». En este orden de ideas, estimo importante resaltar que de confirmarse el temperamento del juez de la instancia anterior, quedaría fácticamente derogado el delito de portación de armas en situaciones como la descrita, y sólo vigente la figura atenuada, que fue plasmada por el legislador como una excepción, restringida al supuesto que resultare evidente la falta de intención de usar las armas con fines ilícitos, lo que en autos, de acuerdo a lo hasta acá desarrollado y en virtud de una errónea ponderación de pruebas dirimientes, se desconoce si se verificó o no, lo que impone la declaración de nulidad de la sentencia impugnada.

Corresponde agregar que tampoco acierta el juzgador al evaluar que el acusado carece de antecedentes penales, vive con su familia y posee antecedentes laborales en la empresa Prear como indicios de ausencia de ilicitud.

En verdad, estos datos nada dicen sobre un hecho que, analizado en función de los parámetros del inc. 2, párrafo cuarto del art. 189 bis CP encuadraría perfectamente en sus previsiones. Las circunstancias del hecho deben ser meritudadas según lo establece la ley.

El cumplimiento de la ley no es facultativo, sino obligatorio, ya que los jueces deben aplicar la ley, según lo establecen la Constitución Nacional (art. 112) y la Constitución de Mendoza, que especifica que «los Tribunales y jueces deben resolver siempre según la ley» (art. 148) y que «las sentencias que se pronuncien se fundarán en el texto expreso de la ley» (art. 149), según me he expedido con antelación y estimo aplicable al caso (ver, en lo pertinente, «Masi» y «Roggerone»).

Por lo tanto, corresponde contestar de manera afirmativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

Sobre la misma cuestión el Dr. OMAR A. PALERMO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede. SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso formulado en autos, y anular la sentencia N° 6.915 y sus fundamentos (véase expte. digital) y remitir las actuaciones al Juzgado Penal Colegiado correspondiente a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la realización del nuevo debate. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de esta Suprema Corte de Justicia de Mendoza RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el titular de la Fiscalía de Instrucción N° 30, de la Unidad Fiscal de Delitos No Especializados y anular la sentencia N° 6.915 y sus fundamentos.
- 2.- Remitir, en función del resolutivo anterior, las presentes actuaciones al Juzgado Penal Colegiado correspondiente a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la realización del nuevo debate.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 24 de octubre de 2022.-

10- JOFRE. 11-11-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
														474
														2
-	-	-	AFC	PCC	-	-	A	-	-	-	-	-	N	414

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=949>

Lex: Art. 189 inc. 2, 1º párrafo del CP. Art. 198 del CPP.

Vox: VG. Tenencia. Arma de fuego de uso civil. Competencia del Tribunal de revisión. Reformatio in peius. Nulidad absoluta.

Summa:

El **JPC** absolvió a Luis Mario Jofré del delito de tenencia ilegítima de arma de fuego de uso civil (art. 189 bis, inciso 2º, primer supuesto del Código Penal, conforme art. 2 y art. 414 y ss. del CPP).

EL **MPF** interpone recurso de casación (Art. 474 CPP).

El **Procurador General** mantiene el recurso interpuesto por la Fiscalía.

La **SCJM** resolvió anular parcialmente la sentencia y sus fundamentos, debiendo realizarse nuevo debate solo por los autos N° P-13.432/20.

Resolución cuestionada: Sentencia n°1237, pronunciada por el JPC N° 1-4° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- «González Sosa»
- «Galdeano Reyes». 31-07-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=242>
- «Merlo Lassa»17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- «Basualdo Reyes»
- «Alaniz Pineira» 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- De Miguel Tortosa.
- «Cruz Caporiccio». 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Acuña. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=710>

b-CIDH

- Corte IDH, Caso del penal «Castro Castro vs. Perú». Fondo, Reparación y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N° 160;
- Corte IDH, Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216;
- Caso «Fernández Ortega y otro vs. México». Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215;

c-CSJN

- «Leiva, María Cecilia».

SCJM. Dres.: Adaro. Palermo (Licencia). Valerio.

Fallo.

CUIJ: 13-05720543-6/1((048501-13432)) F C/ JOFRE LUIS MARIO P/ TENENCIA ILEGITIMA DE ARMA DE FUEGO DE USO CIVIL CONDICIONAL (13432/20) (13432) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105905439*

En Mendoza, a los once días del mes de noviembre del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-05720543-6/1 caratulada “F. C/ JOFRÉ LUIS MARIO P/ TENENCIA ILEGÍTIMA DE ARMA DE FUEGO DE USO CIVIL CONDICIONAL (13.432/20) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO.

El fiscal a cargo de la Fiscalía de Instrucción n° 1 de la Unidad Fiscal de Valle de Uco, Dr. Facundo Garnica, interpone recurso de casación contra la sentencia n° 1.237 de fecha 29 de marzo de 2021, cuyos fundamentos fueron leídos en fecha 7 de abril de 2021, en cuanto absuelve a Luis Mario Jofré del delito de tenencia ilegítima de arma de fuego de uso civil en los autos P13.432/20 (art. 189 bis, inciso 2°, primer supuesto del Código Penal; arts. 59 inc. 3° y 62 del CP y 353 inc. 4° y 354 CPP por el beneficio de la duda, conforme art. 2 y art. 414 y ss. del CPP).

El pronunciamiento fue dictado por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Cuarta Circunscripción Judicial. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

I. Sentencia recurrida

Al acusado Luis Mario Jofré se le atribuyó el siguiente hecho: «El día 11 de febrero de 2020, siendo las 19 horas con 10 minutos aproximadamente, personal de la Unidad Investigativa Departamental de Tunuyán, en cumplimiento de una orden de allanamiento del domicilio ubicado en Barrio Jardín M-A, C-7 de la ciudad de Tunuyán, provincia de Mendoza, dictada por el Primer Juzgado Penal Colegiado de la Cuarta Circunscripción Judicial, y oportunamente solicitada en los autos P-13.234/20, originario de la Oficina Fiscal de Tunuyán, procedió a registrar tal vivienda encontrando en la misma un revólver marca COLT calibre 32 largo, número fabril 13.644 con 6 municiones en sus alveolos y 11 municiones sueltas, las que fueron secuestradas. El morador del inmueble, el Sr. Luis Mario Jofré, se encontraba en el domicilio al momento del allanamiento ostentando el Sr. Jofré la tenencia de aquella sin autorización legal, y sabiendo que la misma era un arma de fuego apta para el disparo y clasificada como arma de uso civil conforme el artículo 5 inciso 1° del Dec. 395/75 reglamentario de la Ley 20.429. Este hecho fue calificado legalmente como tenencia ilegal de arma de fuego de uso civil, art. 189 bis, inciso segundo, primer párrafo del CP imputado al Sr. Luis Mario Jofré.» (ver registro audiovisual de fecha 23 de marzo de 2021, a partir del minuto 01:30 a 03:03).

El juez de la instancia previa, en razón de lo dispuesto por el art. 2 del CPP, absolvió al acusado. Para así decidir, valoró la declaración de Jofré y las testimoniales de Claudio González, Lucas Valdivia y de personal de Policía Científica, Oficial Mayor Videla Retamales.

Si bien afirmó que existió el arma de fuego y fue hallada en el domicilio del acusado, con apoyo en la declaración del mismo expuso que existía duda que tuviera conocimiento que estaba dentro del ámbito

de su autodeterminación para su utilización (ver registro audiovisual de fecha 29 de marzo de 2021, a partir del minuto 01:15 y primera cuestión de los fundamentos de la sentencia).

II.- Recurso de casación

El representante del **Ministerio Público** interpone recurso de casación fundado en los dos incisos previstos en el artículo 474 del CPP.

Se agravia porque el juez interviniente no ha dado cumplimiento con las reglas del sistema de la sana crítica racional al valorar el material probatorio recibido en la audiencia de debate, sino que se basó solo en la declaración del acusado para proceder a su absolución.

Refiere que el juez no ha meritado la denuncia de la ex pareja del acusado Jofré, quien manifestó que tenía un arma de fuego en su domicilio o en su auto y dio las características de la misma –color plateado, con empuñadora marrón, con tambor y larga–, de lo que infiere que no siempre estuvo oculta por más de 15 años, como manifestó el encausado.

Indica que no se ponderó la orden de allanamiento de fs. 5 en la que se solicitó el secuestro de «[...] cualquier tipo de arma de fuego, especialmente de color plateada con empuñadura marrón, con tambor y larguita».

Agrega que tampoco se tuvo en cuenta el resultado del acta de allanamiento de fs. 6, que expresa que «[...] en el interior de la vivienda donde en una pequeña habitación que funciona como oficina del ciudadano Jofré, se observa un pequeño mueble de madera, donde al sacar los cajones de dicho mueble se localiza una cerámica floja o fuera de lugar, a lo que el personal actuante procede a retirarla, observado un pequeño compartimiento hecho en base de hormigón donde se puede ver un pedazo de tela o gamuza color rojo y al quitarla se halla un revólver marca Colt, empavonado negro, cal 32 mm, modelo Pocket Positive Police Nro. Fabril 136440 con 6 municiones en sus alveolos y/o tambor, con empuñadura con cacha plástica color negro y al lado de la misma una bolsa de nylon transparente con 11 municiones cal. 32 mm».

Señala que no valoró el informe de Policía Científica de fs. 29, que expresa que el arma estaba en buenas condiciones de mantenimiento y conservación y no presentaba modificaciones.

Agrega que también se informó que se realizaron dos disparos de prueba y funcionó para la ejecución de disparos en simple y doble acción, los cartuchos 32 no poseían picado de percusión ni signos de humedad y/u oxidación y presentaban buenas condiciones externas.

Cuestiona también la omisión de valorar el informe de ANMAC de fs. 31 en el que constaba que el acusado no estaba inscripto como legítimo usuario del arma secuestrada.

Advierte que el juzgador no ponderó el testimonio del Oficial Claudio González quien manifestó en la audiencia que el arma hallada debajo de una baldosa envuelta en un paño, «estaba limpia, no estaba oxidada, que estaba en buenas condiciones de mantenimiento, como está ahora en este momento».

Expone que se omitió meritarse el testimonio del Oficial Videla, quien confeccionó el informe de Policía Científica y manifestó en el debate que «el arma encontrada estaba en buenas condiciones de mantenimiento y que funciona para la ejecución de disparos».

Por último, expresa que, si bien en el presente caso el arma de fuego es antigua y estaba debajo de una baldosa, lo cierto es que se encontraba suelta y en perfecto mantenimiento, envuelta en un paño rojo para su preservación, y con munición en sus alveolos y otras municiones en una bolsa de nylon.

A partir de la afirmación reseñada, esgrime que el delito de tenencia ilegítima de arma de fuego se consuma con la simple tenencia del arma sin la debida autorización legal, porque es un delito de peligro que no necesita la producción de un mal a persona alguna u objeto.

Finalmente, solicita reserva del recurso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General mantiene el recurso de casación interpuesto por el Fiscal de la Primera Fiscalía de Instrucción de la Unidad Fiscal del Valle de Uco, contra la sentencia nº 1.237 mencionada.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Puesto a resolver el recurso interpuesto por el Ministerio Público Fiscal considero, en razón de los argumentos que a continuación se exponen, que corresponde hacer lugar a la impugnación.

Ante todo y previo a adentrarme en la revisión de la sentencia impugnada, debo aclarar que en la audiencia de debate se resolvieron dos causas acumuladas en las que el acusado es Luis Mario Jofré y la denunciante es su ex pareja Georgina Sánchez Bruno.

De ahí que en la causa P-13.234/20 a Jofré se lo acusó, y el juez de la instancia previa lo absolvió, por un hecho que fuera calificado legalmente como amenazas simples en contexto de género.

De igual manera, también se lo absolvió en la causa P-13.432/20 por un hecho calificado como tenencia ilegal de arma de fuego de uso civil.

De las constancias de la causa surge la estrecha vinculación entre los hechos denunciados, en razón de que el arma de fuego secuestrada en el allanamiento ordenado en el domicilio del acusado ubicado en Barrio Jardín, manzana A, casa 6 de Tunuyán –y que motiva la acusación en la sentencia casada– fue denunciada por su ex pareja en los autos nº P-13.234/20 (ver registro audiovisual de fecha 12 de marzo de 2021, a partir del minuto 06:20).

El recurso del Ministerio Público Fiscal se circunscribe a la absolución en la segunda de las causas reseñadas.

Así pues, la denunciante G.S. manifestó en la audiencia que conocía al acusado hacía once años, de cuya relación nació una hija que a la fecha del debate tenía ocho años de edad, convivió en el domicilio de Jofré durante dos meses y el resto del tiempo en forma discontinua, y lo denunció después de una fuerte discusión en la que ambos se pelearon e insultaron.

Al ser interrogada en ambas causas en la audiencia respondió que, por el tiempo transcurrido desde la fecha de la denuncia, no recordaba las palabras con las que se insultaron, ni que Jofré le había dicho que le iba a pegar un tiro, ni sobre las características del arma de fuego que denunció, pero admitió que si estaba en la denuncia debía haber sido así (ver registro audiovisual de fecha 12 de marzo de 2021, a partir del minuto 18).

Vale destacar, por la estrecha relación existente entre ambas causas –y dentro del alcance de la aplicación del principio de reformatio in peius interpretado a la luz de los estándares internacionales con enfoque de géneros– que después que declaró G.S. como denunciante en la causa P-13.234 /20, sin más pruebas y con breves alegatos de las partes el juez dictó sentencia absolutoria, e inmediatamente se procedió a incorporar nuevamente a la audiencia virtual a G.S. en la causa P-13.432/20, sin informársele de la sentencia recaída en la anterior causa en la que fue denunciante, y a pesar de no haber estado acompañada, asesorada ni representada por abogada/o especializado/a en materia de género conforme la normativa vigente y el hecho denunciado (art. 3 inciso g), art. 10 inciso c) y art. 25 de la ley 26.485; art. 30 de la ley 8.008; art. 3 de la ley 8.653/2014).

Aunado a ello, del registro audiovisual de la audiencia puede observarse que mientras G.S. declaró por modalidad virtual, el acusado estuvo presente en la sala con su imagen en primer plano junto a su defensora oficial y el juez, mientras que la imagen del fiscal se aprecia en segundo plano.

La disposición visual descrita condiciona el escenario judicial –sobre todo virtual– en el que mujeres deben declarar sin patrocinio especializado sobre hechos de violencias en contexto de género denunciados contra sus parejas o ex parejas, en los que incluso no se aplica –como en el presente caso– el art. 108 del CPP conjuntamente con estándares internacionales en la materia –art. 7 de la Convención de Belém do Pará, art. 2 de la Convención para la Eliminación de todas Formas de Discriminación contra la Mujer, Recomendación General n° 33 de la CEDAW, entre otras– (ver registro audiovisual citado, a partir del minuto 26:20).

De modo entonces, y como he señalado en **«González Sosa»**, «[n]o debe tampoco soslayarse la posición de desventaja procesal para el ejercicio real de sus derechos humanos, en que pueden estar posicionadas mujeres denunciantes de hechos de violencias de pareja encuadrables en delitos penales, que prestan declaración sin el patrocinio letrado de profesionales del derecho especializados/as en perspectiva de género [...]. Estas circunstancias influyen en el ánimo, las emociones y el recuerdo de detalles de mujeres denunciantes al momento de rememorar y poder explicar los hechos de violencias, sobre todo cuando tienen hijos e hijas de corta edad y en común con el acusado que ha sido privado de libertad».

Asimismo, he afirmado en otros pronunciamientos anteriores –**«Galdeano Reyes»**, **«Merlo Lassa»**, **«Basualdo Reyes»**, **entre otros**– que la jurisprudencia en el sistema interamericano de protección de derechos humanos y a nivel nacional, ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática, especialmente relacionada a la ponderación del testimonio de la víctima (cfr. Corte IDH, Caso del penal «Castro Castro vs. Perú». Fondo, Reparación y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N° 160; Corte IDH, **Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216; Caso «Fernández Ortega y otro vs. México». Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215; y C.S.J.N. in re «Leiva, María Cecilia», entre otros).**

Expresamente en el **caso «Galdeano Reyes»** he destacado la importancia de un abordaje interdisciplinario de hechos de violencias en contexto de género, por tratarse de una problemática compleja que requiere además de conocimientos jurídicos, ponderar los patrones socioculturales y estereotipos de género que subyacen en el fenómeno de violencia por razones de género para aportar también desde el Derecho soluciones que contribuyan a erradicarla en pos de la igualdad de género.

También sostuve en los **precedentes «Alaniz Pineira» y «De Miguel Tortosa»** que operadores y operadoras del derecho, «[...] tanto en la recaudación de elementos probatorios como al momento de valorarlos, deben orientar también su labor a detectar las circunstancias estructurales que perpetúan la violencia estructural contra las mujeres con el fin de imprimir en su análisis una perspectiva de género.

Para ello resulta necesario que el juzgador[a] comprenda el concepto de género y su necesaria implicancia al momento de valorar la prueba.

Este entendimiento resulta necesario para comprender las distintas convenciones y leyes que garantizan los derechos de las mujeres cuando son víctimas de violencia en sus diversas formas, y que deben ser comprendidas por todos[as] los[as] operadores[as] del derecho para su efectiva aplicación».

En los precedentes mencionados he dicho que el concepto de género –con cita Alda Facio y Lorena Frías– «[...] alude, tanto al conjunto de características y comportamientos, como a los roles, funciones y

valoraciones impuestas dicotómicamente a cada sexo a través de procesos de socialización, mantenidos y reforzados por la ideología e instituciones patriarcales».

En los precedentes jurisprudenciales citados, también he referido que en el ámbito nacional, la ley 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar las violencias contra mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, «[...] establece criterios amplios en la interpretación de las pruebas, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para juzgadores y juzgadoras de valorar las pruebas con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática y análisis de las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrollan los hechos de violencias».

De ahí que el art. 16 de la citada normativa establece la garantía que la investigación se realice bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos «[...] teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos», y el art. 31 conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes.

Además, según la jurisprudencia de esta Sala Segunda recaída en el caso **«Cruz Caporiccio»**, se afirmó que «[e]n un contexto de violencia de género, resulta imperioso para la defensa de los derechos de las mujeres considerar todos los antecedentes de violencia previos al evento que finalmente es puesto en conocimiento de las autoridades y que conforman el ciclo de violencia.

Ello permite explicar satisfactoriamente las posibles inconsistencias o contradicciones en el relato de la víctima y, aún, su retracción o desistimiento de la denuncia, como así también, el tiempo transcurrido hasta que formaliza la denuncia, entre otras conductas que el referido ciclo genera en la personalidad de las mujeres en situación de violencia» (LS. 573-114).

Aplicada la normativa y jurisprudencia reseñada, advierto de las constancias de autos que existió un estado de alarma y de temor en G.S. que motivó la denuncia realizada en fecha 11 de febrero de 2020 –a partir de la cual se ordenó el secuestro del arma de fuego en el domicilio de Jofré, ver fs. 5 y 6 Expte. P-13.432/20–, y en cuya oportunidad G.S. también manifestó que sufrió por parte de Jofré hechos anteriores de violencias que denunció en la Comisaría 15 y otros hechos que no denunció –ver fs. 1/2 vta. Expte. P-13.234/20–.

También solicitó una medida de prohibición de acercamiento el mismo día en el Juzgado de Familia y le fue denegada por el Juez Godoy, al no «presentar prueba alguna, ni lesiones visibles», ocasión en que se dejó constancia que expuso: «que está asustada y tiene mucho miedo, por las amenazas recibidas las que fueron denunciadas» (ver declaración testimonial de fecha 11 de febrero de 2020, Expte. n° P-13.234/20). Ahora bien, el testigo Matías Gómez, funcionario de la Policía de Mendoza, manifestó en la audiencia que si bien no participó en el allanamiento efectuado en el domicilio del acusado –porque no pertenecía a la unidad investigativa y estaba solo en la dependencia de la Comisaría 15 como oficial de servicio–, tomó conocimiento que «el allanamiento fue por el motivo de buscar un arma que la denunciante había dado características y posibles lugares en que se encontraría, con características que la denunciante había aportado en la denuncia» y que el allanamiento fue positivo» (registro audiovisual de fecha 12 de marzo de 2021, a partir del minuto 56:40).

En coincidencia con Gómez declaró la testigo Natalia Lorena Ceballes Gatica, Oficial Mayor de la Policía de Mendoza, cuando señaló que el allanamiento se realizó a raíz de una denuncia por amenazas realizada

por la ex pareja del acusado en la que informó que tendría un arma de fuego (ver registro citado a partir de la hora 1:02:05).

Asimismo, en la audiencia se incorporaron las siguientes pruebas correspondientes al Expte. P-13.432/20: acta de procedimiento de fs. 2, copia del allanamiento de fs. 6, acta de secuestro fs. 9/41, fotografías del arma de fs. 10, informe de Policía Científica de fs. 29/30, informe de ANMAT de fs. 31, secuestro de un arma de fuego marca COLT 32 mm, testimoniales de Matías Gómez Rensi, Cristian González, Lucas Valdivia, Natalia Ceballes y de Georgina Sánchez (ver registro audiovisual de fecha 29 de marzo de 2021, a partir del minuto 01:25).

Por su parte, el acusado declaró en la audiencia que vivía en el barrio aproximadamente desde hacía 15 o 20 años, que su padre lo ayudó con el cambio de casa y estuvo un tiempito, que ese arma era de él, y le dijo a su padre que la guardara en la oficina de la casa en un sitio que él le indicó para que sus hijos que eran chicos no la encontrarán.

Agregó que su padre le preguntó en qué lugar y le dijo que la pusiera en una oficinita de la casa, y que para que sus hijos no llegaran a ese lugar le puso un armario arriba y ahí quedó el arma, se olvidó que había quedado allí y nunca más se corrió el mueble, cuando la policía la sacó se asombró al verla, se la hicieron ver y vio que estaba muy oxidada, y sin ningún cuidado (ver registro audiovisual de fecha 23 de marzo de 2021, a partir del minuto 03:57 a 08:05).

Sin embargo, el testigo Claudio González Silva, oficial de la Policía de Mendoza, manifestó que en el allanamiento encontraron un revólver envuelto en un paño y oculto en el piso, debajo de un cerámico, debajo de un armario, el arma estaba limpia y no estaba oxidada (ver registro audiovisual de fecha 23 de marzo de 2021, a partir minuto 33:01).

En concordancia, declaró el testigo Lucas Jesús Valdivia, oficial inspector de la Policía de Mendoza, que en un sector del inmueble que funcionaba como una oficina, al correr un mueble pesado vieron un dinero y un arma de fuego que estaba debajo de todo en la caja, no estaba oxidada estaba con polvillo, la cerámica estaba despegada (ver registro citado, a partir del minuto 49:40).

En similar sentido, el testigo Martín Videla, auxiliar mayor de la Policía de Mendoza, explicó que las condiciones del arma secuestrada eran buenas, estaba bien cuidada, era antigua y tenía una buena conservación pero que no podía saber en qué tiempo se fabricó, que por la forma del arma podía ser antigua (ver registro citado, a partir hora 1:05:30).

De acuerdo con las pruebas referidas e incorporadas a la audiencia, surge que el arma de fuego de uso civil secuestrada: 1) fue hallada en el domicilio del acusado Jofré a raíz de la denuncia por amenazas que efectuó su ex pareja Sra. Georgina Sánchez en la que brindó características del arma de fuego y lugar donde podría estar guardada; 2) fue colocada en una oficina del domicilio de Jofré porque se lo pidió a su padre para que no estuviera al alcance de sus hijos; 3) no estaba oxidada ni herrumbada, estaba limpia, bien cuidada y conservada (testimonios de González, Valdivia y Videla); 4) fue encontrada durante el allanamiento en la oficina donde el acusado le pidió a su padre que la guardara, posee características que G.S. denunció, y fue hallada cubierta con un paño con 32 municiones debajo de un cerámico que estaba suelto, y encima había un mueble (testimoniales de González y Valdivia, corroborados por declaración de Ceballes y Gómez).

De modo entonces que el acusado admitió espontáneamente en la audiencia que fue él mismo quien le dijo a su padre que guardara el arma en la oficina de su domicilio para no ser vista por sus hijos, lugar donde fue encontrada durante el allanamiento.

Asimismo, los dichos del acusado en cuanto el arma de fuego estaba oxidada fueron desvirtuados –como afirma el juzgador– con las testimoniales de Valdivia y Videla en cuanto el arma no estaba herrumbrosa ni oxidada, sino que fue hallada limpia, bien conservada y envuelta en un paño en la oficina del domicilio del acusado (ver en fundamentos de la sentencia, valoración de la prueba, párrafo cuarto).

Luego, las circunstancias de haberse encontrado con polvillo, tratarse de un arma antigua o vieja y ubicada debajo de un cerámico suelto debajo de un mueble, deben meritarse en forma integrada y coherente con el resto de las pruebas mencionadas, porque hacen referencia a situaciones secundarias que no desvirtúan los aspectos relevantes de las pruebas testimoniales e instrumentales recibidas en la audiencia. De consiguiente, entiendo que le asiste razón al recurrente cuando cuestiona que el juzgador omitió valorar dentro de la sana crítica –y agrego– con perspectiva de género y en forma integrada, las pruebas testimoniales recibidas en la audiencia y las instrumentales incorporadas a la audiencia de debate, teniendo en cuenta el contexto de género en el que su ex pareja mencionó características del arma de fuego en la denuncia a partir de la cual se ordenó el allanamiento y secuestro en las presentes actuaciones. Por lo tanto, considero que corresponde hacer lugar al recurso de casación planteado, y en consecuencia, anular parcialmente la sentencia cuestionada al no haberse valorado debidamente, dentro de la sana crítica racional y con perspectiva de género, las pruebas recibidas en la audiencia y vinculadas con los autos P- 13.432/20. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere. Ampliatorio

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, POR SU VOTO, DIJO: Puestos en consideración los motivos de agravio expuestos por el recurrente, estimo que debe hacerse lugar al recurso de casación intentado.

Ello, con el alcance, y por los motivos, que serán desarrollados a continuación.

En forma preliminar, debo señalar que la competencia de este Tribunal en materia de revisión casatoria resulta limitada, en principio, por los agravios expresados por el recurrente al canalizar su voluntad recursiva.

Esto por cuanto, salvo cuando se trate de supuestos donde se aprecien en esta instancia extraordinaria **violaciones a garantías constitucionales**, lo cierto es que, en función de la lógica adversarial que caracteriza nuestro modelo de enjuiciamiento penal local, no es posible que este cuerpo prescinda y no brinde una acabada respuesta a todos y cada uno de los reales y efectivos motivos de impugnación que han sido invocados por aquella parte que se considera agraviada por la decisión adoptada (ver, **en lo pertinente, «Acuña»**).

En ese sentido, constituye un deber del impugnante interponer ante el mismo órgano jurisdiccional que dictó la resolución impugnada el escrito recursivo correspondiente, en el cual deberá indicar, separadamente, cada uno de los motivos que sustentan su pretensión impugnativa, con indicación expresa de las disposiciones legales que se consideren violadas o erróneamente aplicadas, así como la aplicación que se pretende (art. 480 del CPP).

De tal modo, siendo éstos los únicos cuestionamientos que habilitan y limitan la etapa extraordinaria de revisión –dado que es el acto de interposición del recurso la única instancia en la que resulta posible indicar agravios casatorios– y, por ende, los que deben contar con una razonada respuesta de parte de quienes tenemos, dentro de esos límites materiales de competencia, la facultad y el deber legal de resolver en el caso concreto, no constituye labor de este Cuerpo superar esos márgenes de la impugnación.

Sea supliendo errores u omisiones, sea mejorando los recursos presentados en forma deficiente, sea, en definitiva, sometiendo a consideración y resolución aspectos de la decisión recurrida que no han sido materia de impugnación por la parte que ostenta el legítimo interés en su revisión (art. 449 del CPP).

La naturaleza excepcional y restrictiva de esta instancia extraordinaria es la que impide –salvo supuestos excepcionales– una actuación extra petita por parte del Tribunal revisor.

Esa es la inteligencia que, al respecto, prevé el rito penal, al referir que «[e]l recurso atribuirá al Tribunal de Alzada el conocimiento del proceso sólo en cuanto a los puntos de la resolución a que se refieran los agravios» (art. 462, párr. 1° del CPP).

Más allá de ese límite, el tribunal procedería de oficio, sustituyendo indebidamente la voluntad del recurrente.

La única posibilidad que, abierto el recurso, este Tribunal puede examinar la resolución impugnada respecto de un agravio que no se planteó o, en su caso, sobre el cual se denegó el recurso, ocurre cuando la materia de aquel corresponde al ámbito de las **nulidades absolutas** mencionadas en el art. 198, incisos 1 a 3 del CPP, en cuanto impliquen violación de normas constitucionales, o cuando así se establezca expresamente, conforme lo previsto en el art. 199, párr. 3° del CPP.

Ello, por cuanto se **trata de nulidades** que, por expreso imperativo legal, por la trascendencia a las garantías y principios que hacen al debido proceso legal y el derecho de defensa en juicio, deben ser declaradas, aun de oficio, en cualquier estado y grado del proceso.

A todo ello, por resultar relevante a la solución que propicio, vale señalar que esa delimitación en el ejercicio de la competencia del tribunal de revisión al tratamiento de los puntos que fueron mencionados como generadores del agravio, también se justifica desde el **respeto irrestricto al principio de la prohibición de la reformatio in peius**, esto es, la imposibilidad de adoptar una decisión sobre un recurso de manera tal de agravar la situación del acusado, cuya recepción procesal se encuentra en el art. 462, párr. 3° del CPP.

Si bien no escapa que el recurso de casación bajo examen no ha sido interpuesto por el acusado o en su interés, lo cierto es que dadas las particulares circunstancias que se presentan en el caso de autos, si este tribunal extendiera ilegítimamente su competencia, revisando y modificando una resolución sobre la base del análisis de aspectos de la sentencia que no han sido cuestionados por la parte recurrente –representante del Ministerio Público Fiscal–, cabe la posibilidad de que se adopte una resolución en esta etapa extraordinaria que vulnere aquella prohibición.

Nótese que las particulares circunstancias que presenta el caso, conforme la reseña que se efectuara en el voto preopinante, dan cuenta que el órgano de la acusación sólo impugnó la pieza atacada en cuanto decide **absolver** al acusado del delito de tenencia ilegítima de arma de fuego de uso civil, que se le atribuyó en el marco de los autos n° P-13.432/20.

No así sobre el punto del resolutivo donde se absuelve al acusado del delito de **amenazas** simples en contexto de violencia de género, que le fuera enrostrado en la causa n° P-13.234/20.

Esta estrategia recursiva se observa ajustada a los actos propios del recurrente, dado que la absolución del segundo de estos delitos fue dispuesta por el tribunal de la instancia previa por la **falta de acusación** fiscal respecto de este comportamiento delictivo en particular.

De tal modo, resultaría del todo incongruente que si la acusación fiscal, titular de la acción penal por tratarse el delito de amenazas de un delito de acción pública perseguible de oficio, consideró oportunamente que no habían elementos de convicción suficientes como para acreditar con el grado de certeza positiva que reclama el dictado de una sentencia de condena la responsabilidad de Jofré por el

mismo, y así lo expresó al no concretar la acusación al respecto, como también, al no cuestionar la decisión jurisdiccional adoptada en su consecuencia, sea este Cuerpo quien se pronuncie en forma contraria a los intereses del recurrente.

En términos más claros, no podría este Cuerpo torcer la voluntad manifiesta expresada por el representante fiscal quien, en sus alegatos de clausura del debate oral, no acusó por el delito enrostrado al acusado en la causa n° P-13.234/20 y, consecuentemente con ello, no cuestionó en esta instancia extraordinaria la absolución dictada al respecto en la sentencia bajo revisión.

Efectuadas esas aclaraciones preliminares, debo señalar que le asiste razón al recurrente cuando considera que la decisión adoptada en la sentencia impugnada resulta arbitraria, por valoración de la prueba en forma fragmentaria y aislada, en tanto absuelve al acusado respecto del delito de tenencia ilegítima de arma de fuego de uso civil, previsto y penado por el art. 189 bis, inc. 2, primer supuesto del CP, en el marco de la causa n° P-13.234/20 por la duda.

Advierto en este punto que el tribunal de juicio ha incurrido en omisiones y falencias respecto de la verificación de hechos conducentes para la decisión del litigio, en especial cuando **prescindió de una visión de conjunto** y de la necesaria correlación entre la prueba testimonial e informativa producida y debidamente incorporada a la causa.

A los fines de no ingresar en un análisis sobreabundante, comparto en este sentido el desarrollo argumentativo que determinó, en el voto preopinante, las siguientes conclusiones respecto del arma de fuego de uso civil que fuera secuestrada en el domicilio del acusado.

Esto es, que ese arma de fuego: a) fue hallada en el domicilio del acusado Jofré –en una oficina donde el acusado le pidió a su padre que la guardara– a raíz de la denuncia por amenazas que efectuó su ex pareja G.S. en la que brindó las características del arma de fuego y el lugar donde podría estar guardada; 2) fue colocada en una oficina del domicilio de Jofré porque se lo pidió a su padre para que no estuviera al alcance de sus hijos; 3) no estaba oxidada ni herrumbrada, estaba limpia, bien cuidada y conservada (testimonios de González, Valdivia y Videla); 4) posee características que G.S. denunció, y fue hallada cubierta con un paño con 32 municiones debajo de un cerámico que estaba suelto y encima había un mueble (testimoniales de González y Valdivia, corroborados por declaración de Ceballes y Gómez).

A lo que agrego un dato relevante que surge de la declaración testimonial del funcionario policial que intervino en el allanamiento en cuestión.

Me refiero a que Claudio González, quien reveló que, al momento en que encontró el arma, se la exhibieron al acusado, y éste no se mostró sorprendido de su hallazgo, sino que espontáneamente aseguró que la tenía para «defensa personal».

Información que, incluso, se contradice con la hipótesis defensiva, especialmente en lo que tiene que ver con la supuesta falta de conocimiento de la existencia de ese arma.

Estas conclusiones resultan del material probatorio que acompañó los autos de referencia, cuya incorrecta y omisiva valoración determinó que el juez, pese a su contundencia, respaldara su decisión absolutoria casi exclusivamente en la versión exculpatoria que ofreciera el acusado en legítimo ejercicio de su derecho de defensa material.

En particular, al considerar que la existencia de polvillo en el arma secuestrada, sumado al lugar donde fue hallada, y a los argumentos vertidos por Jofré, determinaban una duda insuperable si el acusado tenía conocimiento que dicho objeto estaba dentro de su ámbito de autodeterminación para la utilización del mismos, así como de su deber de registración (v. fundamentos, pág. 4).

Por todo lo expuesto, estimo debe hacerse lugar al recurso de casación promovido por el representante del Ministerio Público Fiscal. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso de casación formulado en autos por el representante del Ministerio Público Fiscal, y en consecuencia, **anular parcialmente la sentencia nº 1.237** en sus resolutive 2 y 5, los resolutive 3 y 4 sólo con respecto a los autos P- 13.432/20, así como también sus fundamentos relacionados al análisis de los hechos investigados en los mismos.

De acuerdo con lo resuelto, deberán remitirse las actuaciones al Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Cuarta Circunscripción Judicial a fin de que la OGAP, en función de lo aquí dispuesto (art. 486 del CPP), siga el trámite de ley a fin de que se realice un nuevo debate y se dicte un nuevo pronunciamiento sólo respecto de la causa nº P-13.432/20. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal y anular parcialmente la sentencia nº 1.237 en sus resolutive 2 y 5, y los resolutive 3 y 4 sólo con respecto a los autos P-13.432/20, así como también sus fundamentos relacionados al análisis de los hechos investigados en los mismos.
- 2.- Remitir los presentes obrados al Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Cuarta Circunscripción Judicial a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la realización de un nuevo debate, sólo respecto de la causa nº P-13.432/20.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 11 de noviembre de 2022.-

11- ROSALES CHACON. 11-11-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	-	-	AFC	-	-	-	A	-	-	-	-	SJP	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=973>

Lex: Art. 189 Bis, inc. 2°, 1° párrafo del CP. Art. 26 inc. 3 y 30 del CPP.

Vox: SJP. Tenencia. Arma de fuego de uso civil.

Summa:

El JPC hizo lugar a la suspensión del juicio a prueba solicitada a favor de Johana Rosales, por el término de un año y seis meses.

EL MPF interpone recurso de casación (Art. 474 CPP).

El Procurador General mantiene el recurso interpuesto por la Fiscalía.

La SCJM resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el MPF y revocar el auto del JPC N° 1-1° CJ, que concedió la suspensión del juicio a prueba en favor de la nombrada, remitiendo los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Resolución cuestionada: Auto pronunciado para fecha 29-04-22, por el JPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- «Lemos Guerrero»
- «Estrella»
- «Luna Amaya»
- «Ramos Sevilla»

Precedentes relacionados

I-SJP. Art. 76 Bis CP. Art. 30 CPP

- Bustos Baldor. 02-03-10: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Condori. 15-06-16. VG: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Bernales Bargas. 28-12-16: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Ayala Gil. 17-05-17: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Moreno Frías. 01-12-17: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=904>
- Crescitelli Flieger. 14-12-17: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Lemos Guerrero. 28-11-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=906>
- Ramos Sevilla. 04-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=27>
- Romero Díaz. 15-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=177>
- Torcetta Sanjurjo. 19-12-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=262>
- «Rivero Oro». 22-05-20. VG. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=315>
- Castro. 03-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=771>
- Vulcano. 22-03-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=981>
- Castillo Ordoñez. 11-05-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=895>
- Reyes Lara. 17-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=865>
- García Manca. 17-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=866>

- Martínez Fernández. 26-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=895>
- Guajardo. 22-09-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=896>
- Rosales Chacón. 11-11-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=973>

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Palermo. (Licencia).

Fallo.

CUIJ: 13-06875986-7() FC/ ROSALES CHACON JOANA ANABEL P/ TENENCIA ILEGAL DE ARMA DE FUEGO P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106124855*

En Mendoza, a los once días del mes de noviembre del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06875986-7 caratulada "F. c/ ROSALES CHACON JOHANA ANABEL P/ TENENCIA ILEGAL DE ARMA DE FUEGO P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO.

El Fiscal Titular de la Fiscalía de Instrucción N° 38 de la Unidad Fiscal de Delitos No Especializados interpone recurso de casación contra la resolución dictada por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial en tanto hizo lugar a la suspensión del juicio a prueba solicitada a favor de Johana Anabel Rosales Chacón, por el término de un año y seis meses, en los autos P-69.881/21.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La jueza de instancia anterior hizo lugar al beneficio procesal solicitado por la defensa de Johana Anabel Rosales Chacón bajo el entendimiento de que concurrían todos los requisitos legales de procedencia.

En primer lugar, respecto al momento procesal para solicitar la suspensión del juicio a prueba señaló que el art. 30 del CPP especifica que se puede solicitar hasta la citación a juicio, que en el caso del procedimiento de flagrancia se configuraba en la audiencia de detención y acuerdos en la que se encontraban.

En segundo lugar, y con especial consideración de los principios de mínima intervención del Derecho penal, **ultima ratio y pro homine**, consideró que se encontraban acreditados todos los requisitos objetivos para la procedencia del instituto procesal solicitado.

En relación con el dictamen fiscal negativo, sostuvo que carecía de motivación suficiente para ser considerado vinculante en virtud de que agregaba requisitos no establecidos en la ley por introducir requisitos que no están establecidos legalmente.

Aseveró que el órgano legislativo es el único encargado para establecer los presupuestos bajo los cuales se puede conceder la suspensión del juicio a prueba.

En consecuencia, otorgó la suspensión del juicio a prueba a favor de Rosales Chacón por el término de un año y seis meses e impuso reglas de conducta.

2.- Recurso de casación

El representante del Ministerio Público Fiscal interpone recurso de casación contra la resolución que concede el beneficio de la **suspensión del juicio a prueba** de conformidad con los arts. 474 inc. 2 del CPP. Entiende que el resolutivo impugnado resulta violatorio de normas que el código de rito establece bajo sanción de inadmisibilidad, caducidad o nulidad.

Destaca así que se han vulnerado las disposiciones previstas en el art. 30 del CPP, por haberse otorgado el instituto procesal sin tener presente la negativa fundada manifestada por ese Ministerio Público Fiscal en la audiencia correspondiente.

En este sentido destaca que **ese órgano acusador no consintió la procedencia del beneficio procesal** por considerar que no era conveniente de acuerdo a las circunstancias específicas del caso investigado en autos.

Critica que la jueza de instancia anterior excedió el control de razonabilidad propio de su función en tanto desestimó el juicio de oportunidad y conveniencia que por ley se encuentra conferido al Ministerio Público Fiscal.

Asevera que el juicio de conveniencia debe obedecer a razones de política de persecución penal, la que es delineada por el Procurador General en cumplimiento de las facultades establecidas por ley provincial 8.008.

Además, hace hincapié que la jurisprudencia de este Máximo Tribunal le asigna valor vinculante al dictamen fiscal sólo si se encuentra debidamente motivado. Señala que en casos como el de autos, en los que el delito protege el **bien jurídico «seguridad pública»**, la valoración por parte del representante del Ministerio Público Fiscal adquiere mayor relevancia.

En particular por la creciente comisión de hechos ilícitos realizados con armas de fuego y la vulneración que ello implica para la **paz y la tranquilidad social**.

Destaca que resulta necesario para el Estado conocer la cantidad de armas de fuego existentes y quiénes son las personas que las poseen o detentan.

En este sentido, y teniendo presente las circunstancias de caso, entiende pertinente rechazar el consentimiento fiscal y resolver la situación procesal de la acusada en un debate oral.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, al momento de dictaminar, mantiene el recurso interpuesto por el Fiscal Titular de la Fiscalía N° 38 y remite a sus argumentos en honor a la brevedad.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Puesto a resolver el caso traído a estudio, adelanto que corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal por las razones que a continuación se exponen.

Del análisis del planteo recursivo y el dictamen emitido durante la audiencia del día 29 de abril de 2022 por el Ministerio Público Fiscal, advierto que la resolución pronunciada por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción ha concedido la suspensión solicitada a partir de fundamentos erróneos, motivo por el cual corresponde hacer lugar a la impugnación.

Según puede apreciarse del registro audiovisual de la audiencia desarrollada, la jueza de la instancia anterior otorgó la suspensión del juicio a prueba bajo el entendimiento de que la oposición fiscal se apartó de los criterios establecidos en relación con la procedencia del instituto en supuestos de delitos que tengan prevista la aplicación de la pena de inhabilitación.

Sin embargo, del estudio de las constancias audiovisuales de la audiencia en cuestión surge que el Fiscal de Instrucción expuso su juicio de inconveniencia para la procedencia del instituto procesal como titular de la acción pública penal.

En este sentido, comenzó analizando que el delito atribuido protege un bien jurídico de alcance social y que, por ello, su afectación produce gran alarma social.

A ello agregó las razones vinculadas a las circunstancias específicas de los hechos investigados en las presentes actuaciones.

Así, hizo hincapié en que la acusada manipuló el arma de fuego antes de que se llevara adelante el allanamiento en la vivienda, la escondió entre sus ropas y se le cayó delante de personal policial mientras era entrevistada.

Entendió que el peligro abstracto de poseer ilegalmente un arma de fuego pasó a ser de peligro concreto y que podría haber ocasionado daños tanto al personal policial, al testigo, como a sí misma o a su consorte procesal.

Destacó también el intento de la acusada de esconder las municiones dentro de su habitación.

El agente fiscal afirmó que por lo prematuro del momento procesal en el que se encontraban, precisaba de la producción de prueba en el debate oral a los fines de poder valorar si se encontraban las condiciones para otorgar la suspensión del juicio a prueba.

Es decir, el Ministerio Público Fiscal entendió que las condiciones en que se desarrolló el hecho y, en particular, la afectación social que produce la tenencia de armas de fuego eran las razones que justificaban denegar su consentimiento para el otorgamiento de la suspensión del juicio a prueba.

De este modo, la posición fiscal se fundamenta en un criterio de política criminal respecto a la tenencia de armas de fuego de forma ilegal y en las circunstancias específicas del hecho investigado, argumentos que constituyen, a mi entender, motivación bastante para sustentar su posición a los efectos requeridos por la norma procesal.

Así, en tanto la vista conferida al Ministerio Público Fiscal fue evacuada conforme a derecho (**art. 167 del CPP**) y en contra de la concesión de la suspensión solicitada, **no correspondía su otorgamiento.**

En consecuencia, estimo que existen vicios en el razonamiento de la decisión que se recurre en esta instancia, de modo que no satisface los requisitos de motivación contenidos en el art. 155 del CPP, lo que la torna arbitraria.

Por estas razones, corresponde hacer lugar al recurso de casación planteado por el representante del Ministerio Público Fiscal. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, POR SU VOTO, DIJO: Adhiero a la solución propuesta en el voto preopinante, haciendo saber que, conforme al criterio que sustentó y que he señalado en otras oportunidades, la actuación de la ley por parte del representante del Ministerio Público Fiscal es la regla en materia procesal e implica su promoción y ejercicio obligatorio, mientras que la excepción es la procedencia de criterios de oportunidad (**ver al respecto, «Lemos Guerrero», «Estrella», «Luna Amaya», y recientemente «Ramos Sevilla», entre otros**).

A mi entender, el agente fiscal debe fundamentar su dictamen solamente cuando se aparta de esta regla consistente en la persecución penal, para otorgar el consentimiento para la aplicación del beneficio solicitado —en este caso, suspensión del juicio a prueba—.

En razón de ello considero que la resolución cuestionada carece de la debida fundamentación, por lo que resulta procedente el recurso interpuesto. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso formulado en autos, y revocar el auto del Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial, de fecha 29 de abril de 2022, que concedió la suspensión del juicio

a prueba en favor de Johana Anabel Rosales Chacón, y remitir las actuaciones al tribunal de origen a fin de que continúe según su estado. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el Dr. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia

RESUELVE:

1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal y revocar el auto del Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción, de fecha 29 de abril de 2022, que concedió la suspensión del juicio a prueba en favor de Johana Anabel Rosales Chacón.

2.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 11 de noviembre de 2022.-

12- TEJADA TRIGO. 25-11-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	-	-	AFG	PCC IE	-	-	A	-	-	-	-	-	N	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=947>

Lex: Art. 189 inc. 2°, 4° y 6° párrafo del CP

Vox: Portación. Arma de fuego de guerra. Atenuación.

Summa:

El JPC condenó a Marcelo David Tejada Trigo a la pena de **tres años de prisión de ejecución condicional y seis años de inhabilitación** para la tenencia y portación de arma de fuego como autor penalmente responsable del delito de portación ilegítima de arma de fuego de guerra atenuada (art. 189 bis inc. 2 en función del 6° párrafo del CP).

EL MPF interpone recurso de casación (Art. 474 CPP).

El **Procurador General** mantiene el recurso interpuesto por la Fiscalía.

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el MPF y en consecuencia anular la sentencia y sus fundamentos dictada por el JPC N° 2-1° CJ, remitiendo los presentes obrados al JPC correspondiente, a fin que la OGAP siga el trámite de ley y se emita un nuevo pronunciamiento.

Resolución cuestionada: Sentencia n°6468, pronunciada por el JPC N° 2-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- «Masi»

Precedentes vinculados.

- «Fiordelisi Ruiz Jorge Isidoro». 07-11-18
- «Bustos Tobio Denis Gastón». 03-12-18
- «Gattari» 18-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=799>
- «Masi» 12-11-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=456>
- «Roggerone». 13-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=711>
- «Peralta Calderón». 22-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=804>
- Tejada Trigo. 25-11-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=947>

SCJM. Dres.: **Valerio.** Palermo. (Licencia). Adaro.

Fallo.

CUIJ: 13-05415294-3/1((018502-782039)) FC/ TEJADA TRIGO MARCELO DAVID (782039) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105591614*

En Mendoza, a los veinticinco días del mes de noviembre del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05415294-3/1, caratulada "F. C/ TEJADA TRIGO, MARCELO DAVID P/ PORTACIÓN ILEGAL DE ARMA DE GUERRA S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo, DR. OMAR A. PALERMO y tercero, DR. MARIO D. ADARO.

El representante del Ministerio Público Fiscal interpone recurso de casación (fs. 67/75 vta.) contra la sentencia n° 6.468 (fs. 66 y vta.) y sus fundamentos mediante la cual se condenó a Marcelo David Tejada Trigo a la pena de tres años de prisión de ejecución condicional y seis años de inhabilitación para la tenencia y portación de arma de fuego como autor penalmente responsable del delito de portación ilegítima de arma de fuego de guerra atenuada (art. 189 bis inc. 2 en función del 6° párrafo del CP) que se le atribuye en la causa N° P-782.039/19.

El pronunciamiento fue dictado por el Juzgado Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La sentencia recurrida

El tribunal de juicio tuvo por probado que «[e]l día 17 de diciembre de 2019, siendo aproximadamente las 14:30 hs Tejada Trigo Marcelo David se encontraba en las inmediaciones de calle Dorrego y Lamadrid de Las Heras llevando consigo un arma de fuego tipo tumbera compatible con calibre 12 UAB con un cartucho en su interior, la cual se encuentra catalogada como arma de guerra según la ley de arma y funciona para la ejecución de disparos, y sin poseer la autorización correspondiente para ello por tratarse de un arma de uso prohibido.

En tales circunstancias fue avistado por personal policial, oportunidad en la que los oficiales actuantes lograron la aprehensión inmediata del encartado y el secuestro del arma referida».

Para así decidir el sentenciante valoró, entre los elementos más importantes, las declaraciones testimoniales de Federico Vega y Leandro Mercado, el acta de procedimiento y, los informes de División Balística Forense y del Registro Nacional de Armas. P

or su parte, y en lo que aquí interesa, el juez de la instancia anterior consideró que aquellos hechos encuadraban en las previsiones del art. 189 bis inc. 2 en función del 6° párrafo del CP.

Esto, por considerar que se está frente a una hipótesis de duda respecto a la falta de intención ilícita en la portación por parte de Tejada Trigo. En efecto, consideró que su accionar al momento de la aprehensión fue absolutamente correcta, en tanto dejó el arma cargada en el piso, no opuso resistencia y se comportó de forma educada y colaborativa con personal policial. Asimismo, el sentenciante hizo referencia que se trataba de una zona de alta conflictividad por lo que, según su entender, la portación del arma se encontraba autorizada.

2.- El recurso de casación del representante del Ministerio Público Fiscal

Los motivos de gravio del representante del Ministerio Público Fiscal se enmarcan en las disposiciones del art. 474, inc. 1 del CPP.

Esto, en tanto considera que el resolutivo criticado adolece de vicios in iudicando. Entiende que el tribunal de juicio incurrió en una errónea aplicación de la ley penal sustantiva al calificar la conducta de Tejada Trigo como portación ilegal de arma de guerra atenuada, siendo a su entender que la calificación correcta es portación ilegal de arma de guerra.

Sostiene que el referido delito en su modalidad atenuada causa un gravamen de imposible reparación ulterior a los intereses generales de la sociedad.

Estima que los fundamentos del tribunal para afirmar que no resulta aplicable la figura básica del delito de portación en razón de la improbable finalidad delictiva del autor del hecho resulta errónea.

En efecto, hace referencia que para la procedencia de la figura atenuada (art.189 bis inc. 2, párrafo sexto del CP) debe **existir certeza o duda sobre la falta de intención ilícita** de portar el arma de fuego, lo que se deduce de las condiciones personales del autor y de las circunstancias del hecho, lo que a su entender en el caso concreto no surge que el acusado portara el arma con fines lícitos.

Considera que el sentenciante realizó una valoración arbitraria de las declaraciones testimoniales de las víctimas rendidas durante la instrucción, ante la imposibilidad de haber contado con las mismas durante el desarrollo del debate.

También sostiene que la circunstancia de ser un barrio conflictivo en el que vive el acusado, tal como lo sostuvo el sentenciante, no habilita a ninguna persona a portar un arma de fuego sin autorización. Como así tampoco el hecho de haberse comportado de manera correcta al momento de ser aprehendido, no revela la inexistencia de una finalidad ilícita del acusado.

Entiende que las circunstancias de hecho invocadas por el sentenciante, no permiten subsumir el accionar del acusado bajo las previsiones del tipo atenuado, debiendo, según su entender, quedar reservada ésta figura para los casos en los que se porten armas de fuego en el marco del ejercicio de una causa de justificación o de permiso del orden jurídico en general, lo que en el caso concreto no han sido acreditadas.

Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General mantiene el recurso de casación interpuesto por el Fiscal Titular de la Fiscalía de Instrucción N° 30 de la Unidad Fiscal de Delitos No Especializados, contra la sentencia n° 6468 dictada por el Segundo Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que debe acogerse el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal y, en consecuencia, debe declararse la nulidad de la sentencia recurrida.

Ello, en tanto considero que, el sentenciante ha motivado la resolución adoptada de manera insuficiente, violando así la disposición del art. 416 inc. 4 del CPP.

En efecto, no explicó debidamente en su pronunciamiento la razón por la que se apartó de la figura básica del art. 189 bis inc. 2 del CP, siendo que el acusado portaba sin autorización legal un arma de fuego tipo tumbera que le fue encontrada en condiciones de uso inmediato, con un cartucho en su interior, mientras se trasladaba en la vía pública.

De esta forma, el sentenciante entendió erróneamente que Tejada Trigo podía transitar armado por zonas manifiestas y conocidamente peligrosas, en violación al art. 189 inc. 2 del CP.

En este sentido, en forma coincidente con el representante del Ministerio Público Fiscal, considero que la circunstancia de vivir en un barrio conflictivo no habilita a ninguna persona a portar un arma de fuego sin autorización legal, en tanto son numerosas las personas que viven en barrios donde se generan situaciones de conflictos y no por eso se encuentran armadas ni habilitadas para estarlo.

En efecto, en el **precedente «Masi»** señalé que «[...] quedaría fácticamente derogado el delito de portación de armas en situaciones como la descrita, y sólo vigente la figura atenuada, que fue plasmada por el legislador como **una excepción**, restringida al supuesto que resultare **evidente** la falta de intención de usar las armas con fines ilícitos».

Así, de manera totalmente opuesta a la sostenida por el sentenciante, entiendo que no se encuentra acreditada la falta de intención o voluntad del acusado de portar el arma de fuego con fines ilícitos por el solo hecho de comportarse correctamente al momento de la aprehensión.

Al respecto, la falacia de este argumento surge con claridad, toda vez que la experiencia enseña que no es habitual que una persona transite por la vía pública con un arma de fuego, y menos aún de tipo tumbera, con un cartucho en su interior, sin intención delictiva.

Por lo expuesto, considero que le asiste razón al recurrente al sostener que las circunstancias que justificarían la aplicación de la figura atenuada no aparecen acreditadas en el caso concreto.

En conclusión, entiendo que el sentenciante ha obrado de manera arbitraria, motivo por el que debe anularse la sentencia cuestionada y sus fundamentos, debiendo remitirse la causa al Juzgado Penal Colegiado correspondiente, a fin que la OGAP siga el trámite de ley y se emita un nuevo pronunciamiento. En función de las consideraciones expuestas, cabe dar respuesta positiva a la primera cuestión. ASI VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado al que se llega en el tratamiento de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso de casación promovido por el representante del Ministerio Público Fiscal y en consecuencia anular la sentencia n° 6.468 de fs. 66 y vta. y sus fundamentos dictada por el Segundo Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial. En consecuencia, corresponde remitir los presentes obrados al Juzgado Penal Colegiado correspondiente, a fin que la OGAP siga el trámite de ley y se emita un nuevo pronunciamiento, conforme al resultado aquí arribado. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal y en consecuencia anular la sentencia n° 6.468 de fs. 66 y vta. y sus fundamentos dictada por el Segundo Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Remitir los presentes obrados al Juzgado Penal Colegiado correspondiente, a fin que la OGAP siga el trámite de ley y se emita un nuevo pronunciamiento.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 25 de noviembre de 2022.-

13- LADISLAO GUTIERREZ. 01-12-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	-	-	AFG	-	-	-	A	-	-	-	-	-	N	474 414

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=942>

Lex: Art. 189 Bis, inc. 2°, 4° y 5° párrafo del CP. Art. 147, 2, 414, 474, 221, 201 y 202 del CPP. Art. 43 inc. c) de la ley 9204

Vox: Portación. Arma de fuego de guerra. Nulidad. Testigo de actuación. Requisita sin orden.

Summa:

El **JPC** absolvió a Manuel Ladislao Gutiérrez del delito de portación de arma de guerra sin la debida autorización legal atenuada (art. 189 inc. 2°, párrafo 5° del CP).

EL **MPF** interpone recurso de casación (Art. 474 CPP).

El **Procurador General** mantiene el recurso interpuesto por la Fiscalía.

La **SCJM** resolvió no hacer lugar al recurso interpuesto.

Resolución cuestionada: Sentencia pronunciada por el JPC Nº 2-1° CJ.

SCJM. Dres.: **Valerio**. Adaro. Palermo (Licencia).

Fallo.

CUJ: 13-04820004-9/1((018502-44083)) FC/ LADISLAO GUTIERREZ MANUEL P/ PORTACION ILEGAL DE ARMA DE GUERRA ATENUADA (44083) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104900797*

En Mendoza, el día primero del mes de diciembre del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-0482004-9/1 caratulada "F. C/ GUTIÉRREZ MANUEL LADISLAO P/ PORTACIÓN DE ARMA ATENUADA S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

El Ministerio Público Fiscal interpone recurso de casación contra la resolución absolutoria y sus fundamentos, emitida por el Juzgado Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial, ello en tanto se absuelve a Manuel Ladislao Gutiérrez del delito de portación de arma de guerra sin la debida autorización legal atenuada (art. 189 inc. 2°, párrafo 5° del CP), atribuido en autos n° P-44.083/18.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

La titular de la Sala 3 del Juzgado Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial absolvió a Manuel Ladislao Gutiérrez del delito de portación de arma de guerra atenuada.

Para así resolver en sentido señalado la jueza declaró la nulidad absoluta del acta de procedimiento de fs. 2 y, como consecuencia, absolvió a Manuel Ladislao Gutiérrez del delito de portación ilegal de arma de guerra atenuada.

2.- El recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal

El recurso se articula en función del art. 474 inc. 2 del CPP, por considerar que la resolución cuestionada adolece de suficiente lógica y en tal sentido resulta arbitraria.

Considera que conforme a las normas pertinentes del CPP, específicamente los artículos 222, 221, 336 inc. 4° y el art. 15 de la ley 6722, la policía se encuentra facultada a realizar requisas urgentes; por lo que aprecia que las requisas sin orden no son un comportamiento procesal prohibido a las fuerzas policiales. De tal manera, estima que en el caso concreto existieron circunstancias previas que razonable y objetivamente justificaron la requisita efectuada por el personal policial actuante; medida que se realizó en plena vía pública, sin vulneración de ningún tipo de derechos reconocidos por la Constitución Nacional.

3.- El dictamen del señor Procurador General

A fs.46 el Procurador General contesta la vista conferida y mantiene el recurso interpuesto por el titular de la Fiscalía de Instrucción N° 30 de la Unidad Fiscal de Delitos no especializados.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Por diversos motivos considero que el recurso de casación interpuesto no puede prosperar. Paso a explicarlo.

Entiendo que es la solución que se impone luego de un relevamiento de las constancias del legajo que tengo a la vista.

En este sentido surge del registro audiovisual de la audiencia de juicio directísimo celebrada el 16 de mayo de 2019, que la defensa de Ladislao Gutiérrez planteó como una **excepción de previo y especial pronunciamiento, la nulidad del acta de procedimiento por falta de firma de testigo de actuación y la ilegalidad de la requisa practicada sin orden judicial** para la realización de la misma (fs. 28).

En ese contexto, solicitó la absolución de su asistido.

Así es que, corrida la vista al Ministerio Público Fiscal, éste solicitó el **rechazo de la excepción** interpuesta por entender que la nulidad invocada en relación a la falta de firma del testigo de actuación era **relativa y por ende el planteo devenía extemporáneo** y, en relación al planteo vinculado a la falta de orden judicial para practicar la requisa, invocó jurisprudencia de la Corte Federal y sostuvo que, de acuerdo a las circunstancias existió una **causal de sospecha razonable** que habilitaba la medida y, concluyó afirmando que sería durante el curso del debate oral donde, producida la totalidad de la prueba, sería posible arribar al estado intelectual de duda o certeza, para el dictado de la absolución o la condena respectivamente.

En la audiencia de mención, la jueza de anterior instancia **rechazó el planteo de nulidad** respecto de la falta de firma del testigo de actuación con sustento en el art. 147 del CPP (registro audiovisual, audiencia 16 de mayo de 2019, minuto 16:01 a 17:45).

En tal sentido indicó que, dadas las circunstancias de tiempo, modo y lugar del suceso y teniendo en cuenta la hora del hecho 23:20 horas, el lugar y el mes de año, mayo, es decir el tiempo frío propio de la época hacía razonable según su criterio no hallar testigo civil ajeno a la repartición judicial.

En base a ello, entendió justificada la ausencia de un testigo ajeno a la repartición policial y predicó el carácter relativo de la misma por lo que rechazó el planteo (art. 201 y 202 del CPP).

Sin embargo, la jueza de sentencia acogió el planteamiento de nulidad de la requisa, que en esta instancia recursiva agravia al Ministerio Público Fiscal (ver registro audiovisual, a partir de 17:52 a 19:17 y dictó la absolución de Manuel Ladislao Gutiérrez del delito de portación portación de arma de guerra sin la debida autorización legal atenuada (artículo 189 bis, inc. 2°, párrafo 5° del CP).

En ese sentido y en lo que resulta pertinente, la jueza sostuvo que de acuerdo a las previsiones del art. **336 del CPP** y conforme las circunstancias de la causa **no se encontraba probada la urgencia de la medida**. Señaló la jueza que efectivamente, Ladislao Gutiérrez detuvo el automóvil, no intentó darse a la fuga, por el contrario exhibió la documentación personal y la documentación del rodado solicitada, les dijo que era un subcomisario en situación de retiro, les explicó que había extraviado la placa de dominio trasera.

Es decir en el caso concreto y conforme las circunstancias de la causa, la jueza de sentencia entendió que **no surgía acreditada la necesidad y razonabilidad de la medida practicada sin orden**.

Al ser así declaró la nulidad de la misma y absolvió a Ladislao Gutiérrez.

En el caso concreto, entiendo que las razones esgrimidas por la juzgadora emergen como válidas en tanto tal como se desprende del acta de procedimiento de fs. 2 y vta., los oficiales policiales Auxiliar Martín Echevarría y el oficial inspector Enrique Bracco, se encontraban patrullando por calle Boulogne Sur Mer y Adolfo Calle y en esas circunstancias divisaron un vehículo marca BMW de color gris, dominio FGX-043, sin la placa patente trasera.

Cuando el rodado giró por Jorge A Calle y casi al llegar a la intersección de calle Paso de los Andes de ciudad, los oficiales policiales procedieron a darle toques de sirena y balizas a fin de que el rodado detuviera su marcha, en ese contexto Ladislao Gutiérrez explicó por qué no tenía colocada la chapa patente trasera y, entregó la documentación personal y del rodado.

Es decir, con la documentación brindada, personal policial pudo verificar los datos del acusado.

En ese contexto no obstante, el personal policial procedió a la realización de la requisa que arrojó como resultado el hallazgo en el asiento del acompañante precisamente en el piso, de una riñonera de color negro, y en su interior un arma de fuego, marca Bersa, modelo Thunder Pro, calibre 9mm, con el cargador colocado (acta de procedimiento, fs. 2 y vta., croquis ilustrativo fs. 3) y se procedió a su secuestro (fs. 22). Entiendo que la resolución resistida se encuentra debidamente motivada, con sustento en las constancias del legajo toda vez que la jueza explicó con argumentos que comparto, porque no existía la necesidad de practicar la medida, ni urgencia en su realización, ni tampoco existió actitud sospechosa o intento de fuga por parte de Ladislao Gutiérrez.

Es que, para tener por válida y legitimada la medida adoptada por el personal policial, debió partirse de un contexto fáctico vinculado a la comisión de hecho delictivo, a la sospecha de su comisión, o que el acusado intentara darse a la fuga.

En el caso, ninguno de estos supuestos concurrió sino que el personal policial interviniente lo hizo en función de la inobservancia del **art. 43 inc. c) de la ley 9204** en cuanto el conductor no tenía colocada la chapa patente trasera.

Ello sin dudas, me permite afirmar que en el caso específico, **el personal policial procedió a practicar la requisa sin orden**, sin motivo válido ni legítimo que autorizara su intervención ni la realización de la medida.

Reitero lo afirmado en párrafos que antecedentes, los agentes policiales no se encontraban ante los **supuestos que habilitaban la realización de la requisa**; dicho en otras palabras no estaban ante la comisión de un delito, ni ante la sospecha de su comisión, no hubo evasión o tentativa de fuga por parte de Ladislao Gutiérrez, de manera que concluyo que la resolución de la jueza de grado no adolece de los vicios que pretende el Ministerio Público Fiscal en el escrito casatorio y por ende se impone su rechazo.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere, al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- No hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal.
- 2.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 01 de diciembre de 2022.-

14- LORCA. 14-12-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	-	-	AFC	-	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474 414

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=958>

Lex: Art. 189 bis, inc. 2°, 3° párrafo del CP.

Vox: Portación. Arma de fuego de uso civil.

Summa:

El **JPC** absolvió al nombrado del delito de portación ilegal de arma de fuego de uso civil (art. 189 bis, inc. 2° tercer párrafo del C.P.)

EL **MPF** interpone recurso de casación (Art. 474 CPP).

El **Procurador General** mantiene el recurso interpuesto por la Fiscalía.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso interpuesto.

Resolución cuestionada: Sentencia n°8715, pronunciada por el JPC N° 1-1° CJ.

SCJM. Dres.: **Adaro**. Palermo. Valerio.

Fallo.

CUIJ: 13-06751263-9/1((018501-3296)) F C/ LORCA, JONATHAN CRISTIAN P/ PORTACION ILEGAL DE ARMAS DE USO CIVIL (3296) (3296/21) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106008148*

En Mendoza, a los catorce días del mes de diciembre del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06751263-9/1 caratulada “F. C/ LORCA JONATHAN CRISTIAN P/ PORTACIÓN ILEGAL DE ARMA DE FUEGO DE USO CIVIL S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO.

El Ministerio Público Fiscal interpone recurso de casación contra la sentencia n° 8.715, y sus fundamentos, emitida por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.

Ello, en tanto se absuelve a Jonathan Cristian Lorca del delito de portación ilegal de arma de fuego de uso civil (art. 189 bis, inc. 2° tercer párrafo del C.P.) en los autos n° P3296/21.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

A Jonathan Cristian Lorca se le atribuyó en la presente causa que «[...] el día 10 de enero de 2021, siendo las 6:30 horas aproximadamente, en la intersección de calles México y Videla del Barrio Estación Espejo de Las Heras, en el contexto de una riña de alrededor de treinta personas, Jonathan Cristian Lorca, tenía en sus manos un arma de fuego tipo carabina y al advertir la presencia policial, apuntó a los mismos, por lo que fue inmediatamente reducido en el lugar por dicho personal».

La jueza del Primer Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial, en virtud del art. 2 del CPP, absolvió en la causa n° P-3296/21 a Jonathan Cristian Lorca por los hechos atribuidos y que fueran calificados legalmente como portación ilegal de arma de fuego de uso civil.

Para así decidir, valoró las declaraciones testimoniales de Mariana Martinez, Noelia Beatriz Guzmán, Leonardo Sarabia Reinoso, de Nelson Darío Carrizo Escobares, entre otros elementos probatorios.

2.- El recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal

El Ministerio Público Fiscal interpone su recurso al amparo del art. 474 inc. 2 del CPP. Ello, por entender que la sentencia impugnada carece de motivación y fundamentación suficientemente lógica.

Funda su posición en la consideración según la cual la jueza de la instancia previa no habría valorado el plexo probatorio de conformidad con los principios de la sana crítica racional.

Esto derivaría en un razonamiento ilógico y arbitrario, sancionado con pena de nulidad de acuerdo a lo normado por el inc. 4 del art. 416 del CPP.

En función de lo expuesto solicita la nulidad de la sentencia absolutoria y la realización de un nuevo juicio.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador contesta la vista de ley, mantiene el recurso interpuesto y se remite a los argumentos vertidos por el titular de la Fiscalía de Instrucción n° 38 de la Unidad Fiscal de Delitos no especializados.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar. Paso a explicarlo.

De acuerdo surge de los fundamentos brindados por la jueza de sentencia, se advierte que ofreció las razones por las que se vio imposibilitada de adquirir la certeza necesaria para el dictado de una sentencia condenatoria y, en consecuencia, por aplicación del **art. 2 del CPP**, correspondía la absolución a Jonathan Lorca del delito de portación de arma de fuego.

Para resolver de esa manera, advierto que para la jueza de anterior instancia, resultó decisiva la declaración del acusado que en oportunidad de declarar en la audiencia dijo que los hechos no fueron tal como quedaron plasmados en el acta de procedimiento.

En efecto, Lorca narró que el día de los hechos se encontraba en su domicilio ubicado en calle Lagomaggiore n° 980 del Barrio Cinco Mil Lotes de El Zapallar de Las Heras, preparándose para salir a trabajar cuando advirtió que había una riña en la que golpeaban a su hermano.

En razón de ello, salió en su defensa y, en esas circunstancias, le quitó el arma que tenía Miguel Cuffaro, momento en que fue sorprendido por personal policial.

Agregó que el arma no era de él, que hubo un despliegue de violencia por parte de personal policial, quienes ingresaron en su domicilio.

Por su parte, prestaron declaración testimonial los oficiales policiales actuantes Leonardo Sarabia Reinoso y Mariana Martínez.

El primero dijo que el 10 de enero de 2021 que él, junto con junto con Mariana Martinez fueron movilizados hacia la calle México y Videla del Barrio Estación Espejo de Las Heras como a las seis de la mañana. Allí había una riña de más de treinta personas y en el piso había dos hombres.

Uno de ellos resultó ser Carrizo Escobares y el otro sujeto estaba arriba de él con un cuchillo.

También dijo que vio por un pasillo a una tercera persona, con el cabello teñido, que tenía un arma y venía sin remera.

Al darle la voz de alto y no detenerse, Mariana Martínez y Leandro Gabriel Saravia Reinoso efectuaron disparos. Su aprehensión se produjo en la vía pública, en la vereda.

A su vez, la oficial Mariana Martínez, manifestó no recordar el hecho y, específicamente, narró que el sujeto que apareció tenía el cabello teñido pero dijo no recordar las características del arma ni de lo que aquél hizo.

Particularmente, refirió que ella no vio el arma, que fue su compañero Sarabia Reinoso quién dijo que había visto el arma.

Por su parte, Noelia Beatriz Guzmán confirmó ciertas circunstancias narradas por los oficiales actuantes y por el propio acusado.

Así, explicó que ella vive en el Barrio Los Cinco Mil Lotes de Las Heras, que tiene un almacén y que el 10 de enero de 2021 se despertó alertada por ruidos y advirtió que había un grupo grande que correteaba a tres jóvenes, dos de ellos de nombres Enzo y Ángel y, el tercero, apodado «El Chino».

Aclaró que no podía precisar los apellidos de los nombrados, salvo respecto de Ángel, al que sindicó como hermano del acusado Cristian Jonathan Lorca. Continuó el relato diciendo que el grupo se fue en dirección a la casa de Cristian Lorca y a los gritos solicitaban que saliera Ángel, el hermano del acusado.

Narró también que Miguel Cuffaro tenía un arma, que Cristian Lorca se interpuso para impedir que golpearan a su hermano y le quitó el arma a Cuffaro.

En esas circunstancias, apareció la policía y comenzaron a efectuar disparos y tirar perdigones, razón por la que ella, por temor, se retiró del lugar.

Así las cosas, entiendo que pese al esfuerzo del Ministerio Público Fiscal al exponer sus agravios, no ha logrado demostrar la arbitrariedad del razonamiento jurisdiccional y, consecuentemente, conmovió la validez de la sentencia absolutoria.

En efecto, de la prueba obrante en la causa surge que la noche de los hechos:

- a) hubo una riña;
- b) que intervinieron dos grupos, que en uno de ellos se encontraba Ángel, hermano del acusado;
- c) que durante la pelea Miguel Cuffaro sacó un arma;
- d) que intervino el acusado Jonathan Lorca en asistencia a su hermano Ángel; y,
- e) que en esas circunstancias apareció personal policial y al advertir que uno de los sujetos tenía un arma, lo redujeron logrando la aprehensión de Lorca y el secuestro del arma de fuego.

Todos los testimonios –específicamente de Mariana Martínez, Leandro Sarabia, Noelia Beatriz Guzmán–, así como la declaración del coimputado Nelson Darío Carrizo Escobares revalidaron estas circunstancias, que resultan concordantes con lo que sostuvo el acusado Lorca en su descargo.

En definitiva, no quedó acreditada que el arma que tenía en su poder al momento de su aprehensión Jonathan Lorca fuera suya.

Por otro lado, debe señalarse que la identificación de las características físicas a las que alude el fiscal, no se condicen con la apreciación de visu que se tiene del acusado (ver audiencia 17/8/2021).

Es decir, asiste razón a la jueza de la instancia previa al afirmar la existencia de falencias respecto de la acreditación de los extremos de la imputación.

De tal manera, al no verificarse los vicios que le atribuye el recurrente a la resolución impugnada, corresponde el rechazo de la pretensión recursiva.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo y Dr. Valerio. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO, adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal.
- 2.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

Capítulo X.

Delitos contra la seguridad pública.

Salud Pública.

CAPÍTULO X. DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PÚBLICA. Salud pública.

1- ROZAS DOMINGUEZ. 22-04-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	-	-	-	-	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=802>

Lex: Art. 205 del CP. DNU N° 297/20. Art. 99 inc. 3 CN.

Vox: Pandemia. Infracción art. 205 CP. Inconstitucionalidad DNU. JAI no homologado.

Summa:

El **JPC** resolvió declarar la **inconstitucionalidad del art. 4 del decreto de necesidad y urgencia n° 297/20 (DNU 297/20)** emitido por el Poder Ejecutivo Nacional y, en consecuencia, no homologó el acuerdo de juicio abreviado que le había sido llevado por las partes y sobreseyó a Esteban Nicolás Rozas Domínguez del delito de infracción al art. 205 del CP (violación de medidas para impedir la introducción o propagación de una epidemia).

El **MPF** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

El **Procurador General** mantuvo el recurso promovido.

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación planteado el MPF y, en consecuencia, revocar la sentencia dictada, remitiendo los presentes obrados al Tribunal de origen, a fin de que se emita un nuevo pronunciamiento en relación a la solicitud de juicio abreviado realizada en autos.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 6680, pronunciada por el JPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- «Oropel Núñez».01-07-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=363>
- «Lima,Franco».

b-CSJN

- Fallos 322:1726
- «Consumidores Argentinos», Fallos, 333:633;
- «Bruera» JA 20210-IV-842;
- «Leguizamón», Fallos, 327:559;
- «Pino, Seberino», Fallos 344:2690, cons. 10. 07-10-21
- «Zofracor», Fallos 326:2394.
- «Rodríguez, Jorge» –Fallos 320:2851
- «Verrochi»
- «Pousa», CSJN Fallos 273:66).
- «Levatino Scillia».

Doctrina citada.

ROSATTI, Horacio, Tratado de Derecho Constitucional, 2ª edición, Santa Fe, Ed. Rubinzal–Culzoni, 2017, tomo II, p. 397.

FERRAJOLI, Luigi, Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia, 2. Teoría de la democracia, Madrid, Trotta, 2007, p. 103.

ROSATTI, Horacio, Tratado de Derecho Constitucional, cit., pp. 405/406.

FERRAJOLI, Luigi, Principia iuris..., cit., p. 103). Ahora bien, este disciplinamiento constitucional de circunstancias excepcionales requiere de ciertas condiciones para que pueda decirse que no subvierte el estado constitucional de derecho.

MANILI, Pablo L., Evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2017, pp. 270/276)

BINDER, Alberto, Introducción al Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, AdHoc, 1999, pp. 168-169

MAIER, Julio, Derecho Procesal Penal, tomo I, Fundamentos, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2013.

SCJM. Dres.: Valerio. Adaro (Licencia). Llorente.

Fallo.

CUIJ: 13-05431327-0/1((018501-34514)) F. C/ ROZAS DOMINGUEZ ESTEBAN NICOLAS P/ INFRACCION AL ART. 205 CP (34514/20) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105608841*

En Mendoza, a los veintidós días del mes de abril del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-05431327-0/1 caratulada “F. c/ ESTEBAN NICOLÁS ROZAS DOMÍNGUEZ P/ INFRACCIÓN AL ART. 205 CP (34514/20) S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, Dr. JOSÉ V. VALERIO, segundo Dr. MARIO D. ADARO y tercero Dr. PEDRO J. LLORENTE.

La fiscal a cargo de la Fiscalía de Instrucción n° 33 de la Unidad Fiscal Correccional plantea recurso de casación contra la sentencia n° 6.680 pronunciada por el Primer Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial en estos autos n° P-34.514/20, por cuanto resolvió declarar la **inconstitucionalidad del art. 4 del decreto de necesidad y urgencia n° 297/20 (DNU 297/20)** emitido por el Poder Ejecutivo Nacional y, en consecuencia, no homologó el acuerdo de juicio abreviado que le había sido llevado por las partes y sobreseyó a Esteban Nicolás Rozas Domínguez del delito de infracción al art. 205 del CP (violación de medidas para impedir la introducción o propagación de una epidemia).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El sobreseimiento dispuesto se basó en el art. 353, inc. 2 del CPP, por considerar que el hecho cometido no encuadra en la figura penal acusada. En lo aquí pertinente debe señalarse que la jueza de la instancia anterior señaló que «[...] [e]l artículo 99 de la Constitución Nacional regula las atribuciones del Poder Ejecutivo. En el inciso tercero, el artículo 99 dispone que el Presidente de la Nación participa de la formación de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y las hace publicar. Agrega la misma norma: “el Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso, bajo pena de nulidad absoluta e insanable emitir disposiciones de carácter legislativo”.

Y finalmente, dice la norma que he citado **-es decir, el inciso 3 del art. 99 de la CN-** “solamente cuando circunstancias excepcionales hicieren imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos, el Presidente de la Nación podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros, que deberán refrendarlos juntamente con el Jefe de Gabinete de ministros”.

Así las cosas, es necesario recordar qué dice nuestra Constitución al respecto: la misma atribuye al Poder Legislativo el dictado del Código Penal, art. 75 inc. 12, y prohíbe al Poder Ejecutivo Nacional emitir disposiciones de carácter legislativo. El Poder Ejecutivo puede dictar decretos de necesidad y urgencia solamente cuando circunstancias excepcionales hicieren imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes y no se tratara de normas que regulan materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos.

Es decir, que el Presidente de la Nación si bien tiene facultades para emitir un decreto de necesidad y urgencia, ese decreto de necesidad y urgencia jamás puede disponer legislativamente en materia penal».

«Se entiende entonces que la facultad de dictar decretos de necesidad y urgencia tiene un límite.

Ello es la prohibición de legislar en materia penal. Ningún decreto de necesidad y urgencia puede describir conductas que tipifiquen delitos.

Esto es una delegación no permitida ya que ni siquiera entra en los supuestos del artículo 76 de la Constitución, que sólo habla de materias de administración o de emergencia pública, y con plazo fijado para el ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca». «El artículo 205 del CP es una ley penal en blanco en tanto remite para la configuración del tipo penal a otras leyes. Soler ha definido a las leyes penales en blanco como aquellas disposiciones penales cuyo precepto es incompleto y variable en cuanto a su contenido y en las que solamente queda definida con exactitud invariable la sanción.

El precepto debe ser ordinariamente llenado con otra disposición legal o por decretos o reglamentos a los cuales remite la ley penal. En igual sentido se ha expedido la mayoría de la doctrina. Pero ¿dónde está el punto que nosotros tenemos que ver? Que no podemos soslayar que el art. 99 inc. 3 fue sancionado con la reforma de 1994, por lo tanto el art. 205 del Código Penal queda sujeto a la nueva Constitución por el principio de prelación de la ley superior, en este caso la Carta Magna de la Nación Argentina». «Es importante aclarar que no se desconoce la facultad del señor Presidente de la Nación para emitir decretos de necesidad y urgencia que restrinjan derechos y garantías en orden a una situación sanitaria excepcional como lo es la pandemia por covid 19.

Sino que lo que se cuestiona contrario a la Constitución Nacional es que el incumplimiento de las restricciones genera una conducta delictiva tipificada en el Código Penal, toda vez que -como lo exige el principio de legalidad, art. 18 de la CN- las conductas que tipifiquen delitos solo pueden tener su origen en una ley general de la Nación emitida por el Congreso Nacional de conformidad a los mecanismos constitucionales establecidos en el art. 77 a 84 de la CN».

«En el caso que nos ocupa estamos ante una situación expresamente contemplada en la CN, esto es, que un decreto de necesidad y urgencia no puede legislar en materia penal. Por lo que la remisión al art. 205 y 239 del CP que hace el decreto 299/20 del Poder Ejecutivo Nacional y los posteriores DNU por inobservancia de las normas restrictivas de derechos y garantías por razones de salud pública, es inconstitucional». «Por último, nos encontramos frente a una doble imposición penal, circunstancia inadmisibles en un Estado de derecho.

El decreto de necesidad y urgencia n° 408/20, en el artículo 3 reconoce a los gobernadores de provincia la facultad de establecer excepciones a las normas de aislamiento social bajo determinadas circunstancias. El decreto provincial 563/20 que menciona la señora Fiscal en la acusación, en el art. 4 establece que los ciudadanos de Mendoza podrán salir por el plazo de 1 hora y a una distancia de 500 mts. de su domicilio. Este es el decreto que regía al momento de la aprehensión del señor Rozas Domínguez.

Es decir que ya el Poder Ejecutivo nacional había delegado en los gobernadores de provincia la posibilidad de flexibilizar la restricción de derechos y garantías constitucionales de acuerdo a la situación de cada Provincia, y el señor Gobernador de la provincia de Mendoza, en ese decreto 563/20, permite a los ciudadanos salir aproximadamente a unos 500 mts. de su domicilio por el término de 1 hora».

«Efectivamente, el art. 6 de esta disposición de la Provincia indica que el incumplimiento de lo dispuesto en el art. 4° importa la aplicación de una multa. Y el protocolo anexo al decreto determina que las salidas serán en diferentes días según la terminación del número de DNI. Por lo tanto, efectivamente, el señor

Rozas Domínguez el 1° de mayo, teniendo en cuenta el número de DNI que ha sido consignado en el pedido del MPF de esta audiencia, ese día que era viernes no podía salir de su domicilio». «Ahora bien, la imposición de dos sanciones penales, o de dos sanciones, resulta ilegal cuando se trata del mismo hecho regulado en dos normativas emitidas por distintas autoridades.

Es decir, que por un lado tenemos el decreto del Poder Ejecutivo Nacional que remite al 205 del CP, y por otra parte tenemos que el incumplimiento a las medidas de distanciamiento social obligatorio que ya regían en la Provincia con delegación al Gobernador de la Provincia, estaban sancionadas con multa». «Por tal caso, lo que deberá aplicarse es la sanción más benigna, que en el caso que nos ocupa es la multa. En razón de lo expuesto, voy a resolver: 1° Declarar la inconstitucionalidad del art. 4 del DNU 297/20 del Poder Ejecutivo Nacional, de conformidad a lo establecido por el **art. 99 inc. 3° de la CN y el art. 18 del mismo cuerpo legal**; 2° **No homologar el convenio de juicio abreviado**; 3° Sobreseer a Esteban Nicolás Rozas Domínguez, ya filiado, del delito de infracción al art. 205 del CP en virtud de lo dispuesto por el art. 353 inc. 2° del CPP, en función con el art. 99 inc. 3° de la CN; 4° Ordenar la inmediata libertad de Esteban Nicolás Rozas Domínguez; 5° Firme la presente, emitir las comunicaciones a los organismos que correspondiere para que tomen debida nota; 6° Dejar constancia de que las partes y el señor Rozas se notifican de la sentencia de sobreseimiento n° 6680 dictada en el día de la fecha 24/08/2020 mediante audiencia virtual» -constancias audiovisuales del 24/08/2020, min. 12:05 a 22:58-.

2.- Recurso de casación

La representante del Ministerio Público Fiscal plantea recurso de casación contra la decisión del Juzgado Penal Colegiado antes individualizada a tenor del art. 474 del CPP.

En primer lugar, y en punto a la procedencia formal de la impugnación, explica que conforme a la jurisprudencia del Tribunal Penal Colegiado N° 2 las decisiones planteadas en el marco del proceso correccional no son susceptibles de ser revisadas mediante recurso de **apelación (conf. «Ortega», caso n° 102.060/18)**. Agrega que, en tanto en este caso la decisión impugnada implica la declaración de inconstitucionalidad del art. 4 del DNU 294/2020 y el sobreseimiento del acusado, resulta procedente el recurso de casación.

En cuanto al fondo de la cuestión, brinda argumentos para criticar la declaración de inconstitucionalidad realizada. Señala que en el caso de autos el principio de legalidad fue salvaguardado puesto que **el art. 205 del CP es ley escrita, cierta, estricta y previa**.

Explica que la Constitución Nacional atribuye al Poder Legislativo el dictado del Código Penal, de donde emana el delito tipificado en el art. 205.

A su vez, la Constitución Nacional prevé que el Poder Ejecutivo pueda dictar decretos de necesidad y urgencia cuando circunstancias excepcionales hicieren imposible seguir los trámites ordinarios previstos para la sanción de las leyes y no se tratare de normas que regulen materia penal, tributaria, de partidos políticos o régimen electoral.

En cuanto a las leyes penales en blanco, afirma que la norma primaria que contiene el núcleo de ilicitud y la pena debe tener origen legislativo, y puede ser complementada con normas de origen administrativo. En este sentido, el art. 205 del CP incluye como núcleo normativo la violación de medidas adoptadas por la autoridad, que en el caso fueron dispuestas mediante el DNU 297/2020.

De modo que no es el caso que el Poder Ejecutivo Nacional haya legislado en materia penal, sino de que una ley penal en blanco ha sido completada legítimamente por la reglamentación no-penal emanada de la autoridad competente.

El tipo penal, así integrado, satisface el requisito de reenvío y cumple con el principio de certeza que facilita el conocimiento para motivarse por la norma pues las medidas establecidas por el DNU en cuestión fueron claras, determinadas y masivamente publicitadas.

Por otra parte, afirma la recurrente que la medida adoptada por el DNU 297/2020 resiste un análisis de proporcionalidad y legitimidad de la actuación estatal, pues la pandemia por COVID 19 llevó a dictar el estado de emergencia sanitaria mediante la ley 27.541. Tal como lo declaró la Organización Mundial de la Salud, la situación de pandemia mundial que motivó el dictado del DNU 297/2020 es excepcional pues, al momento del hecho, no existía otro paliativo que el distanciamiento social.

Además, y a su modo de ver, el DNU 297/2020 superó las instancias de control establecidas por la ley 26.122. Cita jurisprudencia para sostener que en el tipo penal previsto en el art. 205 del CP no falta el señalamiento de la conducta prohibida, aunque se formula de tal manera que, para operar, necesita de un complemento constituido por otra norma.

También para afirmar que algunos derechos pueden ser temporalmente suspendidos en forma proporcionada y razonable, por el menor tiempo posible, ante la emergencia pública sanitaria. Por otro lado, descarta que el delito previsto en el art. 205 del CP suponga una doble punición superpuesta a la contravencional, puesto que el Código Contravencional de Mendoza prevé en su art. 146 que la acción penal desplaza a la contravencional.

Por su parte, los decretos emitidos en el ámbito provincial ante la pandemia por COVID 19 también se enmarcaron, afirma, en parámetros de racionalidad, proporcionalidad y justificación. Tanto el Poder Ejecutivo Nacional como el de la provincia de Mendoza han procedido legítimamente al imponer restricciones en aras de evitar la propagación de una enfermedad pandémica, y su actuación se mantiene dentro del ámbito de las potestades constitucionales.

Refiere que de los casos «Consumidores Argentinos c. Estado Nacional» y «Colegio de Abogados de la Capital Federal» pronunciados por la Corte Federal se derivan una serie de pautas para la evaluación de la razonabilidad de los decretos de necesidad y urgencia –que representan el sistema de frenos y contrapesos–, y explica que no es atribución del Poder Judicial evaluar la conveniencia u oportunidad del acto administrativo, sino determinar que se verifiquen los supuestos de excepción requeridos para el dictado de un decreto de necesidad y urgencia.

Agrega que la constitucionalidad del DNU 297/2020 fue confirmada en el **caso «Kingston, Patricio» por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal**. Por tales razones, solicita se revoque la sentencia dictada por el Juzgado Penal Colegiado.

3.- Dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de expedirse, el señor Procurador General mantuvo el recurso interpuesto por la fiscal a cargo de la Fiscalía de Instrucción n° 33 de la Unidad Fiscal Correccional.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, adelanto que a mi juicio corresponde hacer lugar al recurso de casación formulado en autos y revocar la decisión del Juzgado Penal Colegiado que declaró la **inconstitucionalidad del art. 4 del decreto de necesidad y urgencia n° 297/20** dictado por el Poder Ejecutivo Nacional, cuando **no homologó el acuerdo de juicio abreviado** presentado por las partes y sobreseyó a Esteban Nicolás Rozas Domínguez del delito que se le atribuía, previsto en el art. 205 del CP.

En primer lugar, encuentro pertinente realizar algunas consideraciones en relación con la materia sometida a decisión de este Tribunal, en la medida en que el problema a resolver gira, principalmente, en torno a la revisión de la declaración de inconstitucionalidad de oficio dispuesta.

Ello, en tanto esa es la causa jurídica de la sentencia de sobreseimiento.

En el caso de nuestra Nación, la competencia del Poder Ejecutivo para sancionar disposiciones materialmente legislativas no estaba prevista en la teoría clásica de la «división de poderes» ni en el texto explícito de la Constitución de 1853/60. Se trata de una facultad que, ejercida bajo el argumento de la «teoría de la emergencia», se verificará de modo creciente en la realidad institucional argentina del siglo XX (v. **ROSATTI, Horacio, Tratado de Derecho Constitucional, 2ª edición, Santa Fe, Ed. Rubinzal–Culzoni, 2017, tomo II, p. 397**).

En este orden, la previsión del art. 99 inc. 3 introducida por la reforma de 1994 a nuestra Constitución Nacional es una forma de prever y disciplinar constitucionalmente un poder específico de garantía contra la subversión –en términos de Ferrajoli–, estructuralmente opuesto al tradicional «estado de excepción» (v. **FERRAJOLI, Luigi, Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia, 2. Teoría de la democracia, Madrid, Trotta, 2007, p. 103**).

Es decir, aparece como un mecanismo para limitar este ejercicio excepcional de facultades legislativas por parte del Ejecutivo, que fuera «objetivo expreso de la Convención reformadora, enmarcado en el cometido de “atenuar el presidencialismo” declarado en la ley de convocatoria (ley 24.309, art. 2°), ratificado por la Convención Constituyente y asumido por la jurisprudencia del máximo tribunal nacional como regla interpretativa de las cláusulas incorporadas» y que «se dirige a fijar los criterios de la delegación o autorización y a garantizar el control de su ejercicio» (v. **ROSATTI, Horacio, Tratado de Derecho Constitucional, cit., pp. 405/406**).

La conceptualización de Ferrajoli permite configurar la intervención no ya como excepción, sino como defensa frente a la excepción; no ya como ruptura, sino como defensa frente a la ruptura de la legalidad constitucional; en virtud no ya de la razón de estado, sino de la razón social de la democracia constitucional.

Es decir, de la garantía de la paz y de los derechos fundamentales establecidos constitucionalmente (v. **FERRAJOLI, Luigi, Principia iuris..., cit., p. 103**). **Ahora bien, este disciplinamiento constitucional de circunstancias excepcionales requiere de ciertas condiciones para que pueda decirse que no subvierte el estado constitucional de derecho.**

Así, será necesario que (i) los presupuestos de hecho del ejercicio de tal función no sean formulados en términos indeterminados, con una referencia genérica a peligros o amenazas para las instituciones, el orden o la seguridad. Debe ser lo más taxativo posible. Por otro lado, es necesario (ii) que el contenido del procedimiento a seguir también sea taxativo y claro. Y, por último, requiere (iii) que el poder de activar esta garantía esté dividido entre varias instituciones y que la que decide sea una institución de garantía secundaria. Es decir, que el poder de proponer y emplear el mecanismo excepcional no se confíe a una sola institución (v. **FERRAJOLI, cit., pp. 103/104**).

De este modo, es posible avizorar la relevancia del control judicial de los decretos de necesidad y urgencia. Queda clara no sólo la posibilidad, sino también la relevancia institucional de que las circunstancias que se invocan para emplear esta forma de ejercicio de actividad legislativa por parte del Poder Ejecutivo sean controladas no sólo por el Congreso, sino también por el Poder Judicial. Esto quiere decir que, independientemente de los controles propios del procedimiento de adopción decretos de necesidad y urgencia previstos en la Constitución Nacional y en la ley 26.122, el Poder Judicial conserva la facultad de

revisar que se hayan verificado las «circunstancias excepcionales [que] hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes».

En nuestro sistema jurídico los decretos dictados en función de esa norma están sometidos a diversas instancias de control.

Así, deben ser suscriptos en acuerdo general de ministros, quienes deben refrendarlo junto con el Jefe de Gabinete, y éste debe luego someter personalmente la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente del Congreso. Esta Comisión puede consultar a las comisiones permanentes competentes y debe emitir un dictamen sobre su validez o invalidez, no vinculante, que cada Cámara del Congreso someterá luego a consideración.

Este procedimiento no excluye el control judicial de los decretos de necesidad y urgencia, aun en los casos en que el Congreso apruebe el decreto (v. **ROSATTI, Horacio, Tratado de Derecho Constitucional, cit., pp. 397/429**).

Tras un primer caso en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación consideró, por mayoría, que los decretos de necesidad y urgencia sólo podían considerarse sometidos al control del Poder Legislativo de la Nación (**CSJN, «Rodríguez, Jorge», Fallos 320:2851**), el Máximo Tribunal ha reconocido expresamente el control judicial de estos decretos (v. **ROSATTI, Horacio, Tratado..., cit., p. 412/415**).

Así, en el caso **«Verrocchi, Ezio Daniel», la Corte Federal, también por mayoría, sostuvo que «[e]s atribución de la Corte evaluar el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos de necesidad y urgencia [...]»** (v. CSJN, Fallos 322:1726).

En esa oportunidad, además, se definió un lineamiento fundamental para el ejercicio de ese control: «[...] corresponde descartar criterios de mera conveniencia ajenos a circunstancias extremas de necesidad, puesto que la Constitución no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto».

En ese fallo la Corte dejó claras las exigencias materiales que legitiman al Poder Ejecutivo Nacional a dictar un decreto de necesidad y urgencia: «[...] esa norma [el art. 99 inc. 3 de la CN] ha definido el estado de necesidad que justifica la excepción a la regla general y la admisión del dictado de estos decretos, y que ese estado se presenta únicamente "cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes" (art. 99, inc. 3, citado).

Por tanto, para que el Poder Ejecutivo pueda ejercer legítimamente facultades legislativas que, en principio, le son ajenas, es necesaria la concurrencia de alguna de estas dos circunstancias: 1) Que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir, que las cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal; o 2) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes» (v. **CSJN, Fallos 322:1726, criterio mantenido en «Consumidores Argentinos», Fallos, 333:633; «Bruera» JA 20210-IV-842; «Leguizamón», Fallos, 327:559; y, más recientemente, con fecha 7 de octubre de 2021, en «Pino, Seberino», Fallos 344:2690, cons. 10**).

Es decir, sólo será legítimo un decreto de necesidad y urgencia cuando medie una «rigurosa excepcionalidad» (**«Zofracor», Fallos 326:2394**).

Este temperamento trasunta el precedente **«Verrochi»** citado, fallo de particular relevancia puesto que en este caso la mayoría se conformó por ministros que previamente habían votado en disidencia en relación con el control de los decretos de necesidad y urgencia emitidos por el Poder Ejecutivo Nacional

–los ministros Fayt, Belluscio, Bossert, Petracchi y Boggiano– y por eso el fallo refleja un ejercicio activo del control de constitucionalidad de estas decisiones, contrario a la posición que la Corte Federal había sostenido al respecto en el **caso «Rodríguez, Jorge»** –Fallos 320:2851– (v. MANILI, Pablo L., Evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2017, pp. 270/276).

De tal manera, en **«Verrochi» la Corte dejó claro**, entre otras cosas, que: i) corresponde al Poder Judicial el control de constitucionalidad sobre las condiciones bajo las cuales se admite la facultad excepcional de dictar un decreto de necesidad y urgencia; y, ii) que es atribución del Poder Judicial evaluar el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos de necesidad y urgencia y, en ese orden, deben descartarse criterios de mera conveniencia ajenos a circunstancias extremas de necesidad.

En segundo lugar, en el caso que nos ocupa debe quedar muy claro que se encuentra en tela de juicio normativa de esta naturaleza, porque se declaró de oficio la inconstitucionalidad del art. 4 del DNU 297/20, norma cuya constitucionalidad no había sido puesta en tela de juicio por la defensa ni por la fiscalía en el acuerdo cuya homologación solicitaban. Cabe aclarar, entonces, que el análisis que compete a esta instancia está limitado a revisar la corrección de la decisión jurisdiccional impugnada – de declaración de inconstitucionalidad del art. 4 del DNU 297/20–, y no versa sobre la constitucionalidad o no de la medida sanitaria dispuesta en los arts. 1 y 2 de dicho decreto de necesidad y urgencia. Veamos. Como consecuencia del surgimiento y la propagación de la enfermedad conocida como SARS-COV-2 generada por el virus COVID-19, en 2020 el Poder Ejecutivo Nacional adoptó una serie de medidas haciendo uso de la facultad excepcional prevista en el párrafo segundo del art. 99, inc. 3 de la Constitución Nacional, es decir, vía decreto de necesidad y urgencia.

Así, entre otras resoluciones, el 12 de marzo de 2020 dictó el DNU 260/2020 que amplió la emergencia sanitaria dispuesta por la ley 27.541, el 16 de marzo siguiente dispuso una prohibición temporal de ingreso al país mediante el DNU 274/20, y el 19 de marzo de 2020 dictó el DNU 297/2020 a raíz de la declaración del brote de COVID19 como una pandemia por parte de la Organización Mundial de la Salud. Este último DNU estableció como medida sanitaria que «[a] fin de proteger la salud pública, lo que constituye una obligación inalienable del Estado nacional, se establece para todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él en forma temporaria, la medida de “aislamiento social, preventivo y obligatorio” en los términos indicados en el presente decreto» (art. 1), medida conocida por la sigla ASPO. Y que esa decisión consistía en que «[d]urante la vigencia del “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, las personas deberán permanecer en sus residencias habituales o en la residencia en que se encuentren a las 00:00 horas del día 20 de marzo de 2020, momento de inicio de la medida dispuesta.

Deberán abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo y no podrán desplazarse por rutas, vías y espacios públicos, todo ello con el fin de prevenir la circulación y el contagio del virus COVID-19 y la consiguiente afectación a la salud pública y los demás derechos subjetivos derivados, tales como la vida y la integridad física de las personas» (párrafo primero del art. 2). Por su parte el artículo 3 se refiere al control de la medida sanitaria. A su vez, el art. 4 del DNU 297/20 –declarado inconstitucional– dispuso que «[c]uando se constate la existencia de infracción al cumplimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” o a otras normas dispuestas para la protección de la salud pública en el marco de la emergencia sanitaria, se procederá de inmediato a hacer cesar la conducta infractora y se dará actuación a la autoridad competente, en el marco de los artículos 205, 239 y concordantes del Código Penal».

«El MINISTERIO DE SEGURIDAD deberá disponer la inmediata detención de los vehículos que circulen en infracción a lo dispuesto en el presente decreto y procederá a su retención preventiva por el tiempo que resulte necesario, a fin de evitar el desplazamiento de los mismos, para salvaguarda de la salud pública y

para evitar la propagación del virus». Por otra parte, en el artículo 5 previó qué eventos no podrían realizarse y suspendió la apertura de lugares y/o establecimientos.

Mientras que el art. 6 exceptuó del aislamiento social, preventivo y obligatorio y la prohibición de circular a determinadas personas por sus funciones, actividades o servicios, quienes podrían desplazarse dentro del límite para el estricto cumplimiento de las mismas. Finalmente, por el art. 10 se estableció que «[l]as provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios dictarán las medidas necesarias para implementar lo dispuesto en el presente decreto, como delegados del gobierno federal, conforme lo establece el art. 128 de la Constitución Nacional, sin perjuicio de otras medidas que deban adoptar tanto las provincias como la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como los Municipios, en ejercicio de sus competencias propias». En el sub examine tenemos que el ejercicio de esta habilitación constitucional de dictar decretos por razones de necesidad y urgencia tiene como presupuesto necesario que el Poder Ejecutivo sólo puede emitir disposiciones de carácter legislativo del tipo que el Congreso indiscutiblemente pueda sancionar, pues «[...] ese tipo de decretos solamente permiten que el Poder Ejecutivo ejerza competencias que posee el Congreso» (**RAMÍREZ CALVO, Ricardo, “La constitución suspendida”, en ALTAVILLA, Cristian y SOLÁ, Victorino (directores), Derechos Fundamentales y Pospandemia. Experiencia y Desafíos de la Emergencia Sanitaria en Argentina; Ediciones Olejnik; Argentina; 2022; p. 111).**

Dicho en otros términos, el Poder Ejecutivo no puede legislar en mayor medida que el Poder Legislativo. Si bien es cierto que, «[...] los derechos no son absolutos y que la propia Constitución prevé que los mismos están sujetos a la reglamentación que se establezca por ley.

Sin embargo, esa facultad legislativa de reglamentar los derechos no autoriza a suspenderlos ni anularlos. Como indica el artículo 28, los derechos no pueden ser alterados so pretexto de su reglamentación. El poder de reglamentar un derecho es, en esencia de carácter permanente, para situaciones de normalidad. Las restricciones que supone una situación de emergencia no son el ejercicio de la facultad de reglamentar los derechos, ya que implican en muchos casos la suspensión lisa y llana del goce de esos derechos. Ningún poder de reglamentación autoriza esa suspensión.

De ahí que sean restricciones meramente transitorias, que deben durar hasta que la emergencia desaparezca. [...] La necesidad de adoptar restricciones extremas al ejercicio de derechos constitucionales, aun asumiendo hipotéticamente que fueran imprescindibles, no puede hacernos perder de vista que una reglamentación de ese tipo es violatoria del artículo 28 de la Constitución Nacional» (RAMÍREZ CALVO, Ricardo, op. cit, p. 111).

Entonces, la primera cuestión a dilucidar por la a quo era si la medida sanitaria dispuesta en los arts. 1 y 2 del DNU 297/20 –y en la forma dispuesta– es una facultad que podía ejercer el Congreso. Por ello, si «[...] suspender un derecho implica su alteración, desde el momento en que se impide su goce [ya que] no se establecen condiciones para su ejercicio, sino que directamente se prohíbe a los habitantes de la Nación ejercer esos derechos» (**RAMÍREZ CALVO, Ricardo, op. cit., p. 112**); en consecuencia «el Poder Legislativo no tiene facultades para suspender derechos reconocidos en la Constitución Nacional sin declaración del estado de sitio» (RAMÍREZ CALVO, Ricardo, op. cit., p. 111).

Y como «el artículo 29 de la Constitución Nacional prohíbe la concesión de facultades extraordinarias o la suma del poder público. Esa norma establece un límite infranqueable para el ejercicio de las facultades del Poder Ejecutivo, que también rige durante el estado de sitio» [...] «...se descarta de plano que los decretos de necesidad y urgencia sean el mecanismo constitucional para suspender el ejercicio de derechos reconocidos constitucionalmente» (RAMÍREZ CALVO, Ricardo, op. cit., pp. 111/ 112).

Por otra parte, tampoco se estaba o se argumenta estar, al momento de cometido el hecho investigado sobre el que solicitó el procedimiento de juicio abreviado, ante un posible o probable estado de excepción como consecuencia de las sucesivas prórrogas de las medidas sanitarias con suspensión de derechos constitucionales -como con los DNU 325/20, DNU 355/20, DNU 408/20, DNU 459/20, DNU 493/20, DNU 520/20, DNU 576/20, entre otros- que pudiera habilitar el control constitucional de oficio en virtud del art. 29 de la Constitución Nacional, dada la responsabilidad y la pena prevista a quienes consientan facultades extraordinarias y/o la suma del poder público.

Tal como afirma **AGAMBEN**, el estado de excepción constituye un «[...] punto de desequilibrio entre derecho público y hecho político (Saint-Bonnet, 2001, p. 28), que -como la guerra civil, la insurrección y la resistencia- se sitúa en una “franja ambigua e incierta, en la intersección entre lo jurídico y lo político” (Fontana, 1999, p. 16).

Tanto más urgente resulta así la cuestión de los confines: si las medidas excepcionales son el fruto de los períodos de crisis política y, en tanto tales, están comprendidas en el terreno político y no en el terreno jurídico—constitucional (De Martino, 1973, p. 320), ellas se encuentran en la paradójica situación de ser medidas jurídicas que no pueden ser comprendidas en el plano del derecho, y el estado de excepción se presenta como la forma legal de aquello que no puede tener forma legal [...]» (v. **AGAMBEN, Giorgio, Estado de excepción. Homo sacer, II, I., 2º edición, Buenos Aires, Adriana Hidalgo Editora, 2005, pp. 23/24**).

El peligro para el estado constitucional que representa el «estado de excepción» es claro, puesto que no se trata de un «derecho especial» (como el derecho de guerra), sino que, en cuanto suspensión del propio orden jurídico, define el umbral o el concepto límite.

La «[...] dislocación de una medida provisoria y excepcional que se vuelve técnica de gobierno amenaza con transformar radicalmente -y de hecho ya ha transformado de modo sensible- la estructura y el sentido de la distinción tradicional de las formas de constitución.

El estado de excepción se presenta más bien desde esta perspectiva como un umbral de indeterminación entre democracia y absolutismo» (v. **AGAMBEN, Giorgio, Estado de excepción..., cit., pp. 25/26**).

En su obra, el autor advierte que el «estado de excepción» —y dos de sus características esenciales, que son la provisoria abolición de la distinción entre poder legislativo, ejecutivo y judicial, y la neutralización del Derecho— ha devenido en regla, «[...] no sólo se presenta cada vez más como una técnica de gobierno y no como una medida excepcional, sino que inclusive deja también salir a la luz su naturaleza de paradigma constitutivo del orden jurídico [...]» (v. **AGAMBEN, Giorgio, Estado de excepción..., cit., pp. 32 y 92**).

En consecuencia, no se encuentra en discusión en el caso analizado si el Congreso podía disponer por una ley la suspensión de derechos constitucionales expresamente reconocidos y/o si mediaba una situación de rigurosa excepcionalidad y urgencia que justificara constitucionalmente que el Poder Ejecutivo Nacional dictara el decreto de necesidad y urgencia en cuestión disponiendo medidas sanitarias en la forma dispuesta en los arts. 1 y 2 del DNU 297/20 que suspendían temporalmente varios derechos constitucionales a las personas (habitantes o transeúntes) que se encontraban en el territorio de la República Argentina. Como tampoco el estar ante un estado de excepción.

Asimismo, no se encuentra sometido a tratamiento aquí y, por tanto, excede el ámbito de esta resolución, el juicio sobre la conveniencia y oportunidad de tales medidas sanitarias con relación a los derechos constitucionales de Rozas Domínguez. Además, sobre el mérito o demérito del aislamiento social, preventivo y obligatorio —y de la suspensión de derechos y libertades que implicó— como medida para

prevenir la propagación de la pandemia no es parte del razonamiento cuestionado y no es objeto de discusión ahora, sin perjuicio de que ante petición de parte siempre existe la posibilidad de control judicial. En tercer lugar, y relacionado con la resolución impugnada, y antes de evaluar el modo en que se ha tomado en consideración el DNU 297/20, debo señalar que la resolución se encuentra al margen de las posibilidades que los jueces tienen frente a la solicitud de juicio abreviado que las partes acuerdan y presentan a la judicatura para su homologación.

Dicho en términos claros, se ha incurrido en un exceso en el ejercicio de las facultades jurisdiccionales de control del acuerdo entre las partes. Tal como he señalado en otras oportunidades, «[...] cuando se trata de un acuerdo entre las partes, la posibilidad del juez de salir de los márgenes del convenio es excepcional. El juez no puede ingresar en cuestiones que forman parte de las concesiones recíprocas que acusación y defensa llevan adelante para arribar a una resolución consensuada y anticipada. Es decir, en las cuestiones propias del acuerdo.

Por ello el art. 359 del C.P.P. impone el deber jurídico de explicar los derechos al acusado y los alcances del acuerdo, para que el acusado comprenda la situación y salvo manifiesta arbitrariedad o que las partes las litiguen en la audiencia si el juzgador no coincide con el contenido del acuerdo de juicio abreviado propuesto por las partes, pues debe rechazarlo y enviar a que se realice un debate, con todas las garantías del debido proceso a las partes que prevé nuestro sistema jurídico para la realización del juicio común [...].

En nuestro sistema acusatorio de corte adversarial después de la sanción de la ley 9.040, es conveniente y de buena práctica procesal que el juez adopte una posición activa pero imparcial en la audiencia de juicio abreviado, que escuche en contradicción a las partes o proponga una re-discusión entre ellas de cuestiones que a su criterio puedan resultar conflictivas o novedosas o no tenidas en cuenta que modifiquen las circunstancias que fueron consideradas para el acuerdo, con mayor razón cuando modificación deriva de la opinión del juzgador que no están obligados a conocer las partes [...].

De lo contrario, puede verse fatalmente afectada la garantía imparcialidad como la **de imparcialidad del juzgador**. Ahora bien, si el juzgador no coincide en la solución a la que arriban las partes puede rechazar la procedencia del juicio abreviado, sin perjuicio de que, cuando no coincida por cuestiones que exceden el control de legalidad» (conf. «**Oropel Núñez**»; en el mismo sentido, «**Lima, Franco**»).

En definitiva, frente a una solicitud de juicio abreviado los jueces solamente pueden homologar el acuerdo y dictar sentencia condenatoria, o rechazarlo y remitir la causa al tribunal que sigue en el turno ordinario (conf. art. 420 del CPP).

De acuerdo con lo expuesto, considero, por un lado, que la jueza ha proporcionado al caso una solución que excedía sus facultades jurisdiccionales y, por el otro, que la decisión de la jueza se asienta en una premisa normativa errónea, según la cual el DNU 297/2020 es una norma de naturaleza «penal». Explicado el problema de esta premisa el resto de su razonamiento decae. Para la Corte Suprema de Justicia de la Nación «el control de constitucionalidad de oficio por los magistrados debe tener lugar en el marco de sus respectivas competencia y de las regulaciones procesales correspondientes» (v. Corte IDH «Ibsen», 01/09/2010; «Gómez Lund», 24/11/2010; CSJN, «Mansilla», Fallos 337:179; «Rodríguez Pereyra», Fallos 335:2333), más precisamente, dentro de los términos en que queda trabada la litis, según la clásica definición dada por [la CSJN] hace más de cincuenta años en la causa “Estrada, Eugenio” (Fallos: 247:713) y reiterada hasta sus pronunciamientos más recientes (in re «Mansilla»).

Así, «[e]l contralor normativo a cargo del juez presupone un proceso judicial ajustado a las reglas adjetivas aplicables entre las cuales revisten especial relevancia las que determinan la competencia de los órganos

jurisdiccionales y, sobre todo, las que fijan los requisitos de admisibilidad y fundamentación de las presentaciones o alegaciones de las partes.

Es conveniente recordar, al respecto, que la descalificación constitucional de un precepto normativo se encuentra supeditada a que en el pleito quede palmariamente demostrado que se irroga a alguno de los contendientes un perjuicio concreto en la medida en que su aplicación entraña un desconocimiento o una restricción manifiestos de alguna garantía, derecho, título o prerrogativa fundados en la Constitución; es justamente la actividad probatoria de los contendientes así como sus planteos argumentales los que deben poner de manifiesto tal situación” .

En este sentido, -se remarcó- “se impone subrayar que cuanto mayor sea la claridad y el sustento fáctico y jurídico que exhiban las argumentaciones de las partes, mayores serán las posibilidades de que los jueces puedan decidir si el gravamen puede únicamente remediarse mediante la declaración de inconstitucionalidad de la norma que lo genera” .

Como puede apreciarse, “el reconocimiento expreso de la potestad del control de constitucionalidad de oficio no significa invalidar el conjunto de reglas elaboradas por el Tribunal a lo largo de su actuación institucional relativas a las demás condiciones, requisitos y alcances de dicho control”» **(CSJN, in re «Mansilla»)**.

En el sub lite ninguna de las condiciones bajo las cuales la CSJN admite el control de constitucionalidad de oficio se da, porque hay un apartamiento de lo acordado por las partes, lo que ellas han fijado y no surge de la prueba, ni de las argumentaciones de las partes la posibilidad de ejercerlo, circunstancia que descalifica el pronunciamiento cuestionado.

Por otra parte, contrariamente a lo sostenido en la resolución impugnada, no se advierte que el art. 4 del DNU 297/20 contenga entre sus disposiciones la creación de un tipo penal –lo que estaría prohibido constitucionalmente–.

En su primer párrafo, el art. 4 del DNU 297/20 dispone que la autoridad debe hacer cesar las conductas que infrinjan el aislamiento social, preventivo y obligatorio, y que inmediatamente debe darse actuación a la autoridad competente en el marco de los arts. 205 y 239 del CP.

Esto es, según entiendo, una directiva a los organismos administrativos de persecución penal que el Poder Ejecutivo Nacional se encuentra legitimado a adoptar –dentro de determinados límites– y, a la vez, una remisión al Código Penal –cuanto mucho, sobreabundante–. Lo mismo ocurre con el segundo párrafo de la norma, que dispone la inmediata detención de los vehículos que circularan en infracción al decreto. Se trata de una disposición que no supone la creación de un tipo penal, en la medida en que no prevé una pena para una determinada conducta típica.

Es decir, en el plano sustantivo no se trata de legislación penal. Además, dado su carácter administrativo incluso puede ser dictada por el Poder Ejecutivo Nacional por decreto, sin necesidad de acudir a un decreto de necesidad y urgencia. Más allá de que la decisión impugnada haya colocado el centro de su análisis en el artículo 4 del DNU 297/20, lo cierto es que esta norma no es atinente para la interpretación del tipo penal que se debatía en el caso que nos ocupa, pues no es la norma que establece las medidas sanitarias cuya infracción abre la posibilidad de aplicar el art. 205 del CP. Veamos.

Rozas Domínguez ha sido acusado de infringir el aislamiento dispuesto como forma de prevenir una pandemia, y su conducta ha sido encuadrada jurídicamente en el art. 205 del CP. Esta norma dispone que «[s]erá reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia». Se trata de un

tipo penal en blanco, donde la conducta debida se encuentra descripta sólo de manera genérica y debe ser completada por otra norma que no está incluida en el tipo penal.

La norma contenida en el artículo 4 del DNU 297/20 –a pesar del defecto de redacción como de la inconveniencia de su incorporación en dicho instrumento excepcional– no es más que una directiva dirigida a las autoridades, funcionarios y agentes dependientes del Poder Ejecutivo Nacional respecto de cómo obrar en los casos en que se incumpliesen las medidas sanitarias dispuestas en los arts. 1 y 2. No se trata de una conminación penal, como afirma la resolución impugnada, sino de un mandato de actuación a los funcionarios públicos correspondientes para que pongan en conocimiento de la autoridad competente –la judicial: Ministerio Público Fiscal y/o Jueces– lo acontecido. La decisión de penalizar la violación de las medidas sanitarias adoptadas para prevenir la introducción o propagación de una epidemia es legislativa, es decir, ha sido y fue adoptada por el Congreso de la Nación, el único órgano constitucionalmente autorizado para legislar en materia penal – artículo 75, inciso 12 de la CN–, quien lo materializó con la sanción del art. 205 del CP, cuya criminalización busca evitar la propagación de una enfermedad.

Y aquí radica el fundamento político criminal en que se funda la peligrosidad de la vulneración de las medidas sanitarias adoptadas por las autoridades competentes.

Dicho en términos claros, que la violación de las medidas sanitarias adoptadas suponga la comisión de un delito no es una decisión del Poder Ejecutivo Nacional, sino del Congreso de la Nación al sancionar el art. 205 del CP, siempre y cuando el Poder Ejecutivo sea la autoridad competente y lo disponga mediante instrumentos jurídicos constitucionales y/o legales.

Aunque el art. 4 del DNU 297/20 aluda a los arts. 205 y 239 del CP, esto no significa que el Poder Ejecutivo Nacional haya legislado en materia penal, puesto que allí solamente dispone que «[...] se procederá de inmediato a hacer cesar la conducta infractora y se dará actuación a la autoridad competente [...]».

Las normas que completan el tipo penal en blanco del art. 205 del CP son las concretas medidas sanitarias, como se anticipó, de los arts.1 y 2 adoptadas para evitar la introducción o propagación de la pandemia, y no las directivas al personal de seguridad para hacer cesar el presunto delito y dar intervención a la autoridad competente.

Se trata de un supuesto jurídico similar al contenido en la ley 23.737, que criminaliza una serie de conductas vinculadas a estupefacientes, y delega en el Poder Ejecutivo Nacional la determinación de los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias alcanzadas por esa ley (véase art. 40 ley 23.737 y 77 del CP, y decretos 772/91 y 299/10, entre otros).

De tal manera, el art. 205 del CP se trata de un tipo penal en blanco, que puede ser válidamente completado por una medida sanitaria imprescindible. En la especie fue completado por los arts. 1 y 2 como regla del DNU 297/20 en la medida en que el Poder Ejecutivo Nacional suspendiendo derechos constitucionales alegando que le correspondía disponerlo al Congreso Nacional y estableció las funciones, actividades y servicios que cumplen las personas y se encuentran exceptuados en el art. 6.

La disposición de las medidas sanitarias frente a una situación de pandemia como la suscitada por el virus SARS-COV-2 debe ejercerse dentro de los límites que las normas e institutos jurídicos expresamente previstos en la Constitución Nacional habilitan y siempre con el debido control judicial que debe ejercerse dentro de sus respectivas competencias y en función de garantía del correcto funcionamiento del sistema democrático establecido en el modelo representativo republicano federal dispuesto en el Código Fundamental de la República.

Distinta es la cuestión sobre si se verificaban o no las exigencias constitucionales para el dictado de un decreto de necesidad y urgencia, esto es, las circunstancias excepcionales que hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución Nacional para la sanción de las leyes, como en el caso, que se dispuso como medida sanitaria de suspender el derecho constitucional de los habitantes a transitar, en la forma como se dispuso. Tampoco resulta relevante el hecho –destacado en la resolución impugnada– vinculado con que el art. 205 del CP es previo a la reforma constitucional de 1994.

Ello no obsta que las leyes penales en blanco sean válidas y puedan ser completadas por un decreto de necesidad y urgencia, en tanto ambas normas (el art. 205 CP y el art. 99, inc. 3 CN) constituyen derecho vigente y no se contradicen ni excluyen entre sí.

En cuanto al argumento según el cual existe una doble imposición entre el Código Penal y los decretos provinciales que preveían multas ante el incumplimiento de ciertas medidas sanitarias, entiendo que se trata de un razonamiento que debe ser revocado.

La jueza de la instancia previa aludió a la multa prevista en el decreto provincial 563/20, aunque la situación es similar a la de otros decretos dictados por el Gobernador de la Provincia que previeron multas como sanción administrativa para el incumplimiento de las medidas sanitarias adoptadas en razón de la pandemia por COVID-19, como los decretos 635/20, 660/20, 762/20, 847/20, 877/20, entre otros.

El argumento falla, a mi entender, desde un punto de vista formal y material, lo que – conjuntamente– le resta toda virtualidad como argumento suficiente para declarar la inaplicabilidad o inconstitucionalidad del DNU 297/20 o del art. 205 del CP, y por ello conduce a la revocación de la sentencia de sobreseimiento pronunciada.

Desde un punto de vista formal, la jueza ha invocado una norma no aplicada al caso concreto sometido a su tratamiento para declarar la inconstitucionalidad de otra norma que era invocada. Se trata de un argumento abstracto, pues en el caso concreto no se sancionó a Rozas Domínguez –o, al menos, no consta en su resolución– con la multa prevista por el decreto provincial 563/20.

De manera tal que no existe interés de parte que se haya visto afectado, pues el argumento se enfoca en evitar la aplicación de dos normas –y en seleccionar entre ellas a la más beneficiosa para el acusado– pero omite considerar que en el caso concreto sólo se aplicó durante la investigación una de ellas, la penal. Más adelante veremos razones de fondo que demuestran la incorrección sustancial de este argumento. Pero por ahora, como primer paso, corresponde hacer notar que el decreto al que alude la resolución no ha sido aplicado, de modo que un primer presupuesto para la pretendida doble imposición penal se ve frustrado.

Es decir, jurídicamente no se trata de doble imposición (o sea, de dos tipos de penas impuestas a Rozas Domínguez), en todo caso debería denominarse la situación hipotética como de doble sanción (o sea, dos tipos de penas previstas para un mismo hecho típico).

A esta razón de orden formal se agregan cuatro motivos de orden sustancial que permiten desvirtuar la argumentación de la jueza de la instancia previa.

En primer lugar, la supremacía constitucional de las normas sancionadas por el Congreso Nacional (federales o de derecho común) dispuesta por los art. 31 y 75 inc. 22 de la CN.

En segundo lugar, debe tenerse presente que los principios penales no son aplicables al derecho administrativo sancionador con la misma extensión y alcances que en el procedimiento penal, dada su diferente naturaleza y finalidad.

Las garantías atinentes al debido proceso legal son extensibles al procedimiento administrativo sancionador, aunque los principios vinculados al Derecho penal no son trasladables sin más, puesto que responden a fundamentos y finalidades diferentes.

Y, en cuanto a los principios relativos al debido proceso, resulta claro que su extensión y alcance no es la misma en materia penal y administrativa.

En este sentido, la resolución impugnada ha omitido considerar el diferente propósito que persiguen el procedimiento administrativo y el penal al invocar el argumento de la doble imposición penal y el principio de aplicación de la ley penal más benigna.

En otras palabras, el enfoque que sustenta la resolución omite tomar en consideración los diversos alcances que las garantías y principios tienen en nuestro ordenamiento jurídico.

En tercer lugar, la prohibición de doble punición penal a la que aludió la jueza en su argumento deriva del principio conocido en el Derecho penal como «**non bis in idem**», según el cual el Estado no puede someter a proceso a un imputado dos veces por el mismo hecho, sea en forma simultánea o sucesiva. Para la aplicación de la garantía, la doctrina exige la existencia de tres «identidades» o «correspondencias». La primera, se debe tratar de la misma persona. La segunda, se debe tratar del mismo hecho. La tercera, debe tratarse del mismo motivo de persecución.

Estas tres correspondencias se suelen identificar con los nombres latinos de eadem persona, eadem res, eadem causa petendi (véase **BINDER, Alberto, Introducción al Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, AdHoc, 1999, pp. 168-169, en el mismo sentido MAIER, Julio, Derecho Procesal Penal, tomo I, Fundamentos, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2013**).

En el caso que nos ocupa, encuentro que la tercera identidad a la que aluden los destacados procesalistas que he mencionado no se verifica.

Precisamente, se trata de causas de persecución diferentes. A mi juicio, el alcance de la garantía no alcanza a la superposición de la intervención estatal administrativa y penal.

Ello, pues cada uno de estos ámbitos de responsabilización responde a diferentes fundamentos y persigue diversas finalidades (en este orden, véase «**Pousa**», **CSJN Fallos 273:66**).

En este sentido, he sostenido que lo previsto en la prohibición de doble juzgamiento es que un suceso sea sometido a una **doble persecución «penal»**, es decir, que al mismo hecho se lo someta en dos oportunidades al riesgo de derivar en la asignación de responsabilidad penal para la misma persona. Sin embargo, nada impide que ese mismo suceso sea revestido de significados jurídicos diversos (véase «**Levatino Scillia**»).

De modo que la garantía que ha invocado la jueza en su resolución no es aplicable al caso que nos ocupa, donde –sin perjuicio de la falta de doble persecución penal en el caso concreto– la conducta atribuida puede ser constitutiva de una infracción administrativa al decreto provincial, a la vez que un delito previsto en el Código Penal.

Esto no resulta, de ninguna manera, contraintuitivo ni es una extrañeza en nuestro sistema jurídico. Piénsese, por ejemplo, en un accidente vial donde el conductor de un automóvil circule a más de 30 km/h del límite de velocidad permitido, cruce un semáforo en rojo y, en esa maniobra, cause la muerte a un peatón y luego huya.

El conductor de nuestro ejemplo deberá afrontar, por ese mismo hecho, una sanción administrativa –que compete a los Juzgados de Tránsito– en razón de las infracciones viales cometidas; simultáneamente, una acción civil por los daños ocasionados; y también un procedimiento penal por el homicidio culposo cometido.

Se trata de diferentes causas de persecución previstas en nuestro ordenamiento jurídico, ninguna de las cuales vulnera la prohibición de doble juzgamiento o de doble imposición penal.

Precisamente, porque sólo una de ellas es de índole «penal».

En cuarto lugar, y retomando lo sostenido en los argumentos anteriores, debo señalar que es errónea la invocación de la garantía de la aplicación de la ley penal más benigna que contiene la resolución impugnada.

El principio ha sido erróneamente invocado, pues se trata de una regla sobre la aplicación temporal de la ley, y no sobre el ámbito material de aplicación de la ley.

Como conclusión, conductas como vulnerar la prohibición de aislamiento social, preventivo y obligatorio podrían simultáneamente dar lugar a una infracción al derecho público administrativo local y constituir un delito previsto en el Código Penal de la Nación.

Ello, como se señaló antes, sin perjuicio de que en el caso concreto no consta, ni fue argumentado por la jueza, que haya existido esa doble intervención estatal.

Las razones expuestas me convencen de que el control de constitucionalidad llevado a cabo por la instancia anterior es erróneo y debe ser revocado. Ninguno de los argumentos que han sido empleados para sostener –como ya dije, de oficio por la jueza– la inconstitucionalidad del art. 4 del DNU 297/20 es apropiado pues se asientan en razones arbitrarias e insuficientes para no aplicar el art. 205 del CP.

Tal manera de afrontar el control de constitucionalidad es contraria a los precedentes de la CSJN y a la medida y prudencia que debe primar al poner en marcha el sistema de frenos y contrapesos institucionales propios de nuestra república. Por los motivos señalados, propongo al acuerdo hacer lugar al recurso planteado por el Ministerio Público Fiscal y revocar la sentencia dictada por el Juzgado Penal Colegiado en autos. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Llorente. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el Dr. PEDRO J. LLORENTE adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso formulado en autos y revocar la sentencia n° 6.680 pronunciada por el Primer Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción y remitir las actuaciones al tribunal correspondiente a fin de que se emita un nuevo pronunciamiento en relación a la solicitud de juicio abreviado realizada en autos. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el Dr. PEDRO J. LLORENTE adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación planteado por la fiscal a cargo de la Fiscalía de Instrucción n° 33 de la Unidad Fiscal Correccional y, en consecuencia, revocar la sentencia n° 6.680 pronunciada por el Primer Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción.
- 2.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a fin de que se emita un nuevo pronunciamiento en relación a la solicitud de juicio abreviado realizada en autos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro Se deja constancia de que el señor ministro Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5 del CPP). Secretaría, 22 de abril de 2022.

2- CASTRO CARRASCO. 06-06-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	-	-	-	PCE	-	-	A	R	-	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=851>

Lex: Art. 205 del CP. DNU N° 297/20

Vox: Pandemia. Infracción art. 205 CP. Delito de peligro. Audiencia remota. Principio de congruencia.

Summa

El **JPC** condenó al nombrado a la pena de **seis meses de prisión en efectivo** por considerarlo autor penalmente responsable de delito de infracción a las medidas sanitarias dispuestas para impedir la introducción o propagación de epidemias (art. 205 del CP) y declaró su reincidencia.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

El **Procurador General** entendió que corresponde rechazar el recurso de casación deducido por la defensa del imputado y confirmar la sentencia impugnada.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación deducido por la defensa y, en consecuencia, confirmar la sentencia dictada.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 207, pronunciada por el JPC N° 1-2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- «Oropel Núñez»;
- «Lima, Franco».

Precedentes relacionados.

- Pietricorena. 23-06-21. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=549>
- Peralta Calderón. 22-04-22. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=804>
- Dominguez. 17-05-22. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=827>

SCJM. Dres.: **Valerio**. Adaro (Licencia). Llorente.

Fallo.

CUIJ: 13-05384492-2/1((028502-26623)) FC/CASTRO CARRASCO ADRIAN ENRIQUEP/ VIOLACION DE MEDIDAS DESTINADAS A IMPEDIR LA INTRODUCCION O PROPAGACION DE EPIDEMIA (COVID-199 P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105558252*

En Mendoza, a los seis días del mes de junio del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05384492-2 caratulada “F. C/ CASTRO CARRASCO, ADRIÁN ENRIQUE P/ VIOLACIÓN DE MEDIDAS DESTINADAS A IMPEDIR LA INTRODUCCIÓN O PROPAGACIÓN DE EPIDEMIAS S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO; segundo, DR. PEDRO J. LLORENTE; y tercero, DR. MARIO D. ADARO.

El defensor oficial de Adrián Enrique Castro Carrasco interpone recurso de casación contra la sentencia N° 207, en tanto condenó al nombrado a la pena de seis meses de prisión en efectivo por considerarlo autor penalmente responsable de delito de infracción a las medidas sanitarias dispuestas para impedir la introducción o propagación de epidemias (art. 205 del CP) y declaró su reincidencia.

El pronunciamiento cuestionado fue dictado por el Juzgado Penal Colegiado de General Alvear, Segunda Circunscripción Judicial, en estos autos N° P-26.623/20.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La sentencia recurrida

El tribunal impugnado resolvió del modo precedentemente señalado, por entender probado «[el] hecho acaecido en fecha 27 de marzo de 2020, donde el señor Castro Carrasco fue aprehendido en Diagonal Carlos Pellegrini y Silvio Trichierra, siendo las 18:58 horas, en violación a las medidas de aislamiento [...] social, preventivo y obligatorio previsto en el [...] DNU 297/20 y que está sancionado con pena de tres meses a dos años en el art. 205 del CP» (constancias audiovisuales, día 10/06/2020, desde 01:31 hasta 02:14).

2.- El recurso de casación de la defensa de Adrián Castro

El recurrente promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 474, incs. 1 y 2 del CPP, esto es, por considerar que existen vicios in iudicando e in procedendo en la resolución que cuestiona.

Con relación a los agravios sustanciales, entiende violados, o erróneamente aplicados, el art. 205 del CP como también el DNU N° 297 dictado por el Poder Ejecutivo Nacional el 19/03/2020 y el Decreto Provincial N° 433, publicado el 20/03/2020.

En ese orden, señala que el art. 205 del CP configura una ley penal en blanco que debe complementarse necesariamente con las normas sanitarias.

El recurrente sostiene que, aún cuando la doctrina mayoritaria la defina como un delito de peligro abstracto, entiende que se trata de un delito de peligro concreto, es decir que debe existir el peligro concreto de introducir o propagar una epidemia, lo que no ocurre en el caso de que la persona no se encuentre enferma.

Así, expresa que en el caso concreto no se tomó ningún recaudo para verificar si el imputado era un agente con contacto o nexo epidemiológico que permitiera presumir que podía ser portador del virus Covid-19.

De igual modo, sostiene que en General Alvear, para la época del hecho, no hubo ninguna persona contagiada por el virus aludido, por lo que la conducta de Castro es atípica. Desde el punto de vista subjetivo, refiere que el imputado tampoco ha obrado con el dolo requerido por la figura.

Al respecto, sostiene que Castro hacía poco tiempo que había salido de la cárcel y que, concretamente declaró, había salido a hacer unas compras a un minimercado que queda a una cuadra y media –como máximo– de su hogar, cuando fue aprehendido por personal policial, luego de ser interceptado circulando en la vía pública a una cuadra de distancia de su vivienda.

Además, señaló que el acontecimiento ocurrió en un horario cercano a las seis de la tarde, que se encontraba con ropa de entre casa y que había salido a hacer unas compras que le había solicitado su pareja, la señora Mariana Rodríguez, que lo aprehendieron no sabe en qué horario, que hubo una demora del personal policial y que, en definitiva, el acta de aprehensión se formuló y se llenó en sede de Comisaría 14. De lo expuesto, el impugnante infiere que Castro se encontraba circulando en los límites horarios establecidos, cercanos a las 18 horas, pero que todo se habría demorado por el procedimiento policial.

Por otro lado, la defensa del acusado considera que no se ha violentado el bien jurídico protegido por la norma intimada –salud pública– de manera concreta porque, hasta ese momento, no había habido en el departamento de General Alvear circulación viral que permitiera inferir que Castro Carrasco, por estar a unos pocos metros de su casa, estuviera poniendo en peligro la salud de la comunidad.

En cuanto al conocimiento de la norma, sostiene que, a pesar de la amplia difusión del DNU señalada por el sentenciante, el acceso de su defendido a la información era menor a la de un ciudadano medio, puesto que no tenía ni siquiera un celular con acceso a internet. En relación a los agravios formales, considera que el debate que concluyó con la sentencia condenatoria que aquí se impugna es nulo de nulidad absoluta. Ello, por cuanto se realizó en forma remota, sin la presencia del imputado en las distintas audiencias. Señala que algunas de las audiencias se hicieron en sala virtual, y otras en la sede de la Defensoría penal de mayores de General Alvear.

Agrega que el imputado no prestó su consentimiento, ni de modo expreso ni tácito, y solamente se limitó a comparecer a la citación y estar a derecho. Asimismo, señala que la sentencia es nula por carecer de la determinación circunstanciada del hecho que el Tribunal ha tenido por acreditado. Sostiene además que se ha vulnerado el principio de congruencia, toda vez que el Fiscal en sus alegatos menciona el Decreto Provincial N° 433 como complementario del DNU nacional, pero ni del acta de imputación formal ni del pedido de audiencia de acusación se desprende la notificación de aquel decreto al imputado. Agrega que el a quo tampoco hizo mención a la violación del decreto provincial alegada por el representante del Ministerio Público Fiscal, ni explicó en sus fundamentos por qué ha descartado los mandatos derivados de los principios de lesividad, mínima intervención y ultima ratio del derecho.

Finalmente, el impugnante considera que en el fallo cuestionado se ha omitido valorar circunstancias y elementos de prueba dirimientes para determinar el horario en que efectivamente el imputado circulaba por la vía pública, tales como la declaración de la pareja del imputado, el hecho de que el móvil policial se demoró, y que pudo haber una tardanza en la confección del acta en sede de la Comisaría 14. Sostiene, además, que la decisión se ha basado en apreciaciones contradictorias, violatorias de las reglas de la sana crítica racional, lo que deriva en su nulidad.

En función de ello, solicita se admita el motivo sustancial y se absuelva al imputado del delito oportunamente intimado, o bien, se anule la sentencia y sus fundamentos y se reenvíe la causa al subrogante legal para que resuelva la situación de Castro Carrasco. Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen de Fiscal Adjunto en lo Penal

En oportunidad de emitir su dictamen, el Fiscal Adjunto entendió que corresponde rechazar el recurso de casación deducido por la defensa del imputado y confirmar la sentencia impugnada.

Ello, en razón de que el Tribunal contó con elementos de convicción suficientes para condenar a Adrián Castro del modo en que lo hizo y que la sentencia se fundó de manera sólida, analizándose debidamente y en conjunto los indicios y pruebas colectados.

Asimismo, señala que las audiencias de debate fueron realizadas en estricto cumplimiento de los protocolos de trabajo establecidos por esta Suprema Corte de Justicia y atendiendo a lo dispuesto por el Poder Ejecutivo Nacional respecto del aislamiento social, preventivo y obligatorio.

Destaca que el imputado estuvo presente en todas ellas y que éstas fueron suspendidas cuando Castro no había podido conectarse por problemas técnicos, teniendo la oportunidad de expresarse cuando se le dio el uso de la palabra y que por ello no se advierte vulneración al derecho de defensa.

Finalmente, destaca que los hechos fueron dados a conocer al imputado en forma detallada al igual que la prueba y los elementos objetivos y subjetivos de la figura endilgada, tal como surge del comienzo de la alocución del juez de la causa.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Por diversas razones estimo que corresponde rechazar el recurso de casación deducido por la defensa de Adrián Castro Carrazco y, en consecuencia, confirmar la sentencia cuestionada, conforme se explicará a continuación. Sin perjuicio de la técnica recursiva desarrollada por el impugnante y a los fines de dar un tratamiento ordenado a sus planteos, resulta conveniente reseñar los motivos de agravio expresados en el escrito casatorio y analizarlos conforme el orden propuesto.

Así, los cuestionamientos se refieren a:

- a) errónea interpretación del art. 205 del CP y falta de acreditación del peligro concreto;
- b) nulidad del debate por desarrollarse en forma remota;
- c) nulidad de la sentencia por carecer de la determinación circunstanciada del hecho;
- d) vulneración del principio de congruencia; y
- e) errónea valoración probatoria, falta de acreditación del elemento subjetivo del tipo penal atribuido y del horario de aprehensión.

a) Acerca del carácter del delito previsto por el art. 205 del CP

El recurrente alega que, no obstante ser criterio mayoritario en la doctrina que el artículo 205 CP regula un delito de peligro abstracto, se trata de un delito de peligro concreto.

De esta manera, el peligro debe surgir acreditado en el caso de que se trate, lo que no ha ocurrido respecto de la conducta atribuida a su defendido porque, en ese momento, no existía circulación viral en la ciudad de General Alvear y porque no se realizó ningún estudio para determinar que Castro portaba Covid-19.

Al respecto, cabe señalar que el agravio bajo análisis no constituye más que una interpretación particular de la norma bajo análisis y que per se no constituye razón suficiente para calificar de errónea o inadecuada la interpretación efectuada por el a quo.

Sobre todo si esa última posición encuentra respaldo en la mayoría de la doctrina y el recurrente no ha logrado demostrar sus falencias o las razones por las que debería ser descartada.

En efecto, el recurrente se limita a expresar que, en su opinión, la figura penal endilgada es un delito de **peligro concreto** pero no explica los motivos en los que funda su posición ni por qué sería inadecuado enrolarse en un criterio distinto al suyo.

En otras palabras, aún cuando la resolución del caso pueda beneficiar al recurrente si se aplicase el criterio doctrinario por él pretendido, esa circunstancia no invalida la interpretación del sentenciante basado en una posición doctrinaria mayoritaria (**Creus, Fontán Balestra, Núñez, Soler y Buompadre**) que nada tiene de arbitraria.

En tal sentido, nuestro Cívero Tribunal ha sostenido que «la sentencia apelada no exhibe el vicio de arbitrariedad que se le endilga si, más allá de su grado de acierto o error, se sustentó en una interpretación posible de las normas [...] que encuentra apoyo en la opinión mantenida por parte de la doctrina» (Fallos: 334:13).

No pasa inadvertido que la defensa de Castro Carrazco considera que la conducta de su defendido no ha violentado el bien jurídico protegido por el art. 205 del CP –la salud pública–, teniendo en cuenta que, hasta ese momento, no había en el departamento de General Alvear circulación viral que permitiera inferir que por estar el imputado a unos pocos metros de su casa estuviera poniendo en peligro la salud de la comunidad.

Sin embargo, entiendo que la disposición gubernamental que el sentenciante ha tenido como transgredida por el imputado –DNU 297/20–, ha sido adoptada por el gobierno nacional como una medida de **prevención** con el fin de evitar la introducción y propagación del virus COVID-19.

Es allí donde radica el fundamento político criminal en que se funda la peligrosidad de la vulneración de las medidas sanitarias adoptadas por las autoridades competentes y no en el peligro concreto invocado por el recurrente.

En función de ello, entiendo que el agravio bajo estudio no constituye más que un desacuerdo con la solución adoptada por el a quo y que las verificaciones pretendidas –tendientes a corroborar si Castro Carrazco podía propagar el virus– no resultan dirimentes en tanto el delito se consuma con la sola actividad transgresora de la norma en cuestión. Por los motivos referidos, entiendo que este punto de agravio debe ser rechazado.

b) Cuestionamientos sobre la realización de la audiencia de debate bajo modalidad remota

El recurrente considera que el debate llevado a cabo en las presentes actuaciones es nulo por haberse realizado de forma remota, sin la presencia del imputado en las distintas audiencias.

Señala que Castro Carrazco nunca prestó su consentimiento para que el juicio se realizara de la forma referida y que tan sólo se limitó a comparecer y a estar a derecho.

No obstante, entiendo que tal argumento defensivo no puede prosperar en esta instancia en virtud de dos razones.

La primera de ellas relacionada con el contexto de pandemia al que se hizo referencia en el apartado precedente, en virtud del cual tanto esta Suprema Corte de Justicia como los Ministerios Público Fiscal y de la Defensa han adoptado todas las medidas necesarias tendientes a no afectar el normal desenvolvimiento de la administración de justicia, en estricta observancia de los principios que inspiran el sistema procesal penal y, en especial, el derecho de defensa.

En esa línea, se han diagramado y puesto en vigencia diversos protocolos tendientes a procurar la realización de las audiencias previstas en el Código de Procedimiento, asegurando los derechos de los imputados y de las víctimas. Ellos se advierten plenamente observados en la causa traída a conocimiento de este Tribunal.

En efecto, y tal como surge de las constancias de la causa, si bien el imputado no se encontraba presente en el mismo recinto que las otras partes del proceso y el juez de la causa –puesto que cada uno de ellos se encontraba en un lugar diferente en función del ASPO–, presenció de modo telemático todas y cada una de las audiencias que formaron parte del juicio propiamente dicho, pudo escuchar todo lo que en ellas aconteció e intervenir cuando resultó procesalmente oportuno.

Es más, conforme se advierte de los registros de la audiencia llevada a cabo en fecha 05/06/2020 y de las constancias de fs. 71 y vta., aquella fue suspendida por expreso pedido del representante del Ministerio Público Fiscal, toda vez que consideró que el imputado no tenía buena conectividad, y fue retomada una vez que Castro Carrazco asistió a la sede de la Defensoría donde se arbitraron los medios para que tuviese buena conexión.

En virtud de ello, no se advierte cuál es el menoscabo que las garantías del imputado habrían sufrido para que su abogado defensor propicie la nulidad de las audiencias aludidas.

La segunda razón se funda en que la defensa del imputado estuvo de acuerdo en todo momento en que el debate se realizara de modo remoto, puesto que ninguna objeción formuló al inicio del juicio y tampoco durante el desarrollo de las sucesivas audiencias. P

Por el contrario, estuvo de acuerdo con el fiscal de la causa en suspender la audiencia hasta tanto se le pudiera ofrecer al imputado una mejor conectividad, circunstancia que aconteció cuando el imputado concurrió y participó del juicio desde la sede de la Defensoría penal de mayores de General Alvear, como el propio recurrente manifestó en su escrito casatorio.

A ello cabe agregar que, aún cuando el imputado no haya manifestado su expreso consentimiento para que el debate se realice del modo referido, sí lo ha hecho de manera tácita su defensa –quien sí conoce las normas que tutelan los derechos de su defendido y los alcances de la conducta procesal asumida– al no objetar y participar, junto a su defendido, en todas las audiencias de debate cuya nulidad hoy pretende. En función de tales argumentos, el presente agravio tampoco puede prosperar.

c) Determinación circunstanciada del hecho en la sentencia recurrida

Se agravia la defensa de Castro Carrazco por entender que la sentencia es nula por haberse omitido en ella la determinación circunstanciada del hecho.

Sin embargo, el planteo es claramente improcedente teniendo en cuenta la reseña efectuada en la primera parte de esta cuestión, donde se consignaron los hechos que el a quo tuvo por acreditados.

Si bien el relato puede aparecer como escueto o conciso, lo cierto es que se han indicado las circunstancias tiempo, modo y lugar del hecho atribuido al imputado, con la claridad necesaria para que éste pueda saber a ciencia cierta qué acontecimiento se le atribuye y, en virtud de ello, ejercer su derecho de defensa. En ese orden, surge evidente que tanto Castro Carrazco como su asistencia letrada supieron a lo largo del debate y, en esta instancia, al ejercer su derecho al recurso cuál es el acontecimiento y conducta endilgada, puesto que contra ellos han expuesto sus argumentos de descargo.

En función de lo cual, el agravio casatorio carece de la relevancia necesaria para derivar en la sanción de nulidad que se pretende y, por ello, debe ser rechazado.

d) Sobre la observancia del principio de congruencia

El recurrente sostiene que la sentencia condenatoria que aquí resiste ha vulnerado el principio de congruencia, puesto que el fiscal de la causa en sus alegatos mencionó, como complementario del DNU nacional, al decreto provincial 433/20 cuando esta intimación no surge del acta de imputación formal, ni del pedido de audiencia de acusación y tampoco fue mencionada por el a quo.

Como se advierte, este cuestionamiento tampoco puede ser acogido en esta instancia, puesto que ninguna afectación al derecho de defensa se deriva de la situación descripta por el recurrente.

En efecto, si bien el órgano acusador pudo haber mencionado como complementaria del DNU nacional 297/20 la norma provincial dictada en consecuencia, lo cierto es que el mandato transgredido resultó claro para el imputado y su defensor, esto es, haber circulado por la vía pública fuera del horario permitido, 18:00 horas, sin ser una de las personas exceptuadas por la norma referida.

Y ello aconteció desde el inicio de la investigación hasta el dictado de la sentencia condenatoria, puesto que –como el propio recurrente expresó– el a quo ninguna mención hizo al decreto provincial.

En virtud de ello, no se advierte ninguna sorpresa para el imputado o su defensor que le haya impedido conocer acabadamente el alcance de la acusación y ejercer los actos pertinentes a su defensa durante el desarrollo del proceso y en la instancia de debate, por lo que considero que el principio de congruencia no ha sido transgredido en estas **actuaciones (precedentes «González Muñoz» y «Becerra Guajardo», entre otros).**

Por lo expuesto, el cuestionamiento defensivo basado en la vulneración del principio antes aludido debe ser rechazado.

e) Acerca de la valoración probatoria, de los elementos que configuran la figura penal endilgada y del horario de aprehensión

En relación a este punto de agravio, el recurrente sostiene que su defendido no actuó con el dolo requerido por la figura penal que se le atribuye.

Concretamente, sostiene que Castro había salido hacía poco tiempo de la cárcel y que no sabía que las medidas fueran tan estrictas, que él solo pretendía ir al local comercial en procura de lavandina y comestibles –conforme le había pedido su pareja– porque algunos comercios no cerraban exactamente a las 18 horas.

Asimismo, refiere que el horario en que fue aprehendido se debió a la demora del personal policial, que la circulación que se le atribuye se produjo cerca de las 18 horas y que, en este aspecto, el a quo omitió valorar elementos de prueba dirimentes.

No obstante los argumentos de la defensa antes expresados, considero que la prueba rendida en las presentes actuaciones es clara y categórica en demostrar que efectivamente Castro conocía las medidas tendientes a evitar la circulación con posterioridad a las 18 horas y que, a pesar de ello, adoptó una conducta contraria a aquéllas disposiciones.

Estas circunstancias surgen con nitidez de las declaraciones testimoniales de uno de los efectivos policiales que lo aprehendieron –Luciano Iglesias–, de lo manifestado por Mariana Rodríguez y de los dichos del propio imputado, al formular su descargo. En efecto, el auxiliar de policía Iglesias declaró que una de las personas que aprehendieron, sin recordar cuál de ellas, le había manifestado que «estaban cansados de estar encerrados» y que «habían salido a dar una vuelta a la cuadra [...]».

Reiteró que le he habían manifestado «si no pasa nada, salimos a dar una vuelta porque estamos cansados de tanto estar encerrados» y agregó «como que no tomaban importancia de la gravedad del hecho» (constancias audiovisuales de la audiencia celebrada el 09/06/20, minuto 33:47/34:03 y minuto 41:55/42:03).

A su vez, la señora Mariana Rodríguez –pareja del imputado– señaló que Castro Carrasco había salido por breves minutos a hacer unas compras, que regresó a la casa, dejó una mochila, salió de nuevo y no regresó más; que sabía que la cuarentena había empezado en marzo aunque no recordaba bien la fecha y que los comercios cerraban, pero que Castro tenía tiempo para llegar al negocio (constancias audiovisuales de la

audiencia celebrada el 09/06/20, minuto 01:03:48/01:04:21; 01:08:35/01:08:44; y 01:10:03/01:10:37). Y, finalmente, Castro Carrazco manifestó que sabía de la cuarentena, pero pensó que no era tan así, como sostuvo el sentenciante (constancias audiovisuales de la audiencia celebrada el 10/06/20, minuto 07:00/07:13)

Como se advierte de las manifestaciones reseñadas, no cabe duda que la prohibición de circular en la vía pública después de las 18 horas no sólo era de público conocimiento, sino que también eran conocidas por el imputado.

Por otro lado, y en cuanto a que el horario de aprehensión sería uno distinto al consignado en las actas de procedimiento y aprehensión cabe referir que la prueba colectada también es conteste en refutar tal hipótesis.

Así, el funcionario policial Oscar Horlacher manifestó que habían sido desplazados hacia el Barrio Irrigación, entre las 18 horas y las 18:30 horas a raíz de un llamado que denunciaba personas en actitud sospechosa.

Agregó que la medida dio resultado negativo, por lo que volvieron y, al hacerlo, advirtieron la presencia de dos personas en la vía pública que iban circulando.

Asimismo, expresó que las actas de procedimiento y aprehensión se llenaron y firmaron en sede de Comisaría 14 después de las 19 horas, pero que el horario de aprehensión es el que consta en las actas respectivas, es decir las 18:58 horas (constancias audiovisuales de la audiencia celebrada el 09/06/20, minuto 05:45/06:25 y 08:15/08:25).

Al respecto, el auxiliar Iglesias sostuvo que, si bien no recordaba con exactitud la hora, el hecho acaeció aproximadamente a las 19 horas, que las persona aprehendidas «no llevaban consigo ningún tipo de productos que hayan comprado o elementos» y que el negocio se ubica en una dirección distinta a la que traían estos ciudadanos (constancias audiovisuales del día 09/06/20, minuto 32:44/32:48; 37:26/37:29 y 38:15/38:24).

En cuanto a este punto, debe señalarse también que –como ya se consignó– Mariana Rodríguez manifestó que «como a las cinco y media» ella le pidió a Castro que fuera a comprar lavandina y algo para comer en la noche, que él salió, volvió «al ratito», dejó una mochila y salió de nuevo, y que no lo vio más (constancias audiovisuales de la audiencia celebrada el 09/06/20, minuto 01:03:48/01:04:21).

Ahora bien, todos estos elementos de prueba fueron efectivamente valorados por el a quo y de su ponderación conjunta surge que efectivamente la aprehensión de Castro Carrazco y de su acompañante se produjo en el horario consignado en las actas de aprehensión y no antes.

Ello, en virtud de los instrumentos en que se formalizaron y también de las declaraciones vertidas por los oficiales actuantes, las que resultaron «claras e imparciales, aportando datos que no habían sido señalados al interiorizárseles de por qué habían sido citados a prestar declaración», tal como señaló el sentenciante (constancias audiovisuales de la audiencia celebrada el 10/06/20, minuto 19:52/20:30).

Estas circunstancias ponen de resalto que carece de sustento probatorio la hipótesis defensiva tendiente a lograr la convicción de que el imputado no se encontraba circulando en la vía pública en un horario vedado por las autoridades competentes y que el horario consignado en las actas de aprehensión y de procedimiento se debió a una demora policial.

Es más, de las constancias referidas no surge el motivo por el cual el imputado se encontraba a las 18:58 horas circulando por la vía pública si había salido de su hogar en procura de alimentos antes de las 18 horas, según informó su pareja, Mariana Rodríguez, si se tiene en cuenta que entre su domicilio, el local comercial y el lugar en que fueron aprehendidos existía una distancia de no más de 150 metros.

En otras palabras, la escasa distancia entre los tres puntos de referencia no justifica que Castro Carrazco haya estado en la vía pública casi una hora después desde que salió de su casa, sin haber llegado al local comercial –lo que se infiere de no tener en su poder los elementos cuya compra se le encomendó–.

En virtud de ello, considero que el horario de aprehensión se encuentra suficientemente acreditado, al igual que el dolo de la figura penal endilgada, por lo que el cuestionamiento de estos extremos debe ser rechazado en esta instancia.

Por todo lo expuesto, entiendo que corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso de casación deducido por la defensa de Adrián Enrique Castro Carrazco. ASÍ VOTO.

Voto. Dr. Llorente. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede. SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación deducido por la defensa de Adrián Enrique Castro Carrazco y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 207 dictada por el Juzgado Penal Colegiado de General Alvear, de la Segunda Circunscripción Judicial.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 06 de junio de 2022.

3- PALOMO DAVILA. 10-06-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
														474
-	-	-	-	-	-	-	A	-	CR	-	-	-	N	353

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=852>

Lex: Art. 205 CP. DNU 297/20. Art. 99 inc. 3 CN. Art. 271, 293, 359, 315, 391

Vox: Pandemia. Infracción art. 205 CP. Inconstitucionalidad Decreto 297/20. Daño simple. Evasión. Resistencia. Delito de peligro abstracto.

Summa:

El TPC hizo lugar al recurso de apelación planteado por la defensa de Palomo Dávila y **lo sobreseyó del delito de infracción al art. 205 del Código Penal**, del delito de daño agravado por ser ejecutado en venganza a las determinaciones de la autoridad y resistencia a la autoridad, todo en concurso real (arts. 205, 184 inc. 1, 239 y 55 del CP).

El MPF interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP). Plantea cuatro cuestiones: (i) una sustantiva, relativa a la conducta típica del art. 205 del CP y la clase de tipo penal que supone este delito; (ii) otra fáctica, sobre si está probado o no que Palomo Dávila se encontraba autorizado para circular; (iii) la vinculada con la calificación del hecho que se le atribuye a título de daño agravado; y (iv) una última, sobre el modo de interpretar los elementos típicos de la figura de resistencia a la autoridad.

El **Procurador General** mantuvo el recurso promovido.

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación planteado por el MPF y **anular la sentencia** impugnada, en cuanto sobresee al acusado por los delitos enrostrados, remitiendo los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1444, pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.

Doctrina citada.

ESTRELLA, Oscar Alberto; GODOY LEMOS, Roberto, Código Penal. Parte Especial. De los delitos en particular. Análisis doctrinario. Jurisprudencia seleccionada, Buenos Aires, Hammurabi, tomo 3, pp. 175-176;

ABOSO, Gustavo Eduardo, Código Penal de la República Argentina. Comentado, concordado con jurisprudencia, Buenos Aires, BdeF, 2014, pp. 1107/1108;

CREUS, Carlos, Derecho penal. Parte especial, Buenos Aires, Astrea, 1998, tomo 2, p. 84; D'ALESSIO, Andrés José (dir.), Código Penal. Comentado y Anotado, Buenos Aires, La Ley, 2004, Parte Especial, p. 657;

DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal. Parte Especial, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2002, tomo III-C, p. 248, entre otros).

FRISTER, Helmut, Derecho penal. Parte general, Buenos Aires, Hammurabi, 2016, p. 168;

JAKOBS, Günther, Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 209

FONTÁN BALESTRA, Carlos, Derecho Penal, Parte Especial, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, pp. 432-433;

NÚÑEZ, Ricardo C., Tratado de Derecho Penal, Parte especial, Córdoba, Marcos Lerner, 1988, tomo III, vol. II, p. 154;

SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1992, t. III p. 579).

BACIGALUPO, ob. cit., p. 573; en el mismo sentido, **FRISTER**, ob. cit., pp. 683-686; **SOLER**, ob. cit., pp. 225-226

SCJM. Dres.: **Valerio**. Adaro (Licencia). Llorente.

Fallo.

CUJ: 13-05706552-9/1((018601-34568)) F. C/ PALOMO DÁVILA DIEGO RAÚL Y OT. P/ VIOLACION A MEDIDAS CONTRA LA PANDEMIA Y N° P-46476/20, CARATULADA F.C/ PALOMO DÁVILA DIEGO RAÚL P/ VIOLACIÓN A MEDIDAS CONTRA PANDEMIA (34568/20) (34568) (46476/20) (46476) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105891199*

En Mendoza, a los diez días del mes de junio del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-05706552-9/1 caratulada “F. c/ PALOMO DÁVILA, DIEGO RAÚL P/ VIOLACIÓN A MEDIDAS CONTRA LA PANDEMIA (...) S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, Dr. JOSÉ V. VALERIO, segundo Dr. PEDRO J. LLORENTE y tercero Dr. MARIO D. ADARO.

El titular de la Fiscalía de Instrucción n° 1 de la Unidad Fiscal de Homicidios y Violencia Institucional plantea recurso de casación contra la sentencia n° 1.444 pronunciada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial, por cuanto hizo lugar al recurso de apelación planteado por la defensa de Diego Raúl Palomo Dávila y **lo sobreseyó del delito de infracción al art. 205 del Código Penal**, del delito de daño agravado por ser ejecutado en venganza a las determinaciones de la autoridad y resistencia a la autoridad, todo en concurso real (arts. 205, 184 inc. 1, 239 y 55 del CP) que se le atribuían en los autos n° P- 34.568/20 y P-46.476/20.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La sentencia impugnada rechazó el planteo defensivo de inconstitucionalidad del DNU 297/20, y sobreseyó al acusado de los delitos que se le atribuían. En relación con los puntos que han sido impugnados y que constituyen el objeto de este pronunciamiento, el juez de la instancia previa fundó su decisión del modo que se transcribe a continuación: «[...] Yendo al tipo del artículo [...] 205 del Código Penal [...] en primer lugar voy a hacer una valoración a nivel general antes de referirme al artículo 205. En lo personal, me parece una vergüenza, una vergüenza, que se utilice al sistema penal, al Derecho penal para tratar este tipo de causas. Son las lesiones, las eventuales lesiones a un bien jurídico si es que las hay, es mínima. Hacer un despendio de actividad jurisdiccional para el tratamiento de estas causas, no sólo que es una ofensa y un despilfarro, sino que también se vulneran los derechos mínimos de cualquier persona, al estar sometida a estar privada de su libertad, para tener que responder por estos eventuales delitos. Este artículo 205 del Código Penal, a diferencia de lo que sostiene parte de la doctrina, yo entiendo que es un delito de peligro concreto. ¿Y por qué digo esto? Porque es un delito penal abierto, un tipo penal abierto, y sabemos todas las objeciones que tienen los delitos penales abierto, de tipo abierto, porque violan el principio de legalidad, el principio de taxatividad, el principio de ley cierta y ley escrita, que no son principios menores. Y cuando estos principios se violan y se violan en perjuicio del imputado, bien, entonces hay que ser mucho más cuidadosos. Pero este delito de peligro abstracto, perdón, esta figura penal abierta, es un delito de peligro concreto [...]» –conf. constancias audiovisuales del 13/11/2020, min.

52:34 a 54:30—. «[...] Ya la acusación entiendo que tiene una falencia. El artículo 205 del Código Penal dice básicamente “Será reprimido con prisión de seis meses a dos años el que violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes para impedir la introducción o propagación de una epidemia”. Bien. ¿Por qué digo que ya hay una falencia en la acusación? Me tienen que especificar a mí cual de las dos conductas típicas es la que estoy violando, qué estoy haciendo. O estoy introduciendo una epidemia o estoy propagando una epidemia. No es lo mismo introducir que propagar. Y cuando hay acusaciones, cuando el tipo penal tiene conductas alternativas para describir un hecho, a mí cuando se me acusa me tienen que indicar cuál de esas conductas es la que estoy incumpliendo o eventualmente estoy incurriendo. Si no, no sé de qué me están acusando; y obviamente no puedo defenderme. Entonces ya la acusación tiene un déficit en no señalar cuál de estas alternativas es la que corresponde [...]» –v. audiencia, hasta minuto 55:45—. «[...] Pero sin perjuicio de eso [...], o a mayor abundamiento, entiendo que este es un delito de peligro concreto. ¿Qué significa esto? Que no sólo tengo que violar las medidas adoptadas por la autoridad competente sino, eventualmente –y el caso sería este, para propagar una epidemia ya que no creo que el señor Palomo anduviera con algún recipiente con covid y estuviera “introduciendo”, porque la epidemia ya estaba, sino lo que eventualmente el haría es “propagar”- bien, el peligro concreto significa que el señor Palomo de alguna manera tiene que propagar esta epidemia y la única manera de propagar esta epidemia es que el señor Palomo tuviera signos -acreditados, médicos- de que porta el virus. Es decir, tuviese un hisopado positivo o los estudios o análisis dijeran que él es realmente un portador del virus. Entonces no solo tengo que violar las normas, [...] las “medidas adoptadas por la autoridad competente”, y eventualmente no salir en días determinados, sino que a su vez yo tengo que ser el portador del virus. Sino no puedo propagar nada. Si yo no estoy enfermo, yo no puedo propagar nada. Entonces ya en el hecho, esto que me parece que es básico a la hora de imputar y a la hora de detener, debe determinarse si ha habido peligro concreto en esta posible alteración o violación de las medidas adoptadas [...]» –v. audiencia, hasta minuto 57:31—. «[...] Esto por un lado.

Si se tiene en cuenta, como dijeron las partes, que en las dos imputaciones que se le formulan [...] que son dos infracciones al 205 que se le hacen; bueno, señores, acá hay que ponerse de acuerdo. En la audiencia anterior, el número de documento del señor Palomo terminaba en 5. Si el documento termina en 5, puede salir los días viernes. El 20/02/19 es un día viernes, entonces yo no estoy violando ninguna medida de nada, porque es el día que estoy autorizado para salir [...].

El primer delito que se le atribuye es del 1/05/20, ese día es un día viernes. Ese día el señor Palomo no se le puede ni siquiera decir que violó las normas adoptadas por la autoridad competente porque ese día se podía salir.

Y segundo, como es un delito de daño concreto no hay un hisopado, ni nada que diga que el señor estuvo con covid, y por eso no puede propagar el eventual delito que se le imputa. El 20/06 es un día sábado. Este sí es un día que no podía salir. Pero acá hay que ver otra cosa, que el señor Palomo dijo que su actividad laboral –en la audiencia anterior- es trabajar en la Bodega Peñaflor. Los trabajadores de la actividad que hace mención el señor Palomo son una actividad vinculada a la industria alimenticia. Es decir que son precisamente los que están exceptuados de cumplir el decreto nacional que se cuestiona. Hay gente que puede salir, de acuerdo a la actividad que haga, puede salir [...]. Es decir que si mi número de documento no me habilita para salir el día sábado, pero yo puedo salir los viernes, lunes, martes, miércoles porque la actividad que yo hago está precisamente exceptuada en el decreto nacional. [...] Es decir, dos críticas a la imputación del artículo 205. Primero: no hay peligro concreto demostrado en ninguno de los dos supuestos, no puede propagar quien no tiene el virus –y no se ha demostrado que

tenga el virus- y segundo, en un supuesto estaba autorizado para salir porque era el día su documento, y el otro supuesto estaba autorizado para salir por la actividad que desempeña. En síntesis: jamás –y por eso es una vergüenza que se utilice el Derecho penal para esto- jamás el señor Palomo debería haber sido imputado por este artículo 205 o por estas supuestas violaciones a estas medidas [...]» –v. audiencia, hasta 01:00:58–.

En relación con el daño agravado en venganza de las determinaciones de la autoridad señaló que ese «[...] comportamiento, aún en el supuesto de patear la puerta del móvil y darse a la fuga, esto no es daño agravado en venganza de sus determinaciones. Esto es precisamente el delito de evasión, cuando alguien está detenido o aprehendido y simplemente pretende darse a la fuga, en este caso, eventualmente, con daños a una cosa. Pero dos cosas. Primero, no viene acusado por evasión, viene acusado por el delito de daño agravado en venganza de sus determinaciones [de la autoridad]. De ninguna manera esta conducta responde a ese tipo objetivo. Esto, sin hablar –como dice el señor Palomo- simplemente la puerta estaba mal cerrada y él la empujó con los pies y pudo darse a la fuga. Y esto nos lleva de la mano –primero hay una atipicidad en los delitos del 205, segundo, hay una atipicidad en el comportamiento que se le atribuye y que se caratula como daño agravado en venganza de sus determinaciones– y en cuanto al delito de resistencia a la autoridad, la resistencia a la autoridad requiere algo más que el simple ejercicio de la fuerza o el simple despliegue de la fuerza, para que se configure el delito. La resistencia a la autoridad se requiere una fuerza superior a la ordinaria. [...]

El señor Palomo ha mostrado las lesiones que tenía en su cuerpo y ha dicho que ha denunciado la situación. ¿Cómo no va a ofenderse la defensa y cómo no va a ofenderse alguien, cuando ve que los delitos no son tratados de la misma forma? El derecho a la igualdad y la igualdad ante la ley significa que la ley es eficiente para todos. ¿Cómo se investigan los delitos contra el señor Palomo? De una forma, con tanta insistencia. ¿Y cómo se investigan los delitos que él denuncia? No sabemos qué es lo que ocurrió, no sabemos el avance de la causa, no sabemos siquiera si acusaron. Tiene razón la defensa cuando dice que acá no hay igualdad ante la ley. Acá no hablo de usted doctor Torres, hablo por el Ministerio Público.

Este Ministerio Público opera con una selectividad que haría escandalizar al más poco devoto de las garantías constitucionales, por la forma en que se maneja. Vemos

que el artículo 205 se aplica a quienes protestan, a los trabajadores que protestan en la Peatonal y son reprimidos. A los chicos que patinan en skate en el parque municipal, también se los reprime y se les atribuye este delito. Sin embargo, cuando se hacen estas manifestaciones en contra del gobierno nacional, ahí es un secreto a voces que se ordena no imputar a nadie. Y yo no he visto ninguna imputación, ni siquiera del diputado De Marchi que estaba en una manifestación cuando no correspondía con el día que podía salir. No sé si han imputado a alguien. Entonces, la aplicación selectiva y no como política criminal sino como, ya le diría, política partidaria por parte del Ministerio Público de criminalizar con el artículo 205 a algún sector de la población, mientras que otro sector se maneja impune, esto debería ya ser un llamado de atención para todos. Y les recuerdo que no existe la obediencia debida del Ministerio Público.

Si eventualmente hay una orden ilegal, o se da una orden ilegal, no hay por qué cumplirla. Y si se cumple, se comete un delito de la misma forma que aquél que da la orden. Entonces tiene razón la defensa cuando cuestiona y critica que acá hay una selectividad del Derecho penal en criminalizar a un sector de la población –y siempre a ese sector- se suma una nueva discriminación y sectorización en el ejercicio del Derecho penal en la aplicación [...]» –v. audiencia, hasta minuto 01:05:48–.

2.- Recurso de casación

El representante del Ministerio Público Fiscal formula recurso de casación contra la resolución reseñada, por considerar que incurre en vicios de interpretación y aplicación de la ley sustantiva y en vicios procedimentales, es decir, por los motivos indicados en los incisos 1 y 2 del art. 474 del CPP.

En primer lugar, explica que el razonamiento sobre el tipo penal previsto en el art. 205 del CP efectuado por el juez es inexacto. Refiere al respecto que el juez consideró que la conducta reprimida es «introducir o propagar» una epidemia, mientras que el tipo penal reprime al que «violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia».

Es decir, la acción típica consiste en violar las medidas dispuestas por la autoridad competente, y por ello el verbo típico es «violare» esas medidas, y no «introducir o propagar» la epidemia. La violación se produce con un acto de desobediencia a un mandato legal, que se consuma con la realización del acto prohibido u omisión del ordenado y no requiere un resultado ni la concreción del peligro de introducción o propagación de la epidemia, ni tampoco la afectación a ninguna persona.

Por eso, afirma el recurrente, la acción típica en el caso concreto consistió en violar las disposiciones adoptadas por el DNU 297/20 del Poder Ejecutivo Nacional y sus prórrogas, medidas que fueron compulsivas y de carácter obligatorio. Explica que se trata de un tipo penal en blanco, que puede ser completado por otras normas legales o administrativas que pueden ser nacionales o provinciales, siendo suficiente que la autoridad sea competente para dictarlas.

En segundo lugar, afirma que no es correcto que Palomo Dávila haya estado autorizado para circular por desempeñar una actividad esencial. Por una parte, porque esto no fue invocado ni acreditado por la defensa. Por otra, porque al momento de verificarse la primera infracción que se le atribuye eran las 09:05 horas, el acusado tenía un grado de alcoholización de 1.83 g/l, y manifestó que «iba a comprar al [supermercado] Átomo».

En tercer orden, y en punto a la infracción que habría tenido lugar el 20/06/2020, explica que el hecho tuvo lugar a las 10:45 horas y que ese día el acusado no podía circular por la vía pública en orden a su número de documento. Frente a la determinación de aprehenderlo y trasladarlo, señala que solicitó que no lo llevaran porque había sido imputado antes por violar la cuarentena y sería llevado al penal. Destaca que ante la inminencia del traslado comenzó a patear la movilidad policial, causándole daños en el parante izquierdo y en el sistema de cierre.

A juicio del recurrente surge claro que el acusado sabía que estaba infringiendo la norma y que los daños que causó fueron una venganza contra la determinación de trasladarlo. Por eso, no es correcto que el delito en cuestión sería el de evasión, como afirmó el juez, pues los daños respondieron a la determinación policial. La doctrina, afirma el recurrente, tiene entendido que la figura de daño agravada que se acusa a Palomo Dávila (art. 184 inc. 1 del CP) no tiene en miras un resultado disvalioso posterior, sino que exige la comprobación de un esencial origen en la decisión de dañar (**D ´ALESSIO, Andrés, Código Penal de la Nación. Comentado y anotado, p. 850**).

En cuarto lugar, el recurrente objeta la interpretación de los elementos objetivos del tipo de resistencia a la autoridad que realizó el juez. Explica que a criterio del juez la resistencia a la autoridad requiere una «fuerza superior», cuando la norma sólo requiere una resistencia en el autor, tal que motive el empleo de una fuerza superior por parte de la autoridad. En el caso, las lesiones que presentó Palomo Dávila fueron consecuencia de la férrea resistencia que ejerció al accionar policial. En cuanto a las consideraciones que realizó el juez respecto del diferente trato que recibió la denuncia efectuado por el aquí acusado, sostiene el recurrente que tal denuncia se encuentra – al momento de la interposición del recurso– en etapa de

investigación. Por tales motivos, solicita se revoque la sentencia impugnada. Efectúa reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de contestar la vista de ley conferida, el señor Procurador General mantuvo el recurso de casación interpuesto.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Puesto a resolver la cuestión planteada, adelanto que a mi juicio corresponde hacer lugar al recurso de casación formulado por el representante del Ministerio Público Fiscal de la Unidad Fiscal de Homicidios y Violencia Institucional contra la sentencia n° 1.444 pronunciada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

Entiendo que los puntos de agravio sobre los que debo expedirme pueden ser reconducidos a cuatro cuestiones: (i) una sustantiva, relativa a la conducta típica del art. 205 del CP y la clase de tipo penal que supone este delito; (ii) otra fáctica, sobre si está probado o no que Palomo Dávila se encontraba autorizado para circular; (iii) la vinculada con la calificación del hecho que se le atribuye a título de daño agravado; y (iv) una última, sobre el modo de interpretar los elementos típicos de la figura de resistencia a la autoridad.

A mi juicio, asiste razón al recurrente en cada una de estas cuestiones.

En lo sucesivo, abordaré estos asuntos en el orden en el que los he reconstruido.

i.- En relación con el tipo penal previsto en el art. 205 del CP.

En relación con el tipo penal previsto en el art. 205 del CP, encuentro que –tal como lo ha señalado el recurrente– la resolución impugnada ha incurrido en un error interpretativo, que ha tenido como consecuencia derivar exigencias típicas no contenidas en la norma y, consecuentemente, sobreseer al acusado de este delito.

En efecto, de la compulsa de las constancias audiovisuales que he reseñado antes surge con claridad que el juez que intervino en la instancia de apelación **confundió el verbo típico con los elementos normativos del tipo.**

El art. 205 del CP dispone, textualmente, que «[s]erá reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia».

El verbo típico –es decir, la conducta penalmente conminada– es la de «violare las medidas» en cuestión, y no «introducir o propagar» una epidemia como ha señalado el juez. Esta errata es clara y no admite margen interpretativo alguno. Del modo aquí señalado entiende la doctrina a la acción típica de este delito (véase ESTRELLA, Oscar Alberto; GODOY LEMOS, Roberto, **Código Penal. Parte Especial. De los delitos en particular. Análisis doctrinario. Jurisprudencia seleccionada**, Buenos Aires, Hammurabi, tomo 3, pp. 175-176; ABOSO, Gustavo Eduardo, **Código Penal de la República Argentina. Comentado, concordado con jurisprudencia**, Buenos Aires, BdeF, 2014, pp. 1107/1108; CREUS, Carlos, **Derecho penal. Parte especial**, Buenos Aires, Astrea, 1998, tomo 2, p. 84; D’ALESSIO, Andrés José (dir.), **Código Penal. Comentado y Anotado**, Buenos Aires, La Ley, 2004, Parte Especial, p. 657; DONNA, Edgardo Alberto, **Derecho Penal. Parte Especial**, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2002, tomo III-C, p. 248, entre otros).

Ahora bien, esta imprecisión interpretativa es relevante para la solución del caso, puesto que en la resolución impugnada se ha derivado de aquélla que el delito previsto por el art. 205 del CP es uno de

peligro concreto, es decir, que requiere que efectivamente la conducta del acusado haya generado el peligro de introducir o propagar una epidemia.

Sin embargo, esta conclusión parte de un razonamiento en el cual una de las premisas es errónea, esto es, considerar que la conducta típica es «introducir o propagar» una epidemia, cuando en realidad es «violar las medidas» adoptadas para impedir su introducción o propagación.

Entiendo que el delito, correctamente interpretado, es de **peligro abstracto**.

Antes de analizar esto, debo señalar que está fuera de discusión que el tipo penal previsto por el art. 205 del CP es de mera actividad, es decir, el acontecer delictivo es definido como la ejecución de una acción, antes que como la producción de un resultado negativo.

En los delitos de actividad el acontecer delictivo consiste sólo en una acción determinada mencionada por la ley (véase **FRISTER, Helmut, Derecho penal. Parte general, Buenos Aires, Hammurabi, 2016, p. 168; JAKOBS, Günther, Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 209**).

En el caso de autos, el comportamiento prohibido consiste en generar la situación de peligro que la norma pretende evitar mediante la desobediencia de las medidas adoptadas por la autoridad sanitaria y no en «introducir o propagar» una epidemia. Ahora bien, independientemente de ello y como se adelantó, el tipo penal previsto en el art. 205 del CP es a mi juicio un claro ejemplo del tipo penal de peligro abstracto –y no concreto, como afirmó el juez de instancia previa–.

El Código Penal ha pretendido evitar disquisiciones particulares, precisamente porque el bien jurídico protegido –la salud pública– puede verse afectado por la violación de las reglas sanitarias. La pandemia por covid 19 es un claro ejemplo de esta afectación del bien jurídico por la violación de medidas: el virus SARS-COV-2 era novedoso, no existían métodos profilácticos mínimamente seguros a excepción del aislamiento social, y los métodos de diagnóstico disponibles eran costosos, inciertos y demoraban cierto tiempo en arrojar resultados.

De manera tal que la norma penal tiene particular sentido en casos de esta índole, en los cuales si se exigiera la demostración de un peligro concreto, los propósitos de las medidas sanitarias se verían frustrados.

Es decir, el bien jurídico protegido se ve afectado por el mero incumplimiento de las normas sanitarias. Los delitos de peligro abstracto se caracterizan porque ni el tipo objetivo ni el subjetivo apuntan a la lesión o puesta en peligro concreta de un bien, sino que el fundamento de la punibilidad es la peligrosidad general –con abstracción del caso concreto– de un comportamiento determinado o de un comportamiento con determinada consecuencia (**JAKOBS, ob. cit., p. 210**).

La necesidad de prever esta clase de delitos reside en que tienden a regular situaciones en las que sólo cabe organizar el ámbito social de ese modo, puesto que las conductas en sí son las que –aisladas o por efecto de su generalización– conducen a generar un estado de cosas dañoso –en el caso, la propagación de una pandemia que afecta gravemente la salud y en numerosos casos ocasiona la muerte–.

El art. 205 del CP contiene a mi juicio un tipo penal formulado como un delito de desobediencia, pues exige al sujeto que obedezca la norma aun cuando esté descartada la puesta en peligro concreta (**JAKOBS, ob. cit., pp. 212- 213**).

De este modo ha interpretado este tipo penal la doctrina nacional.

Así, Creus señala que «[e]l delito se consuma con la realización del acto prohibido o con la omisión del mandado; es delito de peligro abstracto, que no exige resultado alguno, ni siquiera que se haya corrido efectivamente el peligro de la introducción o propagación de la epidemia, y menos todavía que haya

afectado ella a alguna persona» (CREUS, cit., p. 85, y en el mismo sentido, FONTÁN BALESTRA, Carlos, Derecho Penal, Parte Especial, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, pp. 432-433; NÚÑEZ, Ricardo C., Tratado de Derecho Penal, Parte especial, Córdoba, Marcos Lerner, 1988, tomo III, vol. II, p. 154; SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1992, t. III p. 579).

Excepcionalmente encontramos posturas en sentido opuesto (así, por ejemplo, DONNA, cit., p. 250; D'ALESSIO, cit., p. 658). Como conclusión parcial, entonces, es posible afirmar que una errata interpretativa condujo al juez de instancia previa a considerar que la conducta penalmente conminada por el art. 205 del CP era «introducir o propagar una epidemia».

Según entiendo, lo correcto es considerar que la conducta prohibida es «violiar las medidas sanitarias» adoptadas para prevenir la introducción o propagación de la epidemia.

Como consecuencia de ello, en la resolución cuestionada se consideró que el delito era de peligro concreto y se exigió que la acusación y la investigación condujeran a especificar y acreditar este extremo.

Sin embargo, como he señalado, el delito en cuestión conmina la mera violación de las medidas adoptadas y no exige que se haya concretamente puesto en peligro en el caso concreto el bien jurídico.

Por tales razones, este argumento de la resolución –decisivo para dictar el sobreseimiento de Palomo Dávila por las dos acusaciones al respecto que se le formularon– debe ser revocado y corresponde hacer lugar a la pretensión recursiva al respecto.

ii.- La segunda cuestión tiene que ver con la eventual autorización para circular de Palomo Dávila.

Según el razonamiento contenido en la resolución, el acusado no violó las normas contenidas en el DNU 297/20 y sus prórrogas en cuanto disponían el aislamiento social, preventivo y obligatorio, puesto que se encontraba autorizado por las propias normas sanitarias para circular.

Aquí es necesario señalar que a Palomo Dávila se lo acusa por haber violado las normas sanitarias dictadas para prevenir la introducción o propagación de una epidemia en dos ocasiones, una el 01/05/20 y otra el 20/06/20.

En relación con la primera, el juez sostuvo que el acusado estaba autorizado para circular puesto que, dadas las reglamentaciones vigentes entonces, podía hacerlo los días viernes según su número de documento.

En cuanto a la segunda ocasión, explicó que Palomo Dávila dijo trabajar en una bodega, por lo que podía circular puesto que se encontraban exceptuados del aislamiento las personas que trabajaban en el rubro alimentario.

El recurrente cuestiona este razonamiento. Explica que el acusado no estaba autorizado para circular por desempeñar una actividad esencial.

En primer lugar porque la defensa no invocó ni acreditó que Palomo Dávila trabajase en una bodega. En segundo lugar, porque al momento de ser aprehendido el 01/05/20 el acusado estaba altamente alcoholizado (1.83 g/l) y dijo que «iba a comprar al Átomo».

En tercer lugar, en cuanto a la segunda infracción atribuida, del 20/06/20, el acusado circulaba a las 10:45 horas, en un día para el cual su número de documento no lo autorizaba, y «reconoció» estar en infracción puesto que se resistió a ser aprehendido.

A mi juicio, asiste razón al recurrente en sus objeciones al razonamiento que motivó el sobreseimiento dictado en autos.

Por una parte, puesto que el juez de instancia previa ha aludido a cuestiones concretas de los hechos que se investigan en autos, sin sustento probatorio alguno.

Las únicas pruebas que ha tomado en cuenta para sus inferencias son el número de documento de identidad del acusado que surge del expediente, y la declaración del acusado según la cual trabajaría para una bodega.

Sin embargo, ha omitido considerar que en otras oportunidades –como señala el recurrente– el acusado dijo estar desempleado.

Por otra parte, tampoco ha puesto en relación las circunstancias concretas de los hechos atribuidos con la normativa que invoca.

Por un lado, la reglamentación que permitía circular durante el aislamiento preventivo, social y obligatorio disponía una serie de condiciones, además de días concretos en relación con el número de documento de identidad.

En este aspecto la resolución impugnada no menciona la normativa que invoca, sino que se limita a hacer afirmaciones genéricas, desvinculadas del derecho aplicable y las circunstancias de hecho.

Esta falencia es determinante en casos como el que nos ocupa, puesto que la pandemia por covid 19 dio lugar a una prolífica regulación normativa que sucesivamente modificó las restricciones dispuestas para evitar la propagación de la enfermedad.

El análisis normativo al respecto debe ser meticuloso y tomar en consideración no sólo el DNU 297/20 que dispuso el aislamiento social, preventivo y obligatorio (ASPO), sino también la reglamentación posterior –como el DNU 520/20 que flexibilizó las medidas adoptadas al disponer el distanciamiento social, preventivo y obligatorio (DISPO)– en la medida en que, según los criterios sanitarios de cada época, implicó fluctuaciones en las actividades permitidas.

En esta tarea de identificar y aplicar la normativa vigente al tiempo de los hechos, entiendo que la interpretación de las limitaciones a la libertad de circulación debe ser restrictiva y de privilegiar aquélla que conduzca a maximizar el alcance del derecho reglamentado, puesto que se trata de un derecho fundamental para la vida social y que por tal razón ha sido reconocido expresamente por nuestra Constitución Nacional (art. 14) y por diversos tratados internacionales sobre derechos humanos (**art. 7,1 CADH; art. 9.1 PIDCP; art. 1 DADDH**).

Sin perjuicio de ello, considero que en el caso que nos ocupa la conclusión según la cual el acusado circulaba de manera autorizada durante el aislamiento dispuesto por la autoridad sanitaria se asienta sobre premisas fácticas y legales débiles, desvinculadas de las pruebas incorporadas en la causa y de las concretas reglamentaciones aplicables.

En tales circunstancias, el sobreseimiento asentado sobre esta argumentación luce arbitrario y contrario al deber de fundamentación que rige la materia (art. 155 del CPP).

Lo dicho no supone afirmar que la acusación se encuentre acreditada, sino disponer que el asunto sea evaluado del modo en que lo dispone nuestra legislación procesal.

iii.- En tercer lugar, corresponde analizar el agravio vinculado a la calificación del suceso según el cual **Palomo Dávila dañó una movilidad policial**.

El representante fiscal afirma que el 20/06/2020, aproximadamente a las 10:40 horas, Palomo Dávila fue aprehendido por personal policial por encontrarse presuntamente en incumplimiento del aislamiento ordenado por el DNU 297/20 y, mientras era trasladado a la Comisaría manifestó «no me lleven, porque voy al penal ya que me imputaron por la cuarentena».

Tras ello, comenzó a golpear la puerta trasera izquierda del móvil provocándole daños en el parante interno y rotura del sistema de cierre, tras lo cual logró abrirla y salió corriendo unos treinta metros, antes de ser aprehendido nuevamente.

El juez consideró, como surge de la reseña realizada, que tal conducta **constituye el delito de evasión previsto en el art. 280 del CP.**

A juicio del recurrente los daños causados fueron una venganza contra la determinación de trasladarlo, pues respondieron a la determinación policial.

Cita en su apoyo, como se señaló antes, la posición de cierto sector de la doctrina. Ahora bien, sin perjuicio de la calificación legal del hecho –extremo sobre el que asiste razón al juez–, lo cierto es que la solución que brindó el magistrado es errónea y debe ser revocada. Veamos.

Ante todo, debe tenerse presente que la acusación que se realiza a una persona en el marco de un proceso penal versa sobre «hechos», antes que sobre «calificaciones jurídicas» de esos hechos. Esto responde a una concepción del proceso penal que surge ya desde el plano constitucional, y en este sentido puede verse que el art. 18 de nuestra Constitución Nacional dispone que «[n]ingún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa [...]» (el destacado me pertenece).

El texto fundamental no alude a «calificaciones», sino a hechos, puesto que no es de las subsunciones jurídicas de los hechos de lo que se acusa; sino de **eventos fácticos** a los que se asigna una calificación jurídica que, conforme avanza la investigación y se obtienen o no pruebas que acrediten distintos extremos de esos sucesos, puede variar.

Aquí conviene tener presente la distinción –propia de la teoría del delito– entre hecho, hecho ilícito, delito y delito punible. Un hecho ilícito es una conducta típica y antijurídica. En otras palabras, un hecho ilícito es una acción (o conducta, o comportamiento, según la posición que se asuma) humana con ciertas características de voluntariedad, en la que se verifican elementos **previstos en un «tipo penal»** –es decir, un delito de la parte especial del Código Penal– y que no está justificada.

Al respecto, debe tenerse presente lo afirmado por Núñez en el sentido que la imputación delictiva sólo puede tener por objeto hechos humanos exteriorizados y ellos deben estar individualizados legalmente.

De tal manera, la tipicidad es una condición de la conducta punible **(NÚÑEZ, Ricardo, Derecho Penal Argentino, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959, T. I, pp. 219/221).**

Así, la «base indeflectible de la imputación criminal es un comportamiento humano, vale decir, la acción en sentido amplio, comprensiva del hacer (acción propiamente dicha) y del no hacer» (NÚÑEZ, Ricardo, op. cit., p. 230).

Cuando además **del comportamiento típico no justificado** (hecho ilícito, o también denominado injusto), se verifica que el autor también es culpable –esto es, que el hecho ilícito le es reprochable–, el hecho ilícito se torna un delito –según la dogmática jurídico-penal–.

Pero, y es importante destacarlo, al derecho penal argentino sólo le interesa el delito punible.

Esto, en tanto existen ciertos casos donde la ley exige, para imponer pena a un delito, que se configuren ciertas condiciones no vinculadas con la acción, la tipicidad, la antijuridicidad ni la culpabilidad, sino con políticas legales de punibilidad.

Ahora bien, coherente con el diseño de la Constitución Nacional, la Constitución de Mendoza prevé que «[n]adie puede ser detenido sin que preceda indagación sumaria que produzca semiplena prueba o indicio vehemente de un hecho que merezca pena [...]» (art. 17); «[t]oda orden de pesquisa, detención de una o más personas, o embargo de propiedades, deberá especificar las personas u objetos de pesquisa o embargo, individualizando el lugar que debe ser registrado y no se expedirá mandato de esa clase sino por hecho punible apoyado en juramento o afirmación sin cuyos requisitos, la orden o mandato no será

exequible» (art. 18); «[c]uando el hecho que motivó la detención de un procesado, tenga sólo pena pecuniaria [...]» (art. 22); «[n]adie puede ser condenado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho por que se le procesa, ni juzgado por comisiones o tribunales especiales, cualquiera que sea la denominación que se les dé» (art. 25); «[n]adie puede ser obligado a declarar ni a prestar juramento contra sí mismo en materia criminal, ni encausado dos veces por un mismo hecho delictivo [...]» (art. 26, en todos los casos, y en los sucesivos, el destacado me pertenece).

Puesto en términos claros: el deber constitucional (art. 120 de la CN) y legal (arts. 1 y 3, ley 8.008; y 84 y cc. del CPP) del Ministerio Público Fiscal es la investigación de hechos que puedan, a primera vista, aparecer como delictivos y punibles. Sin embargo, antes de ser subsumidos como delitos concretos se tratan de «hechos» con esa potencialidad.

Por eso el **art. 271 del CPP** prevé que «[c]uando hubiere motivo bastante para sospechar que una persona ha participado en la comisión de un hecho punible, el Fiscal de Instrucción procederá a efectuarle formalmente la imputación del hecho que se le atribuye [...]» y que «[...] se informará detalladamente al imputado cuál es el hecho que se le atribuye, cuáles son las pruebas existentes en su contra, que puede declarar si fuese su voluntad, y que puede requerir la presencia de un defensor a los fines del mejor ejercicio de sus derechos [...]» (los destacados me pertenecen). Numerosas normas del código adjetivo local son coherentes con esta manda constitucional y legal.

Así, el **art. 7 del CPP**, que dispone el modo en que debe garantizarse la defensa técnica del imputado, dispone en su tercer párrafo que «[s]e entenderá por primer acto del procedimiento cualquier actuación, judicial o policial, que seña-le a una persona como posible partícipe o autor de un hecho punible». También el art. 72 inc. 1 del CPP, que regula los motivos de inhibición y recusación de magistrados, prevé como causal de apartamiento el caso en que se «[...] conociera el hecho investigado como testigo [...]».

Por su parte, el **art. 293 del CPP**, que establece reglas sobre prisión preventiva, coherentemente prevé que su procedencia se vincula con el grado de acreditación del hecho delictivo: «[corresponde dictar la prisión preventiva] [...] cuando prima facie estuviere acreditado el hecho delictivo [...]» (inc. 1); «[c]uando se acrediten elementos de convicción suficientes que justifiquen la existencia del hecho delictivo [...]» (inc. 2); también teniendo en cuenta «[...] la pena en abstracto asignada por la ley al hecho delictivo investigado [...]» (inc. 2.a) y cuando se haya «[...] acreditado con elementos de convicción suficientes la existencia del hecho delictivo [...]» (inc. 3).

La coherencia con este modelo de investigación y persecución de hechos cuya calificación jurídica puede variar a lo largo del proceso se verifica con coherencia en otras normas del código de procedimientos.

Así, el **art. 315 del CPP** explicita el objeto de la investigación penal, que consiste en «[...] [c]omprobar si existe un hecho delictivo, mediante todas las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad» (inc. 1) y en «[e]stablecer las circunstancias que califiquen el hecho, lo agraven, atenúen o justifiquen, o influyan en la punibilidad» (inc. 2).

Para los casos en que no concurren las exigencias para la imputación de un hecho, el art. 318 del CPP prevé que «[...] el Fiscal podrá igualmente llamar a una persona, sin imputarla, para interrogarla sobre los hechos investigados [...]». El esquema que explico surge de manera patente del art. 331 del CPP, por cuanto señala que «[e]n la investigación penal preparatoria, el Fiscal que reciba la denuncia actuará de inmediato. Al avocarse determinará los hechos y su calificación legal».

También el **art. 391 del CPP**, que regula el modo en que puede producirse la ampliación del requerimiento fiscal durante la investigación o el debate, prevé que «[...] con relación a los nuevos hechos o circunstancias atribuidos, el Presidente procederá, bajo pena de nulidad, conforme a lo dispuesto por los

artículos 271 y 274, e informará al Fiscal y al defensor del imputado que tiene derecho a pedir la suspensión del debate para ofrecer nuevas pruebas o preparar la acusación o la defensa [...].

Lo mismo ocurre en punto con el denominado «hecho diverso»: el Código Procesal Penal no habla de «delito diverso», sino que el **art. 392** refiere al **acontecimiento fáctico** que luego es subsumible en la norma jurídica. En términos textuales, la norma dispone que: «[s]i del debate resultare que el hecho es diverso del enunciado en la acusación, el Tribunal dispondrá, por auto, correr vista al Fiscal de Cámara para que proceda con arreglo a lo dispuesto en el artículo anterior [...]». En la etapa crítica del proceso, esto es, la clausura de la investigación, también la norma procesal es coherente con este lineamiento según el cual se investigan y acusan hechos, que luego deben ser subsumidos en una calificación jurídica. Así, en el procedimiento ordinario el **art. 357 del CPP** dispone que «[e]l Fiscal de Instrucción requerirá la citación a juicio cuando, estimare cumplida la investigación y siempre que hubiere elementos de convicción suficientes para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho intimado. Caso contrario, procederá con arreglo al artículo 351».

Por su parte, el **art. 358** del CPP establece que «[e]l requerimiento fiscal deberá contener -bajo pena de nulidad- los datos personales del imputado o, si se ignoraren, los que sirvan para identificarlo; una relación clara, precisa, circunstanciada y específica del hecho; los fundamentos de la acusación; y la calificación legal».

En otro orden, y para el procedimiento correccional, el **art. 417 quáter** prevé que «[...] [c]umplido el plazo de la información sumaria o información sumaria como Investigación Fiscal, si el Fiscal de Instrucción estima que hay elementos de convicción suficientes para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho intimado, requerirá audiencia vía electrónica al Juez Correccional o a la OGAP, clausurando la información, para sostener oralmente la acusación fiscal, debiendo contener: 1) Individualización de la causa. 2) Condiciones personales del imputado u otros datos que sirvan para identificarlo. 3) Condiciones personales de las partes. 4) Enunciación del hecho y su calificación legal. 5) El pedido de citación a las partes. 6) Fecha y firma digital o similar por medios electrónicos. [...]».

En relación con el sobreseimiento, el art. 353 del CPP, dispone que procederá cuando «[...] 1) El hecho investigado no se cometió o no lo fue por el imputado. 2) El hecho no encuadre en una figura penal [...]» y el art. 373 del CPP que «[e]l Tribunal dictará aún de oficio sentencia de sobreseimiento siempre que para establecer estas causales no fuere necesario el juicio oral, cuando: nuevas pruebas acrediten que el acusado es inimputable; se hubiere operado la prescripción de la pretensión penal, según la calificación legal del hecho admitida por el Tribunal; se produjere otra causa extintiva de aquélla, o se verificase que concurre una excusa absoluta; o a petición del Ministerio Público Fiscal, por la imposibilidad de mantener la acusación».

Posteriormente, cuando se dicte sentencia ésta debe contener, como primer requisito, «[l]a mención del Tribunal y fecha en que se dictare; el nombre y apellido de los Jueces, Fiscales, partes y defensores que hubieran intervenido en el debate; las condiciones personales del imputado, y la enunciación del hecho que haya sido objeto de la acusación» (**art. 411, inc. 1 del CPP**), y también «[l]a determinación precisa y circunstanciada del hecho que el Tribunal estime acreditado» (inc. 3).

El incumplimiento de estas exigencias da lugar a la nulidad: «[l]a sentencia será nula [s]i faltare la enunciación del hecho que fuera objeto de la acusación, o la determinación circunstanciada del que el Tribunal estimare acreditada» (**art. 416 inc. 2 del CPP**).

En este orden, también debe tenerse presente que el art. 413 del CPP dispone que «[e]n la sentencia, el Tribunal podrá dar al hecho contenido en la acusación una calificación jurídica distinta, aunque deba

aplicar penas más graves o medidas de seguridad, siempre que el delito no sea de competencia de un Suprema Corte de Justicia» (sobre esta norma, ver lo referido en mi voto en el **precedente «Torres Surget»**).

Lo dicho hasta aquí sirve para ilustrar el modo en que el texto expreso de la ley procesal refleja un sistema constitucional de investigación y acusación de hechos con significación jurídica delictiva. Cumplir estas normas es un deber jurídico.

Es requisito del buen desempeño de las funciones de la magistratura (art. 161, C. de M.) que los jueces cumplan su obligación de aplicar el ordenamiento normativo, deber que nace del vínculo jurídico de cada representante con la función que materializa y que –como he sostenido en otra oportunidad– «[...] está constitucionalmente impuesto a los legisladores (arts. 28, 29 y 67, C.N.), el presidente (arts. 93 y 94 inc. 2, C.N.), y los jueces (art. 112, C.N.); como a los gobernadores (art. 128, C.N.). Y en la Constitución de Mendoza, a los legisladores (art. 98, C. de M.), el gobernador (art. 119, C. de M.) y los jueces (arts. 148, 149 y 157, C. de M.) [...]» (v. mi voto en **«Félix, Emir Roberto»**).

Los jueces, entonces, tenemos el deber de aplicar el derecho de una manera coherente con los lineamientos constitucionales.

Este deber no se ve modificado por alguna interpretación de tratados internacionales, y en particular el art. 27 del texto constitucional nacional es decisivo en este punto. Esta norma, conocida como «cláusula argentina», dispone que «[e]l Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución», y debe ser interpretada conjuntamente con el art. 77 inc. 22 del mismo cuerpo legal, cuyo segundo párrafo dispone que los tratados internacionales allí mencionados «[...] en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos [...]».

De manera tal que los tratados internacionales sobre derechos humanos que están incluidos en el art. 75 inc. 22 de la CN no tienen la virtualidad de modificar el texto constitucional, sino que son complementarios a él.

Esta conclusión es coherente con lo que establece la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos, que ya en su preámbulo afirma el carácter complementario al nacional e interno de la protección internacional, al señalar que la convención se adoptó «[...] [r]econociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos» (el primer destacado corresponde al original y el segundo es propio).

En este sentido lo ha interpretado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente «Fontevicchia». Dicho esto, corresponde advertir que en la decisión impugnada el juez razonó que, como al hecho acusado no le cabía la calificación jurídica que le asignaba el Fiscal, correspondía el sobreseimiento.

La resolución invoca como causal de sobreseimiento la prevista en el inciso 2 del art. 353 del CPP, que prevé tal solución cuando «[e]l hecho no encuadre en una figura penal».

Sin embargo, rápidamente puede advertirse la inconsecuencia lógica de tal proceder: que el juez considerara que el hecho acusado no constituía el delito de daño agravado, sino de evasión, no era un motivo para sobreseer al acusado.

En todo caso debió canalizar jurídicamente la cuestión a través de los remedios procesales pertinentes. Por esto corresponde revocar la decisión, sin perjuicio de que asiste razón al juez en punto a que el hecho en cuestión podría encuadrarse en el delito de evasión. Veamos esto.

En primer lugar, porque tal como ha sido descripto el hecho por el representante fiscal, el daño eventualmente causado no responde a una venganza respecto de las determinaciones de la autoridad – como exige el delito de daño agravado previsto en el art. 184 inc. 1 del CP– sino al claro interés en eludir la aprehensión.

La norma del art. 184, inc. 1 del CP sanciona con pena de tres meses a cuatro años de prisión a quien causare un daño tipificado en el art. 183 del CP, cuando el hecho se ejecutare «con el fin de impedir el libre ejercicio de la autoridad o en venganza de sus determinaciones».

De los dos supuestos contenidos en esta agravante, esto es, impedir el libre ejercicio de la autoridad o vengarse de sus determinaciones, la Fiscalía acusó a Palomo Dávila del segundo.

Esto implica que debe acreditarse un motivo especial de venganza. Según la acusación, Palomo Dávila requirió no ser trasladado porque tenía una causa pendiente (el hecho acusado del 01/05/20) y sabía que, de ser trasladado, sería a la Penitenciaría Provincial.

Así se explica que haya roto la cerradura del móvil policial y luego haya intentado escapar.

Esa dinámica del hecho que para la Fiscalía debe ser considerada un acto de venganza, a mi criterio demuestra con claridad que el interés de Palomo Dávila no radicaba en dañar la propiedad pública en venganza de la decisión de trasladarlo, sino evitar ser trasladado.

No sólo manifestó esta motivación verbalmente, sino también cuando salió corriendo y se resistió a ser aprehendido nuevamente. En segundo lugar, la conducta en cuestión encaja con la descripción típica del delito de evasión previsto por el art. 280 del CP, incluso –y particularmente– tomando en consideración la bibliografía que invoca el recurrente.

En efecto, el delito de evasión dispone que «[s]erá reprimido con prisión de un mes a un año, el que hallándose legalmente detenido se evadiere por medio de violencia en las personas o fuerza en las cosas». Es sabido que, en la terminología procesal local, no es lo mismo la «aprehensión» que la «detención» o la constitución en «prisión preventiva».

Sin embargo, en la terminología que emplea el Código Penal –dictado por el Congreso de la Nación– estos términos son utilizados de manera indistinta en este tipo penal.

Así lo entiende la doctrina, que afirma que «[l]a norma se refiere a la persona que se encuentre "legalmente detenida".

Se entiende por tal a aquella privada de su libertad personal por autoridad competente y de acuerdo a las formalidades exigidas por la ley, ya sea como sospechada, arrestada, imputada, procesada o condenada, en virtud de un delito, contravención o infracción disciplinaria, o detenida por un particular en caso de flagrancia.

También pueden serlo quienes se encuentran detenidos a la espera de ser extraditados; y los testigos o detenidos en el primer momento del hecho hasta individualizar a los autores» (**conf. D'ALESSIO, ob. cit., pp. 934-935, con referencia a NÚÑEZ, ob. cit., p. 192**).

Dicho en otras palabras, aunque según nuestra legislación procesal mendocina Palomo Dávila no haya sido técnicamente «detenido» al ser colocado en el móvil policial –sino «aprehendido»–, la conducta que se le acusa constituye una evasión a la detención en los términos del art. 280 del CP.

Los daños que ocasionó Palomo Dávila, tal como han sido contextualizados por la acusación, constituyen el medio comisivo del delito de evasión.

La letra del art. 280 del CP es clara al afirmar que los medios comisivos pueden ser «[...] violencia en las personas o fuerza en las cosas», y la doctrina ha señalado en relación con la «fuerza en las cosas» que «[t]rátase del vencimiento de los reparos predispuestos para el encerramiento, empleando fuerza contra ellos.

Se sostiene que es la fuerza destinada a vencer la resistencia de los elementos utilizados para asegurar la detención del agente, sean éstos predeterminados a esos fines, como pueden ser muros, rejas, cercos perimetrales, etc.; o no predeterminados, pero que se les otorga esa finalidad en el caso particular; por ejemplo, la puerta del automóvil en que se conduce al detenido» (conf. D'ALESSIO, ob. cit., p. 935, el destacado me pertenece; en el mismo sentido, CREUS, ob. cit., p. 352; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 480). De tal manera el sobreseimiento por el delito de daños debe ser revocado, mas la calificación del hecho debe ser a título de tentativa de evasión (arts. 42 y ss. y 280 del CP).

Si bien la conducta desplegada –según la acusación– por Palomo Dávila implicó daños al móvil policial en que se lo trasladaba, no por ello satisface los requisitos típicos del delito concreto del que se lo acusa, en tanto no se verifica un particular motivo de venganza contra las determinaciones de la autoridad.

Y la figura **de daño simple (art. 183 del CP) residual es aquí desplazada por la de evasión** (art. 280 del CP), pues el hecho acusado se trata de un solo evento histórico –es decir, no se verifica, a mi criterio, la pluralidad de acciones que requiere el concurso real– cuyo contenido de ilicitud ya está contemplado en una figura penal más específica.

Según advierto, la conducta que Palomo Dávila habría desplegado dentro del móvil policial no puede ser desvinculada del inmediato escape que habría intentado. Por eso, considero que en este tramo del hecho el acusado habría cometido –de acreditarse en la etapa procesal correspondiente– sólo una lesión a la ley penal.

Encuentro que la relación entre los daños «genéricos» previstos por el art. 183 del CP y los daños que pueden ocasionarse por la fuerza en las cosas empleada para, por ejemplo, cometer un robo (art. 164 del CP), **una usurpación (art. 181 del CP)** o –como en este caso– una evasión (art. 280 del CP) es de subsidiariedad. La relación de subsidiariedad entre leyes penales se verifica cuando un tipo penal sólo sea aplicable en tanto no resulte aplicable otro, y puede estar expresamente prevista por la ley o derivarse tácitamente de ella (véase BACIGALUPO, Enrique; Derecho penal. Parte general, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, p. 572-573).

Los supuestos de subsidiariedad tácita, como el que nos ocupa, deben deducirse por vía interpretativa. Para ello, es preciso tener en cuenta que la relación entre un tipo penal y otro debe ser de tal naturaleza que la relación de ambos mediante una única acción no debería dar lugar a la aplicación de las reglas del concurso ideal. Tal situación se configura cuando uno de los tipos penales no implique sino una ampliación de la protección penal de un bien jurídico a estadios previos respecto de la lesión del mismo (BACIGALUPO, ob. cit., p. 573; en el mismo sentido, FRISTER, ob. cit., pp. 683-686; SOLER, ob. cit., pp. 225-226).

En conclusión, entiendo que corresponde revocar el sobreseimiento por el hecho calificado como daño agravado dispuesto por el art. 184, inc. 1, segundo supuesto del CP.

iv.- El último agravio formulado se vincula con el modo de interpretar los elementos típicos de la figura de resistencia a la autoridad.

En este punto, el juez de instancia previa consideró que la fuerza que habría ejercido Palomo Dávila contra los oficiales de policía que intentaban su arresto no fue suficiente para considerar que se «resistió», pues la resistencia a la autoridad, en sus palabras, «[...] requiere algo más que el simple ejercicio de la fuerza o

el simple despliegue de la fuerza, para que se configure el delito. La resistencia a la autoridad requiere una fuerza superior a la ordinaria. [...]

El señor Palomo ha mostrado las lesiones que tenía en su cuerpo y ha dicho que ha denunciado la situación [...]» –ver constancias audiovisuales reseñadas–.

El recurrente impugna este razonamiento y afirma que la norma sólo requiere una resistencia tal en el autor que motive el empleo de una fuerza superior por parte de la autoridad. Y explica que las lesiones que presentó Palomo Dávila fueron consecuencia de la férrea resistencia que ejerció al accionar policial. Para resolver esta cuestión **debe tenerse presente que el art. 239 del CP** cuya comisión se acusa a Palomo Dávila reprime con prisión de quince días a un año a quien «[...] resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de una obligación legal».

Y en punto a la resistencia la doctrina ha entendido que la acción típica implica oponerse a la ejecución de un acto de la autoridad –en este caso, la aprehensión de Palomo Dávila luego de que habría intentado evadirse– y requiere que esa oposición activa a la ejecución del funcionario sea por fuerza, intimidación o cualquier otro medio (véase ESTRELLA, GODOY LEMOS, ob. cit., p. 332; CREUS, ob. cit., p. 223; DONNA, ob. cit., tomo III, pp. 58-61).

Ni el texto expreso de la ley, ni las disquisiciones que respecto a este delito realiza la doctrina, exigen que el autor del delito ejerza una «fuerza superior» a la media o a la ejercida por la autoridad, para que se configure el delito de resistencia a la autoridad. En este punto, es necesario distinguir diversos tramos de la conducta que se atribuye a Palomo Dávila.

La acusación en la causa P-46.476/20 incluye tres hechos, todos en concurso real: (i) circular por la vía pública en violación del aislamiento decretado como medida sanitaria para impedir la propagación de la pandemia por covid 19; (ii) escapar violentamente del móvil donde se lo trasladaba e intentar huir; y (iii) resistirse a ser aprehendido nuevamente tras huir del móvil policial.

En el apartado anterior expliqué por qué el hecho de dañar el móvil policial no puede ser desvinculado del inmediato intento de huida por parte del acusado.

Ahora quisiera explicar por qué, a pesar de que ese evento constituye un solo suceso en términos jurídicos penales, la resistencia posterior fue un hecho diferente que concurre realmente (art. 55 del CP) con el intento de evasión.

Si bien la fuerza en las cosas que implicó la tentativa de evasión supuso también un acto de resistencia a la autoridad, a mi juicio el delito de evasión previsto en el art. 280 del CP excluye por especialidad a ese acto de resistencia (véase D'ALESSIO, cit., p. 947).

Sin embargo, si el evento de dañar la puerta del móvil y huir –sin solución de continuidad– no puede ser escindido en dos actos con significado jurídico diverso; no ocurre lo mismo con las agresiones que Palomo Dávila habría propinado a los agentes policiales que pretendía detenerlo nuevamente.

Claramente, según advierto, la evasión intentada finalizó cuando el acusado habría sido alcanzado por los oficiales y comenzó a golpearlos –y a recibir golpes también de su parte, cuya adecuación a los límites impuestos por el Derecho se encuentra investigada por la Fiscalía–.

Esta segunda parte del hecho, posterior al intento de escape frustrado, perseguía como finalidad evitar la nueva detención.

Una ultra-finalidad era, presumiblemente, concretar la evasión antes intentada, pero entiendo que la resistencia se diferenció – tanto históricamente como en su sentido jurídico-penal– del **hecho de la evasión** intentada dado que ésta finalizó cuando Palomo Dávila habría sido aprehendido nuevamente. No

escapa a mis consideraciones el hecho de que el mérito de las pruebas concretas de la causa y su puesta en relación detallada con las demás circunstancias del hecho, puede llevar a desestimar esta distinción de **dos «momentos» y a sostener que la resistencia habría sido**, también, coetánea a la evasión y, por tanto, desplazada por especialidad por el tipo del art. 280 del CP.

Sin embargo, en esta oportunidad, con los alcances que tiene este control casatorio y en el estado procesal en que transita la causa actualmente, no es posible afirmar lo contrario.

Eventualmente, esta cuestión deberá ser dilucidada con mayor precisión en la etapa procesal adecuada para ello, esto es, el juicio oral y público.

En definitiva, el cuarto agravio deducido por la Fiscalía resulta procedente y debe ser acogido, puesto que la razón que empleó el juzgador para sobreseer a Palomo Dávila por este delito se asienta en la errónea consideración de que la resistencia a la autoridad requiere del uso de la fuerza con una intensidad que la norma penal no exige.

Por las razones expuestas, propongo al acuerdo hacer lugar al recurso de casación planteado por el representante del Ministerio Público Fiscal. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Llorente. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el Dr. PEDRO J. LLORENTE adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede. SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso de casación planteado por el representante del Ministerio Público Fiscal y anular la sentencia impugnada, en cuanto sobresee al acusado Diego Raúl Palomo Dávila por los delitos de violación de las medidas adoptadas por la autoridad sanitaria para impedir la introducción o propagación de una epidemia (art. 205 del CP), daños agravados (art. 184 inc. 1 del CP) y resistencia a la autoridad (art. 239 del CP). ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el Dr. PEDRO J. LLORENTE adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

1.- Hacer lugar al recurso de casación planteado por el representante del Ministerio Público Fiscal y anular la sentencia impugnada, en cuanto sobresee al acusado Diego Raúl Palomo Dávila por los delitos de violación de las medidas adoptadas por la autoridad sanitaria para impedir la introducción o propagación de una epidemia (art. 205 del CP), daños agravados (art. 184 inc. 1 del CP) y resistencia a la autoridad (art. 239 del CP).

2.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 10 de junio de 2022.-

Capítulo XI.

Delitos contra la administración pública

Atentado y resistencia a la autoridad. Desobediencia.

CAPÍTULO XI. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PÚBLICA. Desobediencia.

1- MAYA MARTINEZ. 25-11-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
VG	M	M	-	-	-	-	A	-		-	-	-	-	2 414

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=951>

Lex: Art. 239 del CP

Vox: VG. Desobediencia a la autoridad. El principio in dubio pro reo como regla de decisión. Principio de unidad de la prueba.

Summa:

El JPC absolvió a nombrado, por aplicación del art. 2 del CPP, del delito de desobediencia (art. 239 del CP).

EL MPF interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El Procurador General mantiene el recurso interpuesto.

La SCJM resolvió hacer lugar al recurso interpuesto, remitiendo en función de lo resuleto, las presentes actuaciones al JPC, a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la realización del nuevo debate.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 422, pronunciada por el JPC N° -3-2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Ver «Galdeano Reyes», «González Pringles», «Ruiz Gutiérrez», «Alaniz Pineira» y más recientemente, «Vargas Riquelmes», «González Sosa» y «Scifo Ruffini», entre otros),
- Ver precedente «Ruiz Gutiérrez» señaló la prudencia con que debe aplicarse el in dubio pro reo en los casos en donde la mujer es víctima de violencia en razón de su género.
- Ver, al respecto, «Ojeda Pérez», «Villegas», «Álvarez Vega», «Donoso», “Cruz Caporiccio”, “Merlo Lassa”, entre muchos otros).

b-CIDH

Ver Caso del penal «Castro Castro vs. Perú». Fondo, Reparación y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N° 160; Corte IDH, Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216; Caso «Fernández Ortega y otro vs. México». Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215; y C.S.J.N. in re «Leiva, María Cecilia», entre otros.

Doctrina citada.

SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo (Licencia)

Fallo:

CUIJ: 13-06708803-9/1((028503-47062)) FC/ MAYA MARTINEZ MARCELO ANICETO P/ RESISTENCIA O DESOBEDIENCIA (47062) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105969957*

En Mendoza, a los veinticinco días del mes de noviembre del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-06708803-9/1, caratulada "F. C/ MARCELO ANICETO MAYA MARTINEZ P/ DESOBEDIENCIA S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO, y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

El Ministerio Público Fiscal interpone recurso de casación contra la sentencia n° 422 y sus fundamentos, emitida por el Tercer Juzgado Penal Colegiado de la Segunda Circunscripción Judicial.

Ello, en tanto absolvió a Marcelo Aniceto Maya Martínez, por aplicación del art. 2 del CPP, del delito de desobediencia (art. 239 del CP).

El pronunciamiento fue dictado en la causa N° P- 47.062/21.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

Al acusado Marcelo Aniceto Maya Martínez en la requisitoria fiscal se le atribuyó que «[e]l día 13 de mayo del 2021, aproximadamente a las 20:30 hs., Marcelo Aniceto Maya Martínez, se apersonó en el domicilio sito en calle Juan Bravo y Ramón Cinca de Agua Escondida del departamento de Malargüe, que se encuentra aproximadamente a diez metros del domicilio de su ex pareja, Y.E.G.V., sito en calle Juan Bravo s/n de Agua Escondida, violando de esta manera la **prohibición de acercamiento al domicilio de la víctima** a menos de un kilómetro, prohibición ordenada por el juez de familia, Dr. Oscar Cinollo en fecha 24 de noviembre de 2020, en expediente N° 20.616, que se encuentra vigente y debidamente notificada». Como se adelantó, el juez de la instancia anterior absolvió al acusado por el hecho atribuido.

Para llegar a esa decisión, en primer orden, señaló que el testimonio de Y.E.G.V., con el fin de evitar su revictimización, no fue ofrecido como prueba a efectos de esclarecer el hecho.

Sostuvo que si bien tal decisión se basó en la **Convención Belem Do Para y en la ley 26.485**, entendió que en el caso concreto, no obstante se desprendía del informe psicológico la situación de violencia de género, no surgía ninguna circunstancia que hubiera impedido a la Fiscalía citar a la víctima a declarar en el debate. En este orden de ideas, consideró que no se podía valorar los dichos de Y.E.G.V. vertidos en la denuncia, teniendo en cuenta la circunstancia de que la defensa no contó con la posibilidad de interrogar a la testigo, lo que hubiese sido de vital importancia para la solución de la causa.

En segundo orden, consideró que los testigos que surgieron de la encuesta ambiental, Darío Bravo y Oscar Rodríguez, y que prestaron declaración en audiencia de debate, no permitieron acreditar el hecho objeto de la acusación y sus circunstancias de tiempo, modo y lugar.

En tercer orden, el juez de sentencia, al analizar los dichos del acusado, quien negó el hecho que se le atribuía y sostuvo que sólo «llegaba al pueblo a buscar agua», concluyó que «[...] considerando que fue

visto en varios lugares del pueblo, no se puede precisar la distancia existente por el señor juez de familia de un kilómetro o diez cuadras, no sabiendo exactamente la distancia.

No obstante ello, puede haber otro delito de desobediencia con distinta modalidad de tiempo, modo y lugar, sin violar el non bis in ídem» (ver registro audiovisual, día 25 de junio del 2021).

2.- El recurso de casación

interpuesto por el Ministerio Público Fiscal El Ministerio Público Fiscal plantea recurso de casación contra la resolución antes individualizada en razón de lo dispuesto por el art. 474, inc. 2 del CPP, es decir, por adolecer el pronunciamiento cuestionado de vicios de procedimiento.

En este sentido, sostiene que el juez de sentencia realizó una valoración parcial y errática de las pruebas. Asimismo, que formuló consideraciones subjetivas que no encuentran sustento en los restantes medios de prueba incorporados al debate.

En primer orden, sostiene que el juez de la instancia anterior no tuvo en cuenta la declaración de la víctima prestada durante la investigación penal preparatorio.

Ello, a pesar que fue recepcionada bajo los lineamientos de la ley 26.485 y no fueron cuestionadas por la defensa, que no solo no quiso controlar este testimonio sino, que –además– valoró la declaración de Y.E.G.V. al realizar sus alegatos conclusivos. En segundo orden, señala que el sentenciante le otorga mayor fuerza probatoria a la versión de los hechos brindada por el acusado Maya Martínez, que a lo declarado por la Y.E.G.V.

Del mismo modo, señala que omitió analizar o lo hizo de manera sesgada, las declaraciones de los testigos Darío Bravo y Oscar Rodríguez, y los procedimientos policiales; elementos de juicio que dan sustento a la versión de los hechos brindada por la víctima.

En tercer orden, advierte que el juez de sentencia tampoco valoró el informe psicológico realizado a Y.E.G.V. con la perspectiva de género que la temática en estudio demanda, ya que si bien se lo tuvo en cuenta para tener por probada la existencia de una situación de violencia de género, no se valoró el informe para considerar creíbles sus dichos.

Agrega que el juez tampoco tuvo en consideración que no se trató de un caso aislado de violencia de género, sino que existen antecedentes de hechos de violencia hacia la víctima por parte del acusado, donde se siguió una investigación que concluyó con una sentencia condenatoria para el acusado.

En este último punto, destaca que entre otros delitos, se le atribuyó al acusado Maya Martínez el delito de desobediencia por haber incumplido una orden de prohibición de acercamiento en reiteradas oportunidades (autos N° 55.682/18).

Del mismo modo, destaca que el juez de sentencia tampoco valoró los fundamentos dados por el juez de familia al ordenar dos veces la prohibición de acercamiento, de donde surge que Y.E.G.V. presentaba indicadores de violencia psicológica y física.

En virtud de lo expuesto, considera que el juez de sentencia **realizó una valoración de la prueba arbitraria y cargada de subjetividad, lo que vulnera groseramente las convenciones internacionales a las que ha adherido nuestro país y la ley nacional 26.485, de protección integral de la mujer.**

Por ello, solicita se declare la nulidad de la resolución impugnada y se ordene la prosecución de la causa según su estado.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador General, tras mantener el recurso de casación interpuesto por la titular de la Fiscalía de Instrucción y Penal de Menores de Malargüe, se remite a los argumentos que esta vertiera oportunamente.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Luego de resumidos los agravios de la representante del Ministerio Público Fiscal y los fundamentos que dan sustentado a la solución del tribunal de mérito, considero que corresponde hacer lugar al recurso de casación formulado y, en consecuencia, debe anularse la sentencia cuestionada.

En efecto, como surge de los argumentos reseñados en el punto 1, el juez de instancia anterior no consideró acreditado con el grado de convicción que requiere una sentencia condenatoria el hecho objeto de la acusación y, en consecuencia, por aplicación del principio *in dubio pro reo*, absolvió al acusado.

Sin embargo, como explicaré en lo sucesivo, a esta conclusión **no subyace un adecuado análisis de las constancias de la causa**, en particular, de la declaración prestada por Y.E.G.V. y los elementos periféricos que dan sustento a su versión de los hechos.

Dicho de otro modo, se advierte que el sentenciante valoró los distintos elementos de juicio y, en especial, la versión de los hechos brindada por la víctima, con prescindencia de una mirada integral de la problemática. Al respecto, y tal como he referido en numerosos precedentes (**ver «Galdeano Reyes», «González Pringles», «Ruiz Gutiérrez», «Alaniz Pineira» y más recientemente, «Vargas Riquelmes», «González Sosa» y «Scifo Ruffini», entre otros**), el marco normativo vigente en el ámbito internacional, regional y nacional reconoce que la violencia contra mujeres constituye una violación de los derechos humanos.

De ahí que los derechos humanos de las mujeres se imponen como un nuevo paradigma social cuestionador del **fundamento androcéntrico del derecho**, para garantizar una protección integral a cuya aplicación directa están obligados los tribunales de justicia (Long Saborio, S. (2009).

Defensa de los Derechos Humanos de las Mujeres: Orientaciones metodológicas con perspectiva de género para litigantes).

En este sentido, la jurisprudencia en el sistema interamericano de protección de derechos humanos y a nivel nacional, ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática, especialmente relacionada a la ponderación del testimonio de la víctima (**cf. Corte IDH, Caso del penal «Castro Castro vs. Perú». Fondo, Reparación y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N° 160; Corte IDH, Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216; Caso «Fernández Ortega y otro vs. México». Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215; y C.S.J.N. in re «Leiva, María Cecilia», entre otros**).

También en los precedentes jurisprudenciales citados, he referido que en el ámbito nacional, la ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, «[...] establece criterios amplios en la interpretación de las pruebas, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para juzgadores y juzgadoras de valorar las pruebas con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática y análisis de las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrollan los hechos de violencias».

Así pues, el art. 16 de la citada normativa establece la garantía que la investigación se realice bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos «[...] teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos», y el art. 31 conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en

un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes.

Por otro lado, debe considerarse que la citada ley nacional, se encuentra dentro de las denominadas leyes de segunda generación en materia de violencia contra mujeres, porque establece una protección integral al incorporar la perspectiva de género (CEPAL-OIG (2015).

El enfrentamiento de la violencia contra las mujeres en América Latina y el Caribe. Informe Anual 2013-2014. Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe. Naciones Unidas. pp. 58-60. Santiago de Chile).

Asimismo, según Naciones Unidas, un enfoque de la legislación en materia de violencia contra la mujer que tenga en cuenta cuestiones de género, «reconoce que las experiencias que las mujeres y los hombres tienen de la violencia son distintas y que la violencia contra la mujer es una manifestación de la desigualdad histórica de las relaciones de poder entre el hombre y la mujer y de la discriminación contra la mujer» (Naciones Unidas (2010). Manual de Legislación sobre Violencia contra la Mujer. Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. División para el Adelanto de la Mujer p. 15. Nueva York).

En este sentido, sostuve también en **el precedente «Alaniz Pineira»** que «[...] para juzgar los conflictos en los cuales las mujeres son víctimas de violencia en sus distintas manifestaciones, hay que partir de aceptar que la realidad se encuentra polarizada en torno a patrones de dominación masculina que reproducen la discriminación en los distintos ámbitos en donde la mujer desarrolla sus relaciones interpersonales.

De este modo, estimo que los distintos operadores del derecho, tanto en la recaudación de elementos probatorios como al momento de valorarlos, deben orientar también su labor a detectar las circunstancias estructurales que perpetúan la violencia estructural contra las mujeres con el fin de imprimir en su análisis una perspectiva de género.

Para ello resulta necesario que el juzgador comprenda el concepto de género y su necesaria implicancia al momento de valorar la prueba.

Este entendimiento resulta necesario para comprender las distintas convenciones y leyes que garantizan los derechos de las mujeres cuando son víctimas de violencia en sus diversas formas, y que deben ser comprendidas por todos los operadores del derecho para su efectiva aplicación».

Así pues, se advierte claramente cómo estas dificultades en torno a la comprensión del fenómeno de género, hicieron mella en el juzgador al momento de analizar el caso bajo estudio y definieron la manera que tomó su decisión, lo que se tradujo en la omisión de valorar, con la debida perspectiva de género, prueba decisiva.

Por otra parte, debo mencionar que en el **precedente «Ruíz Gutiérrez»** señalé la prudencia con que debe aplicarse el *in dubio pro reo* en los casos en donde la mujer es víctima de violencia en razón de su género. Ello, en tanto desde una perspectiva procesal, si bien el principio **in dubio pro reo no es una regla de valoración probatoria sino una regla de decisión**, no es menos cierto que su correcta aplicación presupone una actividad de valoración de la prueba que incorpore las particularidades propias de los casos de violencia de género, es decir, se deberá ponderar para determinar el valor probatorio que corresponde atribuir a cada elemento de juicio, el bien jurídico protegido y su específico modo de ataque. Esto, si se pretende derivar –en un segundo momento– conclusiones lógicamente controlables para determinar si ha de absolverse o condenarse.

Destaqué también que el referido principio como regla decisoria en el plano procesal, presenta dos caras que operan de manera articulada, una cara externa, referida al **umbral de prueba que ha de alcanzarse cuantitativamente para destruir el estado de inocencia**; y otra interna o cualitativa, orientada al valor

que ha de otorgársele a cada uno de los elementos probatorios sobre los que se erige el silogismo condenatorio.

Expresamente, sostuve al respecto que «[...] la categorización de un caso como de violencia de género no implica de manera alguna disminuir el estándar probatorio en tanto umbral de certeza necesario para alcanzar una sentencia condenatoria (aspecto externo), pero sí repercute en el peso y el lugar que se le atribuye a los elementos de prueba e indicios que integran el razonamiento judicial (aspecto interno), en tanto actividad hermenéutica que precede a su operación como regla decisoria».

De este modo, se advierte que en el desarrollo de los argumentos que dan sustento a la resolución cuestionada, el juez de sentencia omitió valorar elementos de juicio relevantes, tal como la declaración de la víctima en oportunidad de formular denuncia.

Ello, por considerar el sentenciante que tal declaración no fue sometida al principio del contradictorio. Asimismo, consideró que no se acreditó debidamente la supuesta revictimización que sufriría Y.E.G.V. al declarar nuevamente en audiencia de debate, y que fue la razón por la cual la representante del Ministerio Público Fiscal no ofreció como prueba el testimonio de Y.E.G.V.

Este aspecto constituye el agravio central de la representante del Ministerio Público Fiscal, el que –según entiendo– debe prosperar.

En efecto, en oportunidad de celebrarse la audiencia preliminar la defensa adhirió al ofrecimiento de pruebas realizado por la representante del Ministerio Público Fiscal.

Luego, en el debate, se incorporó con acuerdo de las partes la prueba instrumental, entre ellas el acta de denuncia obrante a fs. 1.

Por su parte, tal como lo destaca la recurrente, la defensa en sus alegatos conclusivos valoró lo declarado por Y.E.G.V. en el acta de denuncia.

De tal manera, más allá del criterio adoptado por la fiscal al no ofrecer como prueba la testimonial de Y.E.G.V., y el valor probatorio de lo declarado por ésta en el acta de denuncia – como lo destaca el sentenciante–, lo cierto es que el magistrado debió valorar este elemento de prueba –con base al cual se conformó el objeto procesal– de manera integral con los restantes elementos periféricos que –según advierto– fueron ponderados de manera sesgada por el sentenciante y sin la necesaria perspectiva de género que la temática demanda.

En efecto, esto último se advierte respecto del informe psicológico de la víctima obrante a fs. 48, de donde no sólo se desprende la situación de violencia de género en la que se encontraba inmersa, sino que también da cuenta de la credibilidad del relato de Y.E.G.V., aspecto este último que fue omitido en su valoración por el juez de la instancia previa.

Del mismo modo, si bien los testigos Bravo y Rodrigo no dieron cuenta de haber observado al acusado en las circunstancias espaciales, temporales y modales del hecho bajo estudio, sí señalaron la presencia del acusado en varios oportunidades en los lugares señalados por Y.E.G.V.

A ello debe sumarse que el juez de sentencia tampoco valoró, a los fines de dar credibilidad al testimonio de Y.E.G.V., otras circunstancias de violencia del acusado hacia ella, en particular, los vinculados a las prohibiciones de acercamiento impuestas a aquél por el juez de familia de Malargüe.

A ello, se suma el hecho que su incumplimiento derivó en una sentencia condenatoria donde se le atribuyó al acusado Maya Martínez el delito de desobediencia, entre otros ilícitos que constituyeron hechos de violencia contra Y.E.G.V. (expediente N° 55.682/18, Juzgado Penal Colegiado de Malargüe).

En suma, estimo que la resolución cuestionada –tal como señala la recurrente–, incurre en una errónea valoración de los elementos probatorios, a partir de su **indebida fragmentación**.

Ello, en razón de que de la adecuada e integral ponderación de aquéllos, el resultado de la sentencia muy probablemente sería distinto.

Sobre ello, debe recordarse lo sostenido por esta Sala en otras ocasiones sobre que «[...] los medios de prueba no constituyen compartimentos estancos porque cada uno de ellos se apoya en mayor o menor grado sobre los restantes.

Unos y otros aparecen finalmente como los elementos de un todo, y será ese conjunto el que dará la prueba sintética y definitiva, aquélla sobre la cual se podrá levantar la reconstrucción de los hechos.

Las diversas pruebas presentadas en un momento dado deben ser examinadas al mismo tiempo, pues el resultado global es el que cuenta [...]» (L.S. 388-219).

Asimismo, que «el sistema de la sana crítica racional se encuentra íntimamente relacionado con el principio de la unidad de la prueba e impone como regla de la consideración de la prueba en su conjunto, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles e imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados» (L.S. 388-219).

Por las razones expuestas, entiendo que lo analizado pone de manifiesto la existencia de vicios en la fundamentación de la sentencia impugnada, derivados de la inobservancia de lo dispuesto por el art. 416, inc. 4 del CPP; circunstancias que implican la nulidad del fallo aludido.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera afirmativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Comparto los fundamentos por los cuales mi colega preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa del acusado. En cuanto a las consideraciones realizadas en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género me remito, en lo pertinente, a lo que ya he referido en numerosos pronunciamientos (**ver, al respecto, «Ojeda Pérez», «Villegas», «Álvarez Vega», «Donoso», “Cruz Caporiccio”, “Merlo Lassa”, entre muchos otros**). ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso formulado en autos, y anular la sentencia n° 422 y sus fundamentos, y remitir las actuaciones al Juzgado Penal Colegiado correspondiente a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la realización del nuevo debate. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede.

Con lo que se terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal.
- 2.- Remitir, en función del resolutivo anterior, las presentes actuaciones al Tercer Juzgado Penal Colegiado de la Segunda Circunscripción Judicial, a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la realización del nuevo debate.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 25 de noviembre de 2022.-

2- SALGUERO GUZMAN. 25-11-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
VG	M	M		PCE	-	-	A	-		UP	-			

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=953>

Lex: Art. 239 del CP y art. 4 de la ley 26.485.

Vox: VG. Desobediencia a la autoridad. Notificación. Error de prohibición (sobre la vigencia de la prohibición). Debida diligencia. Retracción.

Summa: Rechazar el recurso de casación deducido por la defensa.

El JPC condenó al señalado a la pena de **un mes de prisión de cumplimiento** en efectivo por considerársele autor penalmente responsable del delito de desobediencia a una orden judicial en contexto de violencia de género (art. 239 del CP y art. 4 de la ley 26.485).

En el mismo pronunciamiento, se revocó la condena impuesta por el Segundo Juzgado Penal Colegiado a la pena de un año de prisión de ejecución condicional (12-09-2018) y se unificó con la aplicada en los presentes, condenando al nombrado a la **pena única de un año de prisión de cumplimiento efectivo**.

La **defensa** interpone recurso contra la resolución antes individualizada en razón de lo dispuesto por el art. 474, incs. 1 y 2 del CPP, es decir, por adolecer el pronunciamiento cuestionado de vicios sustanciales y vicios de procedimiento. Postula error sobre la vigencia de la prohibición.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó el recurso de casación deducido por la defensa.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 8230, pronunciada por el JPC N° 2-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

I- Perspectiva de género

- ver «Galdeano Reyes», «Concha, Jesús», «González Pringles», «Ruiz Gutiérrez», «Alaniz Pineira» y, más recientemente, «González Sosa», «Scifo Ruffini», entre otros .
- ver «Ojeda Pérez», «Villegas», «Álvarez Vega», «Donoso», “Cruz Caporiccio”, “Merlo Lassa”, entre muchos otros.

II-Error de prohibición

- «Frías Robledo»:

Este Tribunal sostuvo en el **precedente «Frías Robledo»** que «[...] la invencibilidad que presupone el error de prohibición, en tanto déficit de conocimiento que cancela la responsabilidad penal del autor, presupone que éste actuó con la **diligencia debida** y de acuerdo a su rol en la formación de ese conocimiento» (ver **también «Reale Comba»**, entre otros).

Precedentes relacionados.

I-Retracción. Perspectiva de género

- Aguilera. 07-05-18.
- «Calderón Polo». 17-05-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=65>
- «Di Cesare Morales»26-06-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- «Mejía Salvador». 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>

- «Gómez Alcaraz». 12-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=252>
- «González Abrego». 19-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=249>
- «Narvárez Videla». 23-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=269>
- «Ortíz Agüero». 16-04-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=637>
- «Agüero Pérez». 25-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=777>
- **Tello Sanchez**. 21-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=819>
- Baina Mandril. 16-05-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=839>
- Salguero Guzmán. 28-11-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=953>

SCJM. Dres.: **Adaro**.Valerio. Palermo (Licencia).

Fallo:

CUIJ: 13-06727316-2/1((018502-38865)) F. C/ SALGUERO GUZMAN JOSE ARIEL P/RESISTENCIA Y DESOBEDIENCIA AUTORIDAD (P-38865/21) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105987087*

En Mendoza, a los veinticinco días del mes de noviembre del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-06727316-2, caratulada "F. C/ SALGUERO GUZMAN, JOSE ARIEL P/ DESOBEDIENCIA S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO; segundo, JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa de José Ariel Salguero Guzmán interpone recurso de casación contra la sentencia n° 8.230 y sus fundamentos, emitida por el Segundo Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial. Ello, en tanto condenó a aquél a la pena de un mes de prisión de cumplimiento en efectivo por considerárselo autor penalmente responsable del delito de desobediencia a una orden judicial en contexto de violencia de género (art. 239 del CP y art. 4 de la ley 26.485).

El pronunciamiento fue dictado en la causa N° P- 38.865/21.

En el mismo pronunciamiento, se revocó la condena impuesta por el Segundo Juzgado Penal Colegiado a la pena de un año de prisión de ejecución condicional, dictada para fecha 12 de septiembre de 2018 en los autos N° P-123.313/17 y P-56.963/18, y se unificó con la aplicada en los presentes, condenando al nombrado a la pena única de un año de prisión de cumplimiento efectivo.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

La jueza de la instancia previa tuvo por acreditado que «[e]l día 20 de abril del 2021, aproximadamente a las 18:00 hs., José Ariel Salguero Guzmán se presentó en el domicilio de su ex pareja, V.E.CH.C., sito en el Barrio Lihué, manzana 7, casa 2 de Guaymallén, incumpliendo con dicha actitud una orden de prohibición de acercamiento impuesta por el Cuarto Juzgado de Familia de Mendoza en los autos N° 963/14, que le fuera debidamente notificada».

Para así decidir, la jueza de sentencia valoró, principalmente, la declaración de la víctima V.E.CH.C, el acta de procedimiento de fs. 9 y el acta de denuncia de fs. 12.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa de José Ariel Salguero Guzmán

La defensa de Salguero Guzmán plantea recurso de casación contra la resolución antes individualizada en razón de lo dispuesto por el art. 474, incs. 1 y 2 del CPP, es decir, por adolecer el pronunciamiento cuestionado de vicios sustanciales y vicios de procedimiento.

En este sentido, sostiene que la sentencia **carece de motivación y fundamentación suficiente**, ya que no ha tenido en cuenta la particular situación del ciudadano común, que no conoce el derecho ni los formalismos que le asisten al Poder Judicial.

Alega que la sentencia tiene vicios que la invalidan, tales como la **falta de motivación suficiente y arbitrariedad**, que derivan de una incorrecta apreciación de la eficacia conviccional de la prueba y de una insuficiente valoración de la misma.

Asegura que se han dejado de lado aspectos fundamentales probatorios producidos en el debate dichos por la propia denunciante y el denunciado. Sostiene que los errores sustanciales surgen de la errónea aplicación del derecho sustantivo, en cuanto a la existencia del error de prohibición invencible (**art. 34, inc. 1 del CP**).

Al respecto, señala que su defendido manifestó en audiencia de debate que conocía que tenía una prohibición de acercamiento, pero su ex pareja le dijo que estaba sin efecto.

Por ello, entiende que aquél no fue oído cuando expresó que se valió de los dichos de la madre de sus hijos para ir al domicilio, considerando que existe un error de prohibición invencible para Salguero Guzmán.

Señala que la denunciante fue desoída cuando aseguró que conocía, por intermedio de una persona que trabaja en el Juzgado de Familia, que la orden de alejamiento no estaba vigente.

Agrega que si bien quienes son abogados y trabajan en el ámbito de la justicia **conocen la forma adecuada de notificación**, esto no es para el ciudadano «de a pie».

Cuestiona que la jueza argumentó que los dichos de la víctima no tenían valor, ya que no pudo dar el nombre de la persona que le refirió esta circunstancia.

Se agravia que la juzgadora de manera arbitraria, le dio más valor al acta de denuncia de la supuesta víctima que a la testimonial prestada por ésta en el debate, cuando se supone que **la oralidad** es lo que debe primar en todo el proceso de debate.

Considera, en este sentido, arbitrario que la juzgadora haya elegido darle mayor entidad a la primera versión de la testigo.

Manifiesta que los fundamentos brindados en este punto por la juzgadora, en tanto entendió que la supuesta víctima estaba en **una etapa de retracción del ciclo de violencia de género**, no ha sido debidamente fundada o lo ha sido con fundamentos erróneos y alejados de la realidad.

Plantea que la jueza de sentencia valoró dichos que no fueron señalados por la parte acusadora como contradicciones, es decir, que no se ha valido de lo sucedido en el debate, sino que ha recurrido a la denuncia, supliendo groseramente la función del Ministerio Público Fiscal.

Agrega, en relación con la vigencia de la orden de prohibición de acercamiento, que la supuesta víctima manifestó en la denuncia que no sabía si estaba vigente, lo que no dista de lo dicho en el debate.

Entiende que no está en discusión si la testigo sabía o no de la vigencia de la orden, sino si puede atribuírsele a su defendido el conocimiento de esa vigencia.

Agrega que no ha podido la magistrada fundamentar que ello no fuera así.

Asegura que Salguero tenía un conocimiento erróneo sobre la vigencia de la orden y por ese error fue condenado.

Afirma que la sentenciante le explicó al acusado cómo debía asegurarse de la vigencia o no de la orden, por lo que si en los propios fundamentos tuvo que explicarle, va de suyo que la propia jueza entendió que Salguero no lo sabía.

Concluye que su postura no es una mera discrepancia con los fundamentos brindados por la sentenciante sino que, a su entender, Salguero confió en la madre de sus hijos y desconocía que la orden de prohibición de acercamiento estaba vigente. Por ello, solicita se declare la nulidad de la resolución impugnada, se case la sentencia y disponga, por el beneficio de la duda, la absolución de José Ariel Salguero Guzmán.

Formula reserva del caso federal y por ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General contesta la vista de ley y aconseja el rechazo del recurso de casación articulado. Considera que la sentenciante, para arribar a la certeza acerca de la existencia material del hecho y la autoría del acusado, analizó el plexo probatorio de manera integral.

Entiende que la sentencia resulta válida en tanto no ha existido inobservancia de normas que pudieran acarrear la nulidad, ni tampoco errónea aplicación de la ley sustantiva.

En este último aspecto, expresa que señaló que se estaba frente a un destinatario determinado a quien la autoridad **pública le notificó una prohibición que fue incumplida por el acusado** y, con ello, se lesionó el bien jurídico protegido.

Por tal motivo, propone el rechazo del recurso incoado por la defensa.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Puestos en consideración los motivos de agravio expresados por la defensa de Salguero Guzmán, entiendo que corresponde desestimar el recurso de casación articulado en esta instancia. Ello, a tenor de los argumentos que serán expuestos en lo que sigue.

Preliminarmente, corresponde señalar que los agravios recursivos se centran, por un lado, en cuestionar el valor probatorio atribuido por la sentenciante a la versión de los hechos brindada por la víctima en oportunidad de efectuar la denuncia y en desmedro de lo declarado por ésta en debate.

Por el otro, la defensa critica la valoración realizada en la instancia previa relativa con el desconocimiento del acusado respecto de la orden de prohibición de acercamiento respecto de V.E.CH.C.

En particular, destaca que la juzgadora valoró de manera arbitraria un tramo de la denuncia que no fue señalada por la parte acusadora como contradictorio a lo declarado por la víctima en el debate.

Esto es, lo referido por la víctima sobre la vigencia de la orden de prohibición de acercamiento respecto del acusado, aspecto que –en concordancia con la versión del acusado– fue negado por ésta en audiencia de debate, donde refirió que «una mujer del juzgado de familia le dijo que la orden no estaba vigente».

Entiendo que el agravio esgrimido en este sentido no puede prosperar.

En efecto, no obstante la observación realizada por la defensa, lo cierto es que ello –según entiendo– no es central para determinar la responsabilidad del acusado Salguero Guzmán en el hecho atribuido.

En efecto, la defensa propone que Salguero Guzmán **incurrió en un error**, que esa parte considera de prohibición, a partir de la información que le habría brindado la víctima sobre la **vigencia de la prohibición** de la orden de acercamiento que pesaba en su contra.

En primer orden, debe señalarse que la jueza de sentencia –en criterio que comparto– entendió que no se encontraba debidamente corroborado lo manifestado por V.E.CH.C. en la audiencia de debate sobre la circunstancia de que una mujer del juzgado de familia le habría dicho que no estaba vigente la orden de prohibición de acercamiento respecto del acusado.

Al respecto, la jueza de la instancia anterior sostuvo que V.E.CH.C. no pudo especificar las circunstancias en que le habrían dado esa información, ni tampoco qué función tenía la mujer que se lo habría proporcionado, es decir, que sólo «se limita a decir que una mujer dentro del juzgado de familia le brindó esta información, pero no aportó otro dato que permita identificarla» (ver registros audiovisuales, día 27/07/21, minuto 12:44).

Además, en este punto me interesa destacar que la jueza de sentencia aplicó debidamente los estándares internacionales en la interpretación de la prueba, a los que ya me he referido en numerosos precedentes

(ver «Galdeano Reyes», «Concha, Jesús», «González Pringles», «Ruiz Gutiérrez», «Alaniz Pineira» y, más recientemente, «González Sosa», «Scifo Ruffini», entre otros).

Así, la magistrada consideró que la versión de los hechos brindada por V.E.CH.C., que favorecían al acusado, no se compadecía con el sentido de lo manifestado por ésta ante personal policial ni en la denuncia, esto aun considerando sólo el tramo señalado por la representante del Ministerio Público Fiscal, de acuerdo con la crítica presentada por la recurrente.

Con base a ello, sostuvo que se trataba de un testimonio retractado propio del ciclo de violencia de género. En este sentido, y en términos que resultan a mí entender aplicables al supuesto aquí examinado, me he referido en otras ocasiones sobre la retractación que opera en el discurso de la mujer víctima de violencia de género a raíz del **denominado «ciclo de violencia»**.

Al respecto he sostenido que «[...] la violencia contra las mujeres por razones de género ha merecido un especial amparo tanto a nivel supranacional como nacional, estableciendo lineamientos claros en materia de interpretación de la prueba que supone una amplitud en los estándares probatorios y una especial ponderación del testimonio de la víctima, teniendo en cuenta en el contexto valorativo la particular situación de vulnerabilidad de la víctima y las implicancias que el ciclo de violencia genera en la personalidad de las mujeres» (ver al respecto **Cruz Caporiccio**).

De tal manera, a mi criterio resulta plausible que las manifestaciones de V.E.CH.C. respaldando las de Salguero Guzmán, respondan al fenómeno señalado.

En segundo orden, y aun considerando la postura de la defensa, la jueza de la instancia anterior consideró adecuadamente que el acusado **no actuó con la debida diligencia**, en tanto es el obligado por la orden el que tiene que concurrir al juzgado de familia a efectos de verificar la vigencia de la orden de prohibición que pesa en su contra (ver, a partir del minuto 16:34).

En igual sentido, este Tribunal sostuvo en el **precedente «Frías Robledo»** que «[...] la invencibilidad que presupone el error de prohibición, en tanto déficit de conocimiento que cancela la responsabilidad penal del autor, presupone que éste actuó con la diligencia debida y de acuerdo a su rol en la formación de ese conocimiento» (ver **también «Reale Comba»**, entre otros).

Por otro lado, y aun cuando Salguero Guzmán **hubiese padecido un error** en relación con la vigencia de la prohibición de acercamiento que pesaba en su contra, este **no debe considerarse como relevante a los efectos de la cancelación de la posibilidad de reproche**.

En efecto, eventuales los dichos de V.E.CH.C., de acuerdo con las circunstancias del caso, no lo habilitaban a considerar no vigente la prohibición de acercamiento dispuesta.

Ello, principalmente con base en dos razones: en primer lugar, la información imprecisa proporcionada por la víctima en este punto.

En segundo lugar, la relación conflictiva que mantenía el acusado con ésta, extremo que quedó debidamente acreditado a través del acta de procedimiento de fs. 9, donde personal policial dejó constancia de lo manifestado por la víctima y su hija J.L.S.CH., sobre las amenazas con arma de fuego –la que fue secuestrada en el lugar del hecho por personal policial– proferidas por el acusado, y que tenían como objeto la venta de la casa donde vivía la víctima.

A ello, se suma que el ahora acusado ya había sido condenado por hechos cometidos contra la víctima en contextos de violencia de género, entre ellos, por el delito de desobediencia a una orden de prohibición de acercamiento (sentencia dictada por el Segundo Juzgado penal Colegiado de la 1°CJ, en fecha 12/09/18, autos N° P-56.936/18).

Frente a ello, no parece verosímil sostener que Salguero Guzmán no conocía las formalidades propias del sistema de justicia, como lo sugiere la defensa a fin de sostener su postura.

Frente a estos argumentos, la defensa no ha articulado objeción alguna que demuestre en qué punto el razonamiento de la jueza ha sido arbitrario por ilógico o por omisión de aspectos relevantes de la causa, razón por la que no pueden compartirse las críticas formuladas en el recurso.

En definitiva, de lo expuesto surge que la jueza de instancia anterior, en base a los elementos de prueba antes detallados, llegó a la certeza necesaria en esta etapa procesal –sin que pueda predicarse la existencia de una duda que habilite la aplicación del principio in dubio pro reo– para adoptar la decisión que aquí se cuestiona.

De tal manera, su análisis en la sentencia cuestionada aparece sin arbitrariedades y motivado de una manera lógica y razonada en cuanto a la acreditación del hecho y la intervención de Salguero Guzmán en él como autor.

En función de las consideraciones expuestas, y opinión concordante el señor Procurador General, debe contestarse afirmativamente la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Comparto los fundamentos por los cuales mi colega preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa del acusado.

En cuanto a las consideraciones realizadas en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género me remito, en lo pertinente, a lo que ya he referido en numerosos **pronunciamientos (ver, al respecto, «Ojeda Pérez», «Villegas», «Álvarez Vega», «Donoso», “Cruz Caporiccio”, “Merlo Lassa”, entre muchos otros)**. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede. Con lo que se terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación deducido por la defensa de José Ariel Salguero Guzmán y, en consecuencia, confirmar la sentencia Nº 8.230 dictada por el Segundo Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 25 de noviembre de 2022.-

3- MUÑOZ. 25-11-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	M	-	-	PCE	-	-	A	R	-	UP	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=963>

Lex: Art. 239 del CP. Art. 11, inc. 3, 8, 9 y 15 de la Ley 6.722.

Vox: Resistencia a la autoridad. Facultades policiales. Unificación. Reincidencia.

Summa:

El **JPC** condenó al señalado a la pena de **cuatro meses de prisión de cumplimiento efectivo** por considerársele autor penalmente responsable del delito de resistencia a la autoridad (art. 239 del CP). En esa oportunidad, también se declaró la **reincidencia** del nombrado y se **unificó** la condena antes referida con la sentencia n° 2.929, dictada por el Primer Juzgado de Garantías de Fragancia, en la **pena única de ocho años de prisión** más la declaración de **reincidencia**.

La **defensa** interpone recurso de casación. Art. 414 del CPP

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n°9716, pronunciada por el JPC N° 2-1° CJ.

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo (Licencia)

Fallo:

CUIJ: 13-06802325-9/1((018502-52446)) F. C/ MUÑOZ, BRIAN CATRIEL P/ RESISTENCIA A LA AUTORIDAD (52446/21) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106056151*

En Mendoza, a los veinticinco días del mes de noviembre del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06802325-9, caratulada “F. C./ MUÑOZ, BRIAN CATRIEL P / RESISTENCIA A LA AUTORIDAD S / CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO; segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa de Brian Catriel Muñoz interpone recurso de casación contra la sentencia n° 9.716, y sus fundamentos, emitida por el Juzgado Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción en autos n° P-52.446/21.

Ello, en tanto se condena a aquél a la pena de cuatro meses de prisión de cumplimiento efectivo por considerársele autor penalmente responsable del delito de resistencia a la autoridad (art. 239 del CP).

En esa oportunidad, también se declaró la reincidencia del nombrado y se unificó la condena antes referida con la sentencia n° 2.929, dictada en autos n° P-85.426/14 del Primer Juzgado de Garantías de Flagrancia, en la pena única de ocho años de prisión más la declaración de reincidencia.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas. SOBRE LA

PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El tribunal impugnado resolvió del modo precedentemente señalado, por considerar acreditado que «[e]l día 28 de mayo de 2021, siendo aproximadamente las 17.00 horas, en la intersección de calles Servet y Gomensoro de Guaymallén, B[rian] C[atriel M[unoz], al momento de ser identificado por personal de la Unidad Investigativa de Guaymallén, intentó evadir el control y le propinó golpes de puño al efectivo policial Auxiliar 2° Jorge Luis Herrera, por lo que comenzó un forcejeo entre ambos sujetos, lo que provocó que cayeran al suelo. Acto seguido Personal de Investigaciones logró reducir a Muñoz y su aprehensión en el lugar; como consecuencia de tal accionar fueron consta[ta]das en Herrera numerosas excoriaciones en dorso de mano izquierda. Herida suturada en falange proximal cara palmar de dedo pulgar de mano izquierda, lesiones con un tiempo probable de curación e inutilidad laboral menor a un mes, según informe del Cuerpo Médico Forense» (resolución impugnada, fs. 1).

Para así decidir, la jueza de la instancia anterior valoró las declaraciones de los funcionarios de policía Jorge Luis Herrera, Jonathan Montenegro y Víctor Jesús Nieto y la versión de los hechos brindada por el acusado.

Asimismo, se tuvo en cuenta el acta de procedimiento policial, las ratificaciones de esas actas de procedimiento, el informe del CEO, informe del CMF y del Hospital Central.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa de Brian Muñoz

La recurrente promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 474, inc. 2 del CPP por considerar que existen vicios de procedimiento en la resolución que cuestiona.

En ese orden, la defensa del acusado se agravia por entender que el sentenciante ha condenado a su defendido fundándose sólo en las actas de procedimiento, sin tener en cuenta que durante el debate oral no se pudo acreditar ni el tipo penal objetivo ni el subjetivo del delito que se le atribuye.

Considera que **fue arbitrario el accionar policial** al estimar como sospechosa la conducta de su defendido, cuando este se encontraba en compañía de su esposa y llevaba a su bebé en el carrito, mirando a los costados para cruzar la calle. Señala que los funcionarios policiales se abalanzaron sobre Brian Muñoz, en un automóvil que **no estaba identificado como patrullero, vestidos «de civil», sin identificarse y lo golpearon**. Destaca que lo único que hizo el acusado fue, como pudo, defenderse y a su familia.

Expresa que el propio policía Herrera reconoció que las lesiones se las produjo con un frasco de vidrio que había en el suelo, sobre el que cayeron el funcionario y Muñoz, lesionándose ambos.

Asimismo, la defensa pone de resalto que nunca hubo persecución, puesto que el policía Montenegro dejó el arma en el móvil y, si Muñoz se hubiese querido fugar, el policía no podría haber arrojado el arma al vehículo como él mismo admitió.

Sostiene que los funcionarios no dicen la verdad al expresar que estaban efectuando control de personas por la «barriada», teniendo en cuenta que de las constancias del CEO surge que venía de realizar un allanamiento que dio resultado positivo.

Finalmente, expresa que, si bien es cierto que su defendido llevaba droga –por la que la Justicia Federal no dispuso su detención–, esta circunstancia no fue advertida por los funcionarios de policía hasta el final del episodio, por lo que el motivo de la actuación policial fue la sospecha de un ciudadano que cruzaba la calle de un modo que no les gustaba.

En virtud de ello, entiende que no es desventurado lo declarado por Muñoz en cuanto a que el policía Herrera le quería comprar droga y de lo cual esa defensa acompañó prueba, la que no fue tenida en cuenta por la jueza de la instancia previa.

Por lo expuesto, considera que lo acontecido en autos es un caso de discriminación y solicita se haga lugar al recurso interpuesto, absolviendo a su defendido.

Formula reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador expresa que corresponde rechazar sustancialmente el recurso de casación bajo estudio, en tanto se funda en la discrepancia del recurrente con la valoración del plexo probatorio, intentando imponer su versión de los hechos.

No obstante, entiende que la sentencia se encuentra debidamente fundada y que las declaraciones de los tres funcionarios policiales fueron coincidentes, mientras que la versión del acusado no encuentra apoyo en ninguna prueba objetiva incorporada al proceso.

Agrega que en la sentencia impugnada también se aborda adecuadamente el tema de la actitud sospechosa, justificando el accionar policial, por lo que corresponde su convalidación en esta instancia.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Por diversas razones estimo que corresponde rechazar el recurso de casación deducido por la defensa de Brian Catriel Muñoz, en tanto **no se advierte en la resolución cuestionada falencias que habiliten su revocación**. Paso a explicarlo.

Tal como surge del escrito recursivo, la defensa centra su planteo en el cuestionamiento sobre la valoración probatoria llevada a cabo por la jueza de instancia previa. En ese orden, se agravia por considerar que:

- 1) de acuerdo con la prueba rendida, no se habrían acreditado el tipo penal objetivo y el tipo penal subjetivo del delito que se endilga a su defendido;
- 2) fue arbitrario el accionar policial al considerar sospechosa la conducta de su defendido y abalanzarse sobre él, golpeándolo, sin identificarse previamente; y,
- 3) no resultan creíbles las declaraciones de los policías en cuanto a que hubo persecución, que estaban efectuando control de personas en el barrio y a que la posesión de drogas de su defendido sólo fue advertido por los funcionarios al final del episodio.

No obstante, considero que las críticas defensivas no pasan **de ser un criterio diverso al utilizado por la sentenciante en su tarea valorativa** que no resulta suficiente, por sí solo, de conmover el fallo cuestionado.

Así, en relación con la acreditación de los diversos aspectos que requiere la figura penal atribuida a Brian Catriel Muñoz, advierto que la jueza ha dado suficientes y adecuadas razones para tener por probados tales extremos.

En cuanto al **tipo objetivo**, lo consideró acreditado en función de la prueba incorporada al proceso, particularmente, de las declaraciones brindadas por los tres funcionarios de policía que tomaron intervención en el hecho, a las que consideró contestes entre sí y corroboradas por el acta de procedimiento policial, informe del CEO e informes del Cuerpo Médico Forense y del Hospital Central.

Respecto del tipo subjetivo, también lo entendió acreditado en tanto el acusado, después de que el personal policial se identificó, hizo caso omiso a su orden y continuó en su actitud violenta hacia el personal policial (conforme surge del registro audiovisual de fecha 24 de noviembre de 2022, minuto 27:54/29:13).

En el pronunciamiento cuestionado también se ha refutado la hipótesis defensiva referida a un actuar arbitrario por parte del personal de policía.

En ese orden, la jueza de sentencia señaló que toda la prueba incorporada da cuentas de que la actuación policial fue adecuada a derecho, considerando que –contrariamente a lo alegado por la defensa– los funcionarios realizaron un allanamiento a las 15:01 horas en Rodeo de la Cruz y que, dos horas después, cuando se produjo el hecho se encontraban realizando patrullajes en el barrio en que los acontecimientos tuvieron lugar, de acuerdo a lo que surge del informe del CEO (registro audiovisual referido, minuto 26:45/26:55).

Asimismo, destacó que, a pesar de que la defensa del acusado sostuvo que éste no estaba en actitud sospechosa y que sólo se encontraba por cruzar la calle con su mujer y su bebé, lo cierto es que, de acuerdo a la prueba rendida, el acusado se encontraba detenido en una esquina de la vía pública y mirando para todos lados sin cruzar la calle, por lo que los efectivos policiales se acercaron a identificarlo, dentro de las **facultades previstas en la ley 6.722, art. 11, inc. 3** y también las previsiones de los arts. 8, 9 y 15 de ese cuerpo legal (registro audiovisual referido, minuto 23:32/26:51).

Agregó la sentenciante que tampoco tiene asidero la versión defensiva referida a que Muñoz habría sufrido una golpiza, en virtud del informe que brindó el Hospital Central.

Según esta prueba informativa, las lesiones que sufrió Muñoz no son compatibles con la golpiza que dijo haber sufrido.

De igual modo, la jueza entendió probado que el funcionario de policía Jorge Luis Herrera efectivamente mostró su identificación a Muñoz, exhibiéndole la credencial que llevaba en su cuello, en virtud de la declaración de ese policía y la de los otros dos funcionarios que intervinieron en el hecho, a las que consideró contestes y corroboradas con el resto del material probatorio.

En lo que se refiere a una supuesta negociación por la comercialización de estupefacientes entre el acusado y uno de los efectivos involucrados en el hecho, debe señalarse que, más allá de la verosimilitud de la hipótesis –la que no es objeto de tratamiento en esta causa–, los elementos ofrecidos para acreditarla no han sido incorporados al debate y tampoco lo solicitó la defensa que hoy recurre.

Corresponde destacar, además, que esa hipótesis no es incompatible ni justifica la conducta que en la presente causa se le endilga a su defendido y que ha sido corroborada en virtud de los elementos de prueba antes señalados.

Resta señalar que tampoco se ha contado en autos con la declaración de quien acompañaba al acusado el día de los hechos, como elemento de descargo que respaldara la declaración de Brian Muñoz.

Por el contrario, el único elemento en que se apoya la versión defensiva es la declaración del acusado, la que por sí sola no resulta suficiente para desvirtuar la hipótesis acusatoria acreditada mediante el cúmulo de pruebas ya descripto.

Como se advierte, todos los cuestionamientos casatorios formaron parte de los alegatos defensivos desarrollados durante el juicio oral y fueron debidamente contestados en los fundamentos de la sentencia mediante la cual se entendió acreditado el hecho atribuido a Brian Muñoz y su responsabilidad penal, sin que se advierta ninguna arbitrariedad en tal decisión.

En función de ello, los agravios recursivos no pueden prosperar en esta instancia.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de Brian Catriel Muñoz.

2.- Imponer las costas por a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.

4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 25 de noviembre de 2022.-

4- FERNANDEZ GONZALEZ. 06-12-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
VG	Par	M	-	PCE	-	-	A	-		UP	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=967>

Lex: Art. 239 del CP

Vox: VG. Desobediencia a la autoridad. Libertad ambulatoria. Encuentro casual. Ausencia de Estado de necesidad. Unificación.

Summa:

El **JPC** condenó al señalado a la pena de **quince días de prisión** por el delito de desobediencia a la autoridad (art. 239 del CP). Asimismo, se revoca la condicionalidad impuesta en sentencia n° 7973 y se unifica ambas penas en la **pena única de tres años de prisión en efectivo**.

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 10.080, pronunciada por el JPC N° 2-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- «Echavarría, Jorge»
- «Galdeano Reyes», «Merlo Lassa», «Camacho Sánchez», «Reyes Cortelezzi», «Hisa»
- Ojeda Pérez», «Merlo Lassa», «Mejía Salvador», «Calderón Polo», «Cruz Caporiccio», «Quiroga Morales», «Vázquez Tumbarello», «Montenegro Fisigaro» entre otros.
- «Mejía Salvador» y «Di Césare Morales»

SCJM. Dres.: Adaro.Valerio. Palermo

Fallo:

CUIJ: 13-06832923-4/1((018502-7744)) F. C/ FERNANDEZ GONZALEZ LUIS MIGUEL P/ DESOBEDIENCIA A LA AUTORIDAD (7744/21) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106084494*

En Mendoza, a los seis días del mes de diciembre del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° P-13-06832923-4/1 caratulada “Fc/FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, LUIS MIGUEL P/ DESOBEDIENCIA A LA AUTORIDAD (7744/21) S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa del imputado Luis Miguel Fernández González interpone recurso de casación contra la sentencia n° 10.080 y sus fundamentos dictada por el Juzgado Penal Colegiado n° 2 de la Primera Circunscripción Judicial, en cuanto lo condena a la pena de quince días de prisión por el delito de desobediencia a la autoridad (art. 239 del CP) que se le atribuye en la causa P-7744/21.

Asimismo, se revoca la condicionalidad impuesta en sentencia n° 7973 en autos P93.451/11 y se unifica ambas penas en la pena única de tres años de prisión en efectivo.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde? TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

La sentencia puesta en crisis por la defensa del acusado, en lo que aquí interesa, tuvo por probado que: «[...] el día 24 de diciembre de 2020, a las 02:00 hs. aproximadamente, el Sr. Luis Miguel Fernández González, se acercó a la casa ubicada en calle Alem y Filippini de Godoy Cruz, domicilio de la Sra. [S.R.], la cual se encontraba en ese momento con la expareja del Sr. Fernández, la Sra. [A.P.M.], [...] incumpliendo de esta manera la orden emanada por la jueza de familia, Dra. Marisa Peralta en autos n° 1452/19/8F, la cual se encuentra vigente y le fue notificada con fecha 17 de octubre de 2019 [...]» (ver registro audiovisual de fecha 16 de diciembre de 2021, a partir del minuto 5:42).

Para así decidir, el juez de la instancia anterior valoró la declaración del acusado, el informe psíquico del Equipo Profesional Interdisciplinario (EPI) y las pruebas testimoniales e instrumentales recibidas en la audiencia.

2.- El recurso de casación de la defensa

La defensa técnica del acusado Luis Miguel Fernández González interpone recurso de casación con sustento en los dos incisos previstos en el art. 474 del CPP.

Ello, por entender que se valoró erróneamente la prueba incorporada, no se arribó a la certeza necesaria para una sentencia condenatoria, no se dio prioridad al principio de la duda a favor de acusado y se aplicó erróneamente el tipo penal descrito por el delito de desobediencia a la autoridad (art. 239 del CP).

Refiere que si bien el sentenciante encuadró la **causa en contexto de violencia de género** con justificación en jurisprudencia, no valoró la prueba en sí misma e interpretó erróneamente la medida de prohibición de acercamiento.

Relacionado con ello, expresa que en la sentencia impugnada la medida referida incluyó -además del domicilio de la denunciante- y entre los lugares donde habitual u ocasionalmente pudiese concurrir, el domicilio de S.R., amiga de la denunciante, al tener por cierto que su asistido conocía que ese domicilio pertenecía a una amiga de su expareja y a pesar de ello eligió transitar por la vía pública frente a ese domicilio.

Agrega que el juez de la instancia anterior en la sentencia realizó una equivalencia terminológica para analizar el alcance de **la prohibición de acercamiento al referirse al dolo**, porque afirmó que no requiere buscar algún tipo de contacto directo sino que también **importa la prohibición de minimizar la posibilidad de encuentros ocasionales o casuales**, lo que a criterio de la defensa excede el alcance de la prohibición ya que los encuentros casuales limitan la libertad del acusado al ser objetivamente imprevisibles, sobre todo si se considera el horario en que se produjo el hecho.

En cuanto al **aspecto objetivo del delito de desobediencia a la autoridad**, afirma que en el caso concreto, por principio constitucional, no se puede imputar a un sujeto un **hecho casual por ser imprevisible** y ajeno al ámbito de autodeterminación de la persona.

Afirma que la prohibición de acercamiento debe ser interpretada **en forma restrictiva** porque limita la libertad del destinatario, y por tanto, incluye solo lugares ocasionales y habituales porque tiene en cuenta a la denunciante y no a los lugares en sí mismos.

En lo relativo al **aspecto subjetivo** sostiene que se asumió como cierto que el acusado conocía el domicilio de S.R. y que sabía que ese era un lugar al que ocasionalmente podría concurrir Azucena Medina, lo que constituye un error del juzgador porque el hecho que concurren en una oportunidad al domicilio de S.R. no significaba que lo conociera y debía tenerlo en cuenta como un lugar de ocasional concurrencia. Vinculado con ello, expresa que la testigo S.R. declaró que Fernández fue a su departamento cuando estaba en pareja con A.P.M., pero en la sentencia no se determinó cuándo ocurrió aconteció ni en qué circunstancias, e incluso, que la representante del Ministerio Público Fiscal no indagó al respecto a fin de valorar cuan probable o cierto era que el acusado podía tener presente ese domicilio.

Esgrime que también es equivocada la afirmación del sentenciante en cuanto sostuvo que Fernández recordaba el lugar donde vivía S.R. y le constaba que era una persona con suficiente afinidad como para tener presente que A.P.M. podía concurrir con cierta frecuencia, porque desde que se separó Fernández de A.P.M. entre noviembre y diciembre de 2019 no constaba que hubieran tenido contacto a partir de la fecha de la prohibición de acercamiento, incluso por redes sociales ya que A.P.M. declaró haber bloqueado a Fernández.

Por último, alega que el juzgador interpretó erróneamente la orden de prohibición de acercamiento porque interpretó **que la distancia no inferior a trescientos metros** era con relación al domicilio de la denunciante, pero no alcanzaba a otros lugares en los que habitual y ocasionalmente concurren A.P.M. Además, expresa que los dispositivos de geolocalización para asegurar el cumplimiento de las medidas referidas sólo pueden verificar que los domicilios de las partes se encuentren fuera del radio prohibido.

Al respecto esgrime que le parece justa la interpretación que pretende para garantizar la **libertad ambulatoria** de su asistido -en un proceso sin contradictorio previo y con la mera sospecha de peligro- porque los domicilios de las partes y de su familia se encuentran en un radio aproximado de veinte cuadras y existiría siempre la posibilidad de un encuentro casual.

En suma, afirma que se interpretó erróneamente el elemento objetivo del tipo penal al incluir los lugares causales en la medida judicial aludida porque no se demostró la frecuencia de la concurrencia de A.P.M. al domicilio de S.R.

Por su parte, indica que tampoco se acreditó el dolo requerido por ser irrazonable exigir a su asistido después de más de un año de interrupción de contacto con su expareja que esté al tanto de sus amistades y conozca la frecuencia con la que las visita. Efectúa reserva del caso federal.

3.- Dictamen del Procurador General

El Procurador General dictamina que, si bien formalmente corresponde acoger formalmente el recurso de casación planteado, no puede prosperar sustancialmente.

Ello, porque la sentencia contiene motivación suficiente apoyada en pruebas valoradas dentro de la sana crítica racional, y la conducta del acusado fue correctamente encuadrada en el delito penal previsto en el art. 239 del CP.

En tal sentido, expresa que surge de las constancias audiovisuales que la testigo S.R. declaró que el acusado sabía que la A.P.M. concurría ocasionalmente a su domicilio.

Agrega que el sentenciante no hizo referencia a una concepción errónea del alcance de la medida de restricción, toda vez que aludió a encuentros ocasionales conforme lo dispuesto por el Juzgado de Familia y procuró resguardar a la persona a favor de quien se dispuso la medida de prohibición de acercamiento de ese tipo de encuentros.

En cuanto al dolo señala que se satisface con el incumplimiento de las normas establecidas por la autoridad competente para prevenir aquellos encuentros, lo que se acreditó con la declaración de la denunciante y de la testigo S.R. Indica que el juzgador expuso con claridad tanto al resolver los hechos n° 2, n° 3 y n° 4 como el hecho n° 1, las argumentaciones en base a las cuales absolvió al acusado en los tres primeros hechos mencionados y por las que lo condenó en el hecho n° 1.

En tal sentido, expone que el sentenciante aclaró que si bien el acusado y su familia residían en un radio de aproximadamente veinte cuadras en el cual podían existir encuentros casuales entre las partes, éstos no implicaban incumplimiento a la prohibición establecida, sino los habituales y ocasionales, porque el acusado estaba debidamente notificado de la medida judicial y tenía pleno conocimiento que su expareja concurría ocasionalmente al domicilio de Belén Rosas.

Hace reserva del caso federal.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Puesto a resolver el recurso de casación interpuesto, y realizada la revisión de los agravios planteados por la defensa técnica de Fernández González, de las pruebas recibidas en la audiencia y de las argumentaciones del juez de la instancia previa, anticipo opinión en el sentido de que corresponde el rechazo del recurso de casación, en tanto los agravios no logran desvirtuar la validez de la sentencia impugnada. Veamos las argumentaciones en que sustento mi decisión.

Por un lado, debe tenerse en cuenta que en la sentencia cuestionada el juez de la instancia anterior afirmó que la **medida de prohibición de acercamiento dictada por el Octavo Juzgado de Familia** dispuso: «Ordenar la prohibición de ingreso y restricción de acercamiento al Sr. Luis Miguel Fernández González, DNI 31.728.776 a una distancia no inferior a 300 metros del domicilio sito en Terrada n° 974 de Godoy Cruz y a cualquier otro sitio al que habitualmente y ocasionalmente concurriera la Sra.[A.P.M.], debiendo esto notificarse en forma personal al Sr. Fernando González, algo que fue realizado y no fue cuestionado en la presente audiencia.

Fue absolutamente acreditado que tenía **pleno conocimiento** el Sr. Fernández González de esta prohibición de ingreso y acercamiento tanto al domicilio como a los lugares a los que habitualmente u

ocasionalmente concurriera la Sra.[A.P.M.] como ya hemos establecido dentro del delito de desobediencia a la autoridad». Aclaró el juzgador que la orden judicial era amplia al incluir no solo el domicilio de A.P.M., sino también aquellos sitios **donde habitual u ocasionalmente concurriera** (ver registro audiovisual de fecha 1° de febrero de 2022, desde el minuto 01:18 hasta minuto 06:18).

También sostuvo el sentenciante que un **encuentro casual** no implicaba incumplimiento de la medida judicial porque el acusado vivía en un radio de aproximadamente veinte cuadras con respecto a sus familiares y la denunciante (ver registro audiovisual citado, a partir minuto 31:07).

Por otra parte, el juez de la instancia previa expuso que acordaba con la representante del Ministerio Público Fiscal encuadrar el hecho en un contexto de violencia de género, conforme los dichos de la denunciante acerca de la reiteración de hechos de violencia, que la llevó a concurrir a los tribunales de familia en donde se impuso a su favor una prohibición de acercamiento y de contacto.

Asimismo, ponderó las conclusiones del examen psíquico realizado a A.P.M. por el Equipo Profesional Interdisciplinario (EPI) que informó un riesgo moderado de poder sufrir violencia física por parte de Fernández González.

En base a ello, el juez sostuvo que la medida de protección amplia tuvo por finalidad el resguardo de la integridad psico-física, para que la denunciante transitara los procesos de familia con la debida tranquilidad mental, con paz interior y para la prevención de cualquier situación conflictiva entre las partes (ver constancia audiovisual de fecha 1° de febrero de 2022, a partir del minuto 15:40).

A su vez, A.P.M. declaró en la audiencia de debate que el 24 de diciembre de 2020 Fernández González pasó por la casa de su amiga S.R., que en otra ocasión por un bar, que también quiso atropellarla cerca de su trabajo, que difundió un video en vivo en Facebook pasando por su domicilio y muchos hechos más que no los denunció, y que en todo momento la atacaba, le pegaba, la amenazaba dentro del domicilio donde vivían juntos, por lo que solicitó la restricción en el Juzgado de Familia de Godoy Cruz.

Manifestó que la medida judicial era una prohibición de acercamiento a su favor, que Fernández González estaba notificado y que, incluso, la amenazó después que petitionó la medida de protección por lo que tuvo que escaparse del lugar donde vivía en calle Terrada 974 de Godoy Cruz.

Manifestó que el día 24 de diciembre de 2020 fue a saludar para navidad a su amiga S.R. –quien vive a dos cuadras de su casa–, y que estaban sentadas en la vereda del edificio del domicilio de su amiga ubicado en calle Alem y Filipini de Godoy Cruz cuando Fernández González pasó por el lugar, frenó el vehículo Gol negro en que circulaba, bajó el vidrio del auto e intentó bajarse, por lo que ingresaron dentro del departamento porque tuvieron mucho miedo.

A preguntas de la fiscal, aclaró que Fernández González había ido antes de ese día a la casa de su amiga y por eso sabía bien quién era, y reiteró que se detuvo y entonces ellas ingresaron dentro por miedo (ver registro audiovisual de fecha 16 de diciembre de 2021, a partir del minuto 16:42 a 24:43).

En el mismo sentido declaró S.R. en la audiencia de debate. Expuso que conocía a Fernández González porque era la expareja de su amiga A.P.M..

Manifestó que Fernández González le había pegado a A.P.M. muchas veces y que aquella venía con todos los brazos moreteados.

Agregó que el día 24 de diciembre de 2020, a la noche, para navidad, el acusado pasó por su casa, se detuvo, y ellas se asustaron, por lo que y ingresaron dentro de la casa.

Aclaró, que estaban afuera de su casa, sentadas en la vereda, que ella vivía en un departamento arriba y que con A.P.M. estaban en la puerta del departamento, cerca de las 2 de la madrugada.

Entonces, Fernández pasó por calle Alem y, en vez de seguir derecho por esa calle, se quedó parado allí donde ellas estaban.

Refirió que el acusado iba en un vehículo Volkswagen Gol, de color negro o gris.

A preguntas de la fiscal, dio cuenta que Fernández González las vio porque las miró y que no se iba del lugar.

Por ese motivo ellas se asustaron, ingresaron dentro y después lo denunciaron porque en reiterados casos les había pasado lo mismo.

También señaló a preguntas de la fiscal que Fernández González sabía del lugar donde ella vivía porque había ido a su departamento cuando estaba en pareja con A.P.M. (ver registro audiovisual de fecha 16 de diciembre de 2021, a partir de la hora 1:15:20).

En atención a lo expuesto, advierto que se probó con certeza en la audiencia el hecho contenido en la acusación en las condiciones de lugar, modo y tiempo, por lo que los agravios relativos al cuestionamiento de la ausencia de debida valoración de la prueba no pueden prosperar.

Ello, pues la circunstancia que no se recurriera al sistema de geolocalización como medio de prueba no es determinante, porque el incumplimiento de la medida de protección fue acreditado con los testimonios coincidentes de A.P.M. y de S.R.

Asimismo, según surge del informe del EPI de fecha 26 de enero de 2021 realizado a A.P.M. –también ponderado por el sentenciante– existía una **relación disfuncional asimétrica**, en la que la mujer fue tomada como un objeto de posesión, en la que se le ejerció dominio y control.

Asimismo, se refiere allí que A.P.M. estaba inmersa en escenarios de producción de violencia asociados a celos intensos y conductas posesivas por parte del varón, descalificaciones, insultos, gritos, trato hostil, violencias físicas –forcejeos, empujones, cachetadas, golpes de puño, tomándola del cuello y dejándola sin aire o colocándole una almohada para impedirle respirar–, violencias sexuales –obligándola a mantener relaciones sexuales contra su voluntad– que derivaron en la examinada a realizar conductas autolesivas, aislamiento social y retraimiento.

También el informe citado consignó la persistencia de conductas del acusado, el quebrantamiento de la medida de prohibición de contacto y acercamiento y de la situación de vulnerabilidad por la que atravesaba A.P.M.

En base a ello, la profesional de EPI estableció un **riesgo moderado** de padecimiento de violencia física. Ahora bien, en cuanto a los agravios relacionados con la supuesta errónea interpretación del alcance de la orden de prohibición de acercamiento dictada por la jueza del Octavo Juzgado de Familia, también debe rechazarse.

Esto es así, porque como he referido anteriormente, el juez de la instancia previa en varios pasajes de la sentencia hizo referencia expresamente a la amplitud de la medida de protección judicial dictada a favor de A.P.M., y aclaró que si bien se trataba de una **medida de restricción a la libertad de circulación del acusado, fue ordenada en forma amplia**, en tanto la distancia de trescientos metros no sólo incluía el domicilio de la denunciante sino también los lugares habituales y ocasionales donde concurrir.

Pero, incluso el juez aclaró–como señalé más arriba– que los lugares donde en forma casual pudiera desplazarse el acusado no fueron incluidos en la orden judicial, en función de que habitaba con su familia dentro de un radio de veinte cuadras en el que vivía la denunciante.

Asociado a lo anterior, destaco que tanto A.P.M. como S.R. declararon que Fernández González sabía que ambas eran amigas y que conocía el domicilio de S.R. porque cuando era pareja de A.P.M. había ido a su

departamento. De modo entonces, que el domicilio de S.R., si bien no se encontraba dentro de los lugares casuales, sino de los ocasionales incluídos como prohibidos en la medida judicial de protección.

Ello, toda vez que A.P.M. y S.R. eran amigas y también vecinas desde que vivían a dos cuadras de distancia.

Al respecto, en la sentencia se afirmó que en el hecho que nos ocupa se acreditó que el acusado «sabía que ese era un lugar al que concurría ocasionalmente la Sra. [A.P.M.], la testigo manifestó expresamente al momento de prestar su declaración testimonial, incluso no solo sabía sino que había concurrido con su pareja, con quien era su pareja en su momento, la denunciante de autos una vez a este departamento» (ver registro audiovisual de fecha 1° de febrero de 2022, a partir de minuto 31:07 a minuto 32:42).

Ello así, tratándose de un **lugar ocasional –y no habitual–** no debía demostrarse en la audiencia que el acusado hubiera concurrido más de una vez al domicilio de S.R. –como alega la defensa– para que se considere materializado el incumplimiento de la orden judicial, en razón de que se trata de una medida de protección preventiva dictada en un contexto de violencia doméstica y de género conforme el procedimiento legal respectivo (leyes 26.485 y 9.120).

Además, el juez de la instancia anterior expuso que **el acusado reconoció haber transitado frente al domicilio de S.R. en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que fueron detalladas** y precisadas por la representante del Ministerio Público Fiscal en su acusación y que surgieron de la denuncia formulada por A.M.P. (ver registro audiovisual de fecha 1° de febrero de 2022, a partir de minuto 32.49).

Añadió que la figura de la orden **de prohibición de contacto y acercamiento**, además del contacto directo buscó minimizar encuentros habituales y ocasionales en los que existía mayor probabilidad que la persona transitara por esos lugares, y que la defensa no hizo referencia a ninguna circunstancia de **estado de necesidad que justificara el incumplimiento de la medida de prohibición de acercamiento** dispuesta a favor de A.M.P. (ver registro audiovisual de fecha 1° de febrero de 2022, a partir del minuto 33:13).

A lo expuesto, cabe destacar que la interpretación realizada por el sentenciante de la medida de protección mencionada se corresponde con la legislación vigente, porque tanto la ley 26.485 como la ley.120 han establecido medidas de prohibición de acercamiento amplias ya que la enunciación formulada no es taxativa (ver art. 26 inc. a del decreto reglamentario 1.011/2010 y el comentario al art. 92 de la ley 9.120 en FERRER, G. y RUGGERI, M. (Dirs.), Código Procesal de Familia y Violencia Familiar Provincia de Mendoza: Comentado, Concordado y Ordenado Ley Nº 9.120, Mendoza: ASC. 2019. pp. 501/502).

Así pues, puede afirmarse que el sentenciante ha llevado a cabo la valoración de los elementos de prueba dentro del sistema de sana crítica racional, y con la **debida perspectiva de género**, al valorar la situación de violencia de género y vulnerabilidad de A.M.P. al momento del incumplimiento por parte de Fernández González de la orden judicial de prohibición de acercamiento dictada por el Octavo Juzgado de Familia, la que le fue notificada debidamente, por lo que tenía pleno conocimiento de la misma.

En cuanto a la incorporación de una perspectiva de género en la valoración de la prueba, me remito a los **precedentes «Galdeano Reyes», «Merlo Lassa», «Camacho Sánchez», «Reyes Cortelezzi», «Hisa»** – entre otros– en los que hice referencia a estándares internacionales aplicables a mujeres en situaciones de violencias de género en el ámbito familiar: derecho a la igualdad y no discriminación, derecho a la vida libre de violencias, debida diligencia reforzada, derecho de las mujeres en situaciones de vulnerabilidades, amplitud probatoria libre de estereotipos y prejuicios de género.

En función de lo expuesto, considero que tampoco puede prosperar el agravio relativo a la errónea aplicación del art. 239 del CP, porque los argumentos defensivos se asientan sobre una ponderación diversa de los elementos probatorios recibidos en la audiencia a la efectuada por el juez de la instancia previa (ver al respecto, **«Echavarría, Jorge»**).

En efecto, y como se explicó, sobre la base de la debida valoración de la prueba en las presentes actuaciones, el juez encuadró los hechos acreditados en aquella figura legal en tanto consideró, acertadamente, configurados los aspectos objetivos y subjetivos del tipo penal. En consecuencia, me pronuncio por el rechazo del recurso de casación interpuesto y la confirmación de la sentencia. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, POR SU VOTO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito, en lo pertinente, a lo oportunamente señalado en **«Ojeda Pérez», «Merlo Lassa», «Mejía Salvador», «Calderón Polo», «Cruz Caporiccio», «Quiroga Morales», «Vázquez Tumbarello», «Montenegro Fisigaro»** entre otros, por resultar aplicable en el presente caso. De acuerdo con ello, estimo que debe responderse de manera afirmativa la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Valerio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, POR SU VOTO, DIJO: Puesto a resolver el recurso interpuesto, coincido con la solución a la que llega mi colega de Sala preopinante.

En relación con el abordaje y análisis del caso con perspectiva de género, me remito, en lo pertinente, a las consideraciones referidas en los **precedentes «Mejía Salvador» y «Di Césare Morales»**.

Ello, por cuanto las entiendo de aplicación al caso analizado. De acuerdo con lo expuesto, estimo que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de Luis Miguel Fernández González.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro.

Capítulo XII.

Delitos contra la administración pública.

Malversación. Encubrimiento.

CAPÍTULO XII. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PÚBLICA. Malversación. Encubrimiento.

1- SALGADO SERGIO HERNAN. 14-06-22

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	-	-	-	-	-	-	A	-		-	Inc3	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=848>

Lex: Art. 59 iniso 3, 62, 67 del CP. Art. 36, 5° párrafo de la CN.

Vox: Malversación de caudales públicos. Desobediencia. Prescripción. Corrupción.

Summa:

El **TPC** sobreseyó en forma definitiva e irrevocablemente los procesos a favor del nombrado, en los que se le atribuían los delitos de malversación de caudales públicos (arts. 260, 62 y 67 Cód. Penal, 352, 353 inc. 4 CPP) y desobediencia (arts. 239, 62 y 67 Cód. Penal, 352, 353 inc. 4 CPP)

El **MPF** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** mantiene el recurso.

La **SCJM** hace lugar el recurso de casación, resuelve casar la sentencia impugnada, la que en su parte resolutive quedará redactada del siguiente modo: «I-RECHAZAR el incidente de prescripción por extinción de la acción penal presentado por la defensa del acusado Sergio Hernán Salgado en los presentes autos, respecto de los delitos de desobediencia -causa n° P-79.691/15- y malversación de caudales públicos -causa n° P-104.366/14-, a tenor de lo previsto en el art. 36 quinto párrafo de la Constitución Nacional»

Resolución cuestionada: Sentencia n° 2092, pronunciada por el TPC N° 1-3° CJ.

Doctrina citada.

- **DÖLLING**, Dieter, Handbuch de Korriptionsprävention, Verlag C.H. Beck, München, 2007, pág. 2/3, nm. 1-2, ob cit. en **DONNA**, Edgardo Alberto, Delitos contra la administración pública, Tercera edición ampliada y actualizada con las leyes 26.683 y 27.401, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2.018, pág. 26.
- **SOLER**, Sebastián, Derecho Penal argentino, act. por Manuel A. Bayala Basombrio, Tea, Buenos Aires, t. 5, pág. 121).
- **NUÑEZ**, Ricardo C., Derecho Penal argentino, Lerner, Córdoba, t. VII, p. 18. (ambas obras citadas en Revista de Derecho penal, La corrupción en sus diversas modalidades y la destrucción del Estado de Derecho, con la dirección de **DONNA**, Edgardo Alberto, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, t.1, 2020-2021, pág. 24.

CSJM. Dras.: María Teresa **Day**, Dra. Silvana **Miquel**, Y Dra. Gladys **Marsala**

Fallo:

CUIJ: 13-05418979-0/1((038601-79691)) INCIDENTE POR SOLICITUD DE SOBRESEIMIENTO POR PRESCRIPCIÓN EN EXPETES N° P-79691/15 Y P-104366/14 EN FAVOR DE SALGADO SERGIO HERNAN (79691) (104366) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105595675*

En Mendoza, a los catorce días del mes de junio del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 05418979-0/1 caratulada «INC. POR SOLICITUD DE SOBRESEIMIENTO POR PRESCRIPCIÓN EN EXPETES N° P-79691/15 Y P-104366/14 EN FAVOR DE SALGADO ARAUJO, SERGIO HERNÁN S/ CASACIÓN». De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa: primero, DRA. MARÍA TERESA DAY, segundo DRA. SILVINA MIQUEL, y tercero DRA. GLADYS MARSALA.

El Fiscal en Jefe de la Unidad Fiscal de Delitos Económicos interpone recurso de casación (fs. 25/30 vta.) contra la sentencia de sobreseimiento N° 2.092, en tanto declaró la extinción de la acción penal por prescripción en las causas N° P-104.366/14 caratulada «F. c/ SALGADO SERGIO HERNÁN p/ MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS» y N° P-79.691/15 caratulada «F. c/ SALGADO SERGIO HERNÁN P/ DESOBEDIENCIA», y sobreseyó en forma definitiva e irrevocablemente los procesos a favor del nombrado, en los que se le atribuían los delitos de malversación de caudales públicos (arts. 260, 62 y 67 Cód. Penal, 352, 353 inc. 4 CPP) y desobediencia (arts. 239, 62 y 67 Cód. Penal, 352, 353 inc. 4 CPP), pronunciamiento dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, LA DRA. MARÍA TERESA DAY, DIJO:

1.- Resolución recurrida

La sentencia impugnada declara extinguida la acción penal por prescripción en las causas N° P-104.366/14 caratulada «F c/ SALGADO SERGIO HERNÁN p/ MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS» y N° P79.691/15 caratulada «F C/ SALGADO SERGIO HERNÁN P/ DESOBEDIENCIA», por haber transcurrido el plazo requerido a esos efectos por la ley, a partir del dictado de la sentencia condenatoria, emanada del mismo tribunal.

En consecuencia, se resuelve sobreseer en forma definitiva e irrevocable ambos procesos en favor del nombrado, en los que se le atribuían los delitos de malversación de caudales públicos (arts. 260, 62 y 67 Cód. Penal, 352, 353 inc. 4 CPP) y desobediencia (arts. 239, 62 y 67 Cód. Penal, 352, 353 inc. 4 CPP).

2.- Recurso de casación

El Fiscal se agravia porque en la resolución objetada se incurrió en una errónea aplicación de la ley sustantiva, por lo que pide que su casación. Agrega que se interpretó literalmente el sexto párrafo del art 67 del Cód. Penal, mediante una aplicación mecánica de la ley, en el marco de un excesivo formalismo legal. Señala que, de esa forma, no se valoraron factores normativos de orden constitucional, soslayando que la Constitución Nacional incorpora declaraciones y tratados internacionales sobre derechos humanos, que en parte transcribe.

Aduce que no se consideró el deber que les corresponde a los jueces de sancionar los actos de corrupción pública, no ponderándose principios propios de los derechos humanos. También, que se interpretó

sesgadamente el concepto de plazo razonable, que se encuentra ligado al instituto de la prescripción, omitiendo valorar el comportamiento del defensor del imputado y la complejidad del control en casación del fallo condenatorio.

3.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 38 se expide el Procurador General quien mantiene en esta instancia el recurso de casación interpuesto por el señor Fiscal Jefe de la Unidad Fiscal de Delitos Económicos contra la sentencia de sobreseimiento impugnada.

4.- La solución del caso

Voto Dra. Day. Preopinante

De acuerdo con lo que se analizará en lo que sigue, considero que el recurso de casación promovido por el representante del Ministerio Público Fiscal debe ser admitido.

Como se explicará, la solución adelantada se justifica al verificar que la sentencia emitida por el tribunal de la instancia anterior, en cuanto resuelve declarar la extinción de la acción penal por haber operado el plazo de prescripción (art. 62 y 67 del Código Penal, y arts. 352 y 353 inc. 4 del Código Procesal Penal), respecto de algunos de los delitos por los cuales Sergio Hernán Salgado resultó previamente condenado mediante sentencia n° 68 emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial, que a su vez fue confirmada por esta Sala Segunda –con diversa integración– en autos N° 13-04395826-1/1, resulta arbitraria.

Ello por cuanto, en ambos casos, los hechos que conformaron los objetos procesales de esas causas, y que fuera jurídicamente tipificados en las figuras penales de malversación de caudales públicos en la causa n° P-104.366/14, y de desobediencia en la causa P-79.691/15, resultan ser la manifestación en el Código Penal del delito cuya fuente directa es la propia Constitución Nacional –art. 36 quinto párrafo–.

Por lo tanto, a diferencia de lo que entendió y juzgó el tribunal inferior, el régimen de prescripción de la acción (regulado en los arts. 59 inc. 3, 62 y 67 del Código Penal) resulta inaplicable a los hechos de la causa, porque la acción penal correspondiente a ellos es constitucionalmente imprescriptible.

En efecto, en ambas causas cuya suerte judicial selló el tribunal impugnado al resolver del modo en que lo hizo, se ventilaron comportamientos delictivos que presentan una serie de características típicas que inciden notablemente en el tratamiento jurídico-procesal de ellos, las que quedaron excluidas de toda consideración en el análisis jurisdiccional materializado en la sentencia de sobreseimiento impugnada por el representante del Ministerio Público Fiscal.

Se trata de comportamientos que deben ser incluidos dentro de un específico universo de ilícitos que presentan una fuente constitucional expresa y directa, y una específica regulación no sólo en el ámbito local, sino especialmente en el orden internacional, del cual la República Argentina es parte. En ese orden, no puede soslayarse el contenido del mentado art. 36 de la Constitución Nacional, específicamente en su quinto párrafo.

Tampoco los principios, fines y objetivos que se desprenden tanto de las convenciones internacionales que nuestro país ha suscripto y ratificado en materia de lucha contra la corrupción, como, asimismo, las resoluciones y decisiones adoptadas en la materia dentro del sistema interamericano, como seguidamente se detallará.

Como consecuencia de ello, la calificación penal bajo la cual resultaron tipificados esos comportamientos criminosos, los ubica dentro del elenco de delitos contemplados en el título XI del Código Penal –“Delitos contra la Administración Pública”–, comúnmente mencionados como «delitos de corrupción».

El resultado de esa operación de subsunción normativa –tipicidad penal– determina que su abordaje jurisdiccional no pueda prescindir de aquellos preceptos de orden constitucional y convencional que aparecen implicados y vigentes en la materia, en cuanto regulan aspectos vinculados específicamente con la vigencia de la acción penal que emerge de ellos.

De acuerdo con ello, la referida arbitrariedad del fallo bajo revisión se presenta porque, al decidir de tal modo, el tribunal de la instancia anterior se apartó del ordenamiento jurídico aplicable para resolver el caso, valiéndose únicamente en su defecto, de las normas sustanciales que regulan penalmente el instituto de la prescripción de la acción penal, lo que desconoce la especial naturaleza criminal de los hechos intimados al acusado en las referidas actuaciones.

Por lo tanto, esa aludida caracterización de los hechos respecto de los cuales extendió su decisión el tribunal de la instancia anterior, quien dispuso el sobreseimiento del acusado por haber operado la extinción de la acción penal en ambos casos por prescripción, debió ser reconocida y advertida por sus integrantes al tiempo de emitir una decisión sobre la materia puesta en su conocimiento y, en su caso, resolver el caso de acuerdo con los estándares jurídicos constitucionales y convencionales vigentes.

Advierto que aquí se encuentra el motivo sustancial que determina la nulidad de la resolución bajo examen y que amerita su descalificación como acto jurisdiccional válido.

Pues, a mi modo de ver, no existe mayor inconveniente que impida observar que, si el tribunal de sentencia hubiera **considerado adecuadamente la naturaleza los hechos enrostrados al condenado**, junto con las consecuencias legales que se derivan de su calificación legal como delitos contra la administración pública (arts. 239 y 260 del Código Penal), y hubiera aplicado –como correspondía– la **normativa constitucional y convencional** correspondiente, nunca habría podido disponer la prescripción de las respectivas acciones penales. Básicamente, y como se dijo, porque se trata de delitos constitucionales cuyas acciones para canalizar la pretensión acusatoria son imprescriptibles.

Por ello, en lo que sigue, y bajo la pretensión de exponer adecuada y prolijamente los motivos que sustentan la posición que propicio al acuerdo, realizaré una serie de consideraciones sobre la temática en cuestión, que servirán de marco conceptual para el análisis jurisdiccional que reclama la resolución de la vía impugnativa bajo examen.

Seguidamente, expondré aquellos argumentos por los cuales considero que los actos de corrupción –de cuya naturaleza participan los objetos procesales de las causas sobre las cuales se pronunció el tribunal de origen en la resolución atacada por el representante del Ministerio Público Fiscal– no se encuentran sujetos a las disposiciones de prescripción del Código Penal, por expresa disposición constitucional. Veamos.

a.- En una primera aproximación a la temática bajo estudio, como lo anticipara, debo señalar que los hechos por los cuales resultó condenado el acusado Salgado, y sobre los cuales resolvió el tribunal de la instancia anterior la extinción de la acción penal por prescripción, participan de una caracterización fenomenológica criminal especial y diferencial de la mayoría de los delitos previstos en el Código Penal. Ello en tanto, en ambos casos, se trata de conductas que han implicado actos de corrupción, los que pueden ser definidos genéricamente como aquellos que conllevan un indebido uso que el funcionario público le da a su tarea dentro del Estado, ya sea en la actividad económica como en el mandato jurídico y político –según el caso–, y que pueden ser en beneficio propio como de terceros.

Al respecto, **enseña Dölling que el núcleo de la corrupción significa** que una persona, que tiene un deber concreto de desempeñar un cargo, realiza, ya sea por acción o por omisión, en el ámbito de su función o de su competencia, «acciones ilícitas» en su provecho o de terceros.

De esta forma utiliza su posición de poder para alcanzar el beneficio antes mencionado. En consecuencia, y esto es importante remarcar, tal sujeto –el funcionario público– ya no cumple con los fines de la organización en la cual la sociedad confía, sino que le produce un daño (DÖLLING, Dieter, Handbuch de Korruptionsprävention, Verlag C.H. Beck, München, 2007, pág. 2/3, nm. 1-2, ob cit. en **DONNA, Edgardo Alberto, Delitos contra la administración pública, Tercera edición ampliada y actualizada con las leyes 26.683 y 27.401, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2.018, pág. 26).**

Esa caracterización de los actos de corrupción, de la que participan ineludiblemente los hechos delictuosos que fueron objeto de investigación, juzgamiento y condena en las causas judiciales que ulteriormente fueron motivo de la decisión jurisdiccional aquí impugnada, en tanto delitos cometidos por un funcionario público electo por el voto popular –intendente del departamento de Santa Rosa–, en ejercicio de su función pública, y contra la administración pública, da cuenta de un fenómeno particular que tiene previsiones normativas de orden supranacional, y que ha sido abordado también, por la jurisprudencia dentro de ese ámbito.

En primer lugar, debe señalarse que nuestro país forma parte de los Estados que aprobaron la Convención Interamericana contra la Corrupción de la Organización de los Estados Americanos –adoptada por la O.E.A. el 29 de marzo de 1996 y aprobada por la República Argentina mediante la ley 24.759, promulgada el 13 de enero de 1997–. Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción – aprobada por Resolución 58/4 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de fecha 31 de octubre de 2003, suscripta en Mérida, México el 10 de diciembre del mismo año– fue aprobada por la República Argentina mediante la ley 26.097, promulgada el 6 de junio de 2006.

Finalmente, también ratificó la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de los Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales –adoptada por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico el 21 de noviembre de 1997 y aprobada por la República Argentina mediante Ley 25.319, promulgada el 6 de octubre de 2000–.

De estos instrumentos, considero relevante destacar que tanto la Convención Interamericana contra la Corrupción de la Organización de los Estados Americanos como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, incluyen, entre sus propósitos fundamentales, la promoción de los Estados Partes de todas las medidas que resulten necesarias tanto para combatir eficaz y eficientemente la corrupción, como para sancionar los actos de corrupción realizados en el ejercicio de las funciones públicas, específicamente mencionados en su contenido.

Fines que se aprecian desde el Preámbulo que antecede el articulado de ambos instrumentos, cuyos fragmentos resultan ciertamente importantes de mencionar, dado no sólo por el valor que surge de su enunciación, sino primordialmente por resultar el fundamento mismo de cada uno de los deberes convencionales asumidos por los Estados Partes.

Por un lado, el Preámbulo de la Convención Interamericana reconoce principalmente que «[...] la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos», que «[l]a democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio»; que «el combate contra la corrupción fortalece las instituciones democráticas, evita distorsiones de la economía, vicios en la gestión pública y el deterioro de la moral social», que «[l]a corrupción tiene, en algunos casos, trascendencia internacional, lo cual exige una acción

coordinada de los Estados para combatirla eficazmente», y que «[p]ara combatir la corrupción es responsabilidad de los Estados la erradicación de la impunidad [...]».

A partir de tal declaración, los países de América suscribieron esta Convención que busca, en lo esencial, establecer relaciones internacionales de asistencia y cooperación en la lucha contra la corrupción.

De allí surgen obligaciones nacionales para cumplir con los compromisos internacionalmente asumidos. Los países deberán tomar medidas preventivas, como la implementación de normas de conducta para los funcionarios públicos y sobre el uso adecuado de recursos, sistemas de declaración de ingresos, sistemas de contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicio por parte del Estado, control de ingresos del Estado, leyes que eliminen los beneficios tributarios, así como también, sistemas para proteger a los funcionarios y particulares que denuncien actos de corrupción, entre otras medidas. Por otro lado, aquellas enunciaciones se replican esencialmente en el Preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, donde se observa que la particular preocupación de los Estados Partes al suscribir ese instrumento, está centrada con «[l]a gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley [...]», y su convencimiento acerca de que «[e]l enriquecimiento personal ilícito puede ser particularmente nocivo para las instituciones democráticas, las economías nacionales y el imperio de la ley», entre otras.

El eje político-criminal que anima la regulación que las Naciones Unidas han diseñado se orienta, principalmente, en impedir el aprovechamiento económico por sí o por terceros de los efectos de la corrupción; efectos que pueden consistir en la sustracción de activos provenientes –en sentido amplio– de cualquier clase de tesorería o caja pública.

Estos propósitos, por lógica, encuentran expresión normativa a través del articulado de ambos instrumentos convencionales.

Así, mientras en el art. II.1 de la Convención Interamericana contra la Corrupción de la Organización de los Estados Americanos se expresa que los Estados Parte deben «[p]romover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados Partes, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción [...]», lo propio ocurre en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción cuando, en su art. 1 inc. “a”, se prevé como finalidad «[p]romover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir eficaz y eficientemente la corrupción [...]».

Finalmente, resta mencionar que la Convención Interamericana enumera los actos a ser considerados «de corrupción», y, por lo tanto, a ser reprimidos localmente por los Estados. E

n nuestro Derecho, esa tipificación se encuentra vigente en las conductas catalogadas como actos de corrupción, principalmente en los arts. 174 inc. 5, 256, 258, 265 y 266 del Código Penal.

Mientras que, respecto de las conductas perseguidas como el soborno transnacional, es equiparable a la prevista en el art 258 bis, y el enriquecimiento ilícito, similar al establecido en el art 268 (2) de nuestro Código Penal. Con lo cual, el reconocimiento de estos ordenamientos del orden supranacional es de gran importancia porque, de tolerar prácticas contrarias a tales preceptos, de manera tal de no disponer de todos los mecanismos legales que se estimen convenientes y conducentes para los fines propuestos, se estarían desconociendo los compromisos asumidos por el Estado Argentino en la materia.

Ello, claro está, siempre que se respete el derecho interno de nuestra Nación, en particular, los principios y garantías judiciales y del debido proceso legal.

En segundo lugar, en forma paralela a esas convenciones multilaterales, no puede aquí dejar de mencionarse –aún sin perseguir con ello la voluntad de agotar el análisis complejo que presenta la temática abordada– que también, dentro del ámbito del sistema interamericano, existe una amplia diversidad de instrumentos y resoluciones que se han encargado de poner énfasis en el fenómeno de la corrupción, desde una perspectiva de análisis que hace hincapié sobre sus consecuencias violatorias de derechos humanos.

En esa línea se inscribe, **la Carta Democrática**, suscripta el 11 de septiembre de 2001 por la Asamblea General de la OEA. En el preámbulo mismo de este instrumento, se plantea la relación directa que existe entre la protección de los derechos humanos y la consolidación de la democracia en la región.

De ahí que, en el año 2018, la Asamblea General de la OEA, en seguimiento de la Carta Democrática Interamericana, emitió una resolución por medio de la cual decidió «continuar promoviendo la cooperación democrática a fin de respaldar a los Estados Miembros que así lo soliciten en sus esfuerzos por fortalecer las instituciones, valores, prácticas y gobernabilidad democráticos, combatir la corrupción, mejorar el Estado de Derecho, lograr el pleno goce y ejercicio efectivo de los derechos humanos y reducir la pobreza, la desigualdad y la exclusión social» **(OEA, Asamblea General. AG/RES. 2927 (XLVIII-O/18), Fortalecimiento de la Democracia pág. 151. 16 de noviembre de 2018).**

Asimismo, conviene recordar que, en la Cumbre de las Américas celebrada en el año 2018, los Estados que participaron de ese encuentro multilateral –entre ellos la Argentina– suscribieron el denominado **«Compromiso de Lima sobre Gobernabilidad democrática frente a la corrupción»**, en el cual se destaca que «[...] la prevención y el combate a la corrupción son fundamentales para el fortalecimiento de la democracia y el Estado de Derecho en nuestros países, y que la corrupción debilita la gobernabilidad democrática, la confianza de la ciudadanía en las instituciones y tiene un impacto negativo en el goce efectivo de los derechos humanos y el desarrollo sostenible de las poblaciones de nuestro Hemisferio, al igual que en otras regiones del mundo».

Por su parte, y desde el año 2001, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) viene abordando este fenómeno.

En este sentido, sin perjuicio de aproximaciones anteriores, el desarrollo más sistemático brindado por la CIDH al tema lo ha dado los últimos años a través de dos resoluciones: la Resolución 1/17 «Derechos Humanos y lucha contra la Impunidad y la Corrupción», de 12 de septiembre de 2017, y la ya citada Resolución 1/18 «Corrupción y Derechos Humanos», del 2 de marzo de 2018.

Al respecto, conviene aquí recordar que en la Resolución 1/17 se afirmó, entre otras consideraciones, que «[l]a lucha contra la corrupción está indisolublemente ligada al ejercicio y disfrute de los derechos humanos.

La impunidad fomenta y perpetúa los actos de corrupción.

Por lo tanto, el establecimiento de mecanismos efectivos para erradicar la corrupción es una obligación urgente para lograr un acceso efectivo a una justicia independiente e imparcial y para garantizar los derechos humanos».

Mientras que en la **Resolución 1/18, la CIDH**, además de exponer un concepto amplio de la corrupción, a la que considera como «[u]n complejo fenómeno que afecta a los derechos humanos en su integralidad – civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales–, así como al derecho al desarrollo; debilita la gobernabilidad y las instituciones democráticas, fomenta la impunidad, socava el Estado de Derecho y exacerba la desigualdad», que «[s]e caracteriza por el abuso o desviación del poder, que puede ser público o privado, que desplaza el interés público por un beneficio privado (personal o para un

tercero), y que debilita las instituciones de control tanto administrativas como judiciales», y que, además, «[t]iene un impacto grave y diferenciado en el goce y ejercicio de los derechos humanos por parte de grupos históricamente discriminados, tales como las personas en situación de pobreza, las mujeres, los pueblos indígenas, los afrodescendientes, personas migrantes y las personas privadas de libertad y afecta de forma especialmente profunda a quienes son objeto de trata y tráfico de personas como los migrantes, niñas, niños y mujeres».

También señaló que, dadas esas particularidades, la corrupción requiere «[e]l establecimiento de mecanismos efectivos para erradicarla con el fin de garantizar los derechos humanos», porque «[b]ajo el marco jurídico interamericano, los Estados tienen el deber de adoptar medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter para garantizar el ejercicio de los derechos humanos frente a las vulneraciones y restricciones que produce el fenómeno de la corrupción».

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (**en adelante, Corte IDH**) se ha pronunciado sobre este tema. En particular, cabe destacar ciertas apreciaciones generales formuladas en el **caso «Ramírez Escobar vs. Guatemala» (2018)**, sobre la corrupción y el impacto que este fenómeno tiene en los derechos humanos.

Así, el Tribunal destacó que «[l]as consecuencias negativas de la corrupción y los obstáculos que representa para el goce y disfrute efectivo de los derechos humanos, así como el hecho de que la corrupción de autoridades estatales o prestadores privados de servicios públicos afecta de una manera particular a grupos vulnerables.

Además, la corrupción no solo afecta los derechos de los particulares individualmente afectados, sino que repercute negativamente en toda la sociedad, en la medida en que “se resquebraja la confianza de la población en el gobierno y, con el tiempo, en el orden democrático y el estado de derecho”, y recordó que «[l]os Estados deben adoptar las medidas para prevenir, sancionar y erradicar eficaz y eficientemente la corrupción».

En síntesis, del análisis realizado de los instrumentos internacionales referidos, así como de los dictámenes y **resoluciones de la CIDH y en sentencias de la Corte IDH**, surge que el fenómeno de la corrupción presenta un significado político y político-criminal que, por sus características y por su grave efecto sobre el sistema democrático, requiere ser combatido necesariamente –aún cuando se precie de insuficiente– a través del castigo penal.

La corrupción aparece, de este modo, como un fenómeno sistémico. Lo es porque ofrece características inequívocas como son la habitualidad, la permanencia y la organización.

Estas tres notas inequívocas de los fenómenos delictuales sistémicos persiguen, junto a los beneficios materiales propios de la actividad criminal, una garantía de perpetuación de la misma: la impunidad.

Con lo cual, no es infrecuente pensar que existe una íntima y directa relación entre el incremento de los casos de corrupción, específicamente aquellos que se producen dentro del ámbito de la administración pública por quienes ejercen un rol o función pública dentro de cualquiera de los estamentos y órganos de poder de un Estado, con la escasa o mínima efectividad que, en materia de lucha contra este verdadero y grave flagelo que representa la corrupción, resulta del diseño sustancial y procesal adoptado en los Estados modernos, dirigido a prevenir, investigar, juzgar y, en su caso, sancionar actos de corrupción –y hacer cumplir esas sanciones–.

De manera tal que, conforme se desprende de los deberes emergentes de la suscripción de aquellos instrumentos multilaterales en el plano internacional, sea en cuanto tiene que ver con el sistema interamericano –OEA– como en el ámbito propio de las Naciones Unidas –ONU–, los Estados Parte, entre

ellos la Argentina, deben cumplir con un específico deber: todos los órganos mediante los cuales se ejerce el poder público deben adoptar ineludiblemente todas las medidas que, dentro del ámbito que resulta propio de su competencia material, funcional y territorial, resulten necesarias y pertinentes para desincentivar la comisión de estas prácticas delictivas por funcionarios públicos.

Es evidente que, al obrar de ese modo, el Estado del que se trate adecuará su actuación a los compromisos asumidos en el orden internacional en materia de lucha contra la corrupción, dotando de operatividad a los deberes aceptados en el marco multilateral del que forman parte –por la suscripción de aquellos instrumentos– para enfrentar ese fenómeno.

Además, como efecto reflejo, esa proactividad generará un impacto positivo para que la sociedad, como destinataria final de la gestión pública en general, vaya perdiendo esta enquistada e invariable visión sobre los actos de corrupción, asociando –razonablemente– que ellos implican una práctica consuetudinaria en el ejercicio del poder público, que –casi– ninguna consecuencia seria, cierta y eficaz tiene en el plano social, económico ni jurídico para el o los sujetos responsables de su comisión.

A modo de reflexión sobre lo analizado en este acápite, estimo pertinente mencionar que recientemente –el 22 de enero del presente año–, Transparencia Internacional (“Transparency International”) presentó su informe anual mediante el cual se clasifica a ciento ochenta países y territorios, donde a cada uno de ellos se los ubica en una posición según cuál sea el nivel de percepción de la corrupción (“Corruption Perceptions Index”) en el sector público de cada uno de ellos, destacándose la conexión entre la corrupción, la democracia y los derechos humanos. Los resultados de ese informe, referidos al año 2021, ubican a la República Argentina en la posición n° 96/180, con una puntuación de 38. Por lo cual, los datos son preocupantes si tenemos en cuenta que los valores de referencia utilizados son en una escala de cero (muy corruptos) a cien (muy limpios) y reflejan que los países que vulneran las derechos y libertades civiles –entre otros, por actos de corrupción– obtienen de forma consistente puntuaciones más bajas en el índice. Sírvase de comparación que, países de la región, como Uruguay, Chile, Colombia, Brasil, Paraguay –con una mejora significativa en la última década– o Venezuela ocupan los puestos 18, 27, 87, 96, 128 y 177 respectivamente.

Muestra clara de la enorme relevancia de las soluciones que, en aras de la justicia, no apenas de la seguridad, debe proveer el juzgador penal –en última instancia– para atacar este flagelo.

b.- En segundo lugar, **el fenómeno jurídico de la corrupción** encuentra, en el ámbito normativo local, una recepción y un reconocimiento expreso, concreto y privilegiado, a través de la tipificación de los denominados «delitos constitucionales».

Estos son, básicamente, aquellos delitos cuyas características determinaron que el constituyente las recogiera en el texto mismo de la Constitución, describiendo en su caso, tanto la conducta reprochada, como la sanción que le cabe a quien/es lo/s cometa/n.

En este aspecto, el texto de la Constitución Nacional de 1853-1860 ya definía conductas delictivas. Ello se observa del repaso de los siguientes artículos, los que se mantienen actualmente vigentes en el texto reformado: (a) el art. 15, en tanto dispone que «En la Nación Argentina no hay esclavos: los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución; y una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración.

Todo contrato de compra y venta de personas es un crimen de que serán responsables los que lo celebren, y el escribano o funcionario que lo autorice. Y los esclavos que de cualquier modo se introduzcan quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República»; (b) el art. 22 cuando

establece que «El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución.

Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición»; (c) el **art. 29** que prescribe que «El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna.

Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria»; y, finalmente, (d) el art. 103 (actualmente 119) que «La traición contra la Nación consistirá únicamente en tomar las armas contra ella, o en unirse a sus enemigos prestándoles ayuda y socorro.

El Congreso fijará por una ley especial la pena de este delito; pero ella no pasará de la persona del delincuente, ni la infamia del reo se transmitirá a sus parientes de cualquier grado».

Ahora bien, como consecuencia de la reforma de la Constitución de la Nación Argentina de 1994, junto con la modificación de parte de la estructura institucional de nuestra república, la introducción de los denominados derechos de tercera y cuarta generación, y la asignación de jerarquía constitucional a diversos tratados internacionales sobre derechos humanos, se incluyeron normas para la defensa de la democracia y la institucionalidad.

Fruto de esto último, fue la incorporación del nuevo art. 36, ubicado como el primero dentro de la nómina de normas que se encuentran en el Capítulo Segundo de la Primera Parte, denominado «Nuevos derechos y garantías».

La trascendencia de esta norma constitucional para la solución del presente caso, impone su transcripción: Art. 36: «Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos. Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas.

Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles.

Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo.

Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos.

El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función».

La interpretación de esta norma, que refleja –con base en la cúspide de su pirámide normativa– el imperativo de resguardo del orden constitucional y la vida democrática, permite observar que se trata de un dispositivo legal que, técnicamente, encierra todos los componentes de tres tipos penales.

Ello por cuanto, a través de su contenido, se definen los comportamientos delictivos, la calidad de los autores y, finalmente, las sanciones previstas. Ilícitos cuya constitucionalización refleja la intención del Convencional Constituyente de 1994 de instituir una norma que obre como resguardo o garantía de la vigencia irrestricta del Estado Constitucional de derecho, mediante una nueva tipología constitucional

penal que se agrega a definidos en forma previa a la modificación constitucional (arts. 15, 22, 29 y 119 de la CN).

El primero de ellos, presente en el párrafo inicial, consiste en interrumpir la observancia de la Constitución por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático.

El segundo, previsto en el tercer párrafo de la mentada norma, en tanto el constituyente configuró como delito la conducta de quienes, como consecuencia de los actos de fuerza antes descriptos, usurpen funciones previstas para las autoridades de la Constitución o de las provincias.

A través de ellos, la reforma otorga jerarquía constitucional a las principales conductas que constituyen los denominados «delitos contra el orden constitucional y la vida democrática» que, como es sabido, fueron tipificados e incorporados a nuestro derecho vigente a partir de la sanción de la Ley N° 23.077 - publicada en el B.O. el 27/08/1984- en el Código Penal en los arts. 174, inc. 5, 226, 226 bis, 227 bis y ter, que se encuentran ubicadas, precisamente, en el Capítulo 1 –«Atentados al orden constitucional y la vida democrática»- del Título X –«Delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional»- de la ley penal sustantiva. Al tipificar constitucionalmente las conductas más lesivas y estipular sus respectivos castigos, se impide una eventual descriminalización a nivel legislativo.

Existe así un piso mínimo de conductas castigadas penalmente del que es imposible sustraerse, tanto por el dictado de normas de fondo que las exoneren de castigo penal, como por disposiciones de prescripción que limiten la posibilidad de su juzgamiento y del cumplimiento de una eventual sanción –en su caso–.

Por último, el tercer tipo de delitos constitucionales aparece descripto por el constituyente de 1994 en el quinto párrafo del **art. 36 de la Constitución Nacional**, quien consideró que, quien se enriquece mediante la comisión de un grave delito doloso en perjuicio del Estado, atenta con ello contra el sistema democrático. En este caso, ese dispositivo constitucional también tiene correlato con el texto del Código Penal. La tipicidad penal de este delito constitucional se observa en los capítulos VI –«Cohecho y tráfico de influencias»-, VII –«Malversación de caudales públicos»-, VIII –«Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas»- IX –«Exacciones ilegales»- y IX bis –«Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados»-, del Título XI –«Delitos contra la Administración Pública»- de la ley penal de fondo, junto con el artículo 174 inciso 5 –cuando se trata del delito de defraudación de la Administración Pública-. Figuras a través de las cuales se receptan, en general, una serie de infracciones que perjudican de diferentes maneras, el desenvolvimiento, legalmente dispuesto, de los distintos órganos del Estado en todos los compartimentos de sus tres poderes que, en ciertos casos, conllevan enriquecimiento.

En su caso, la ley penal busca con ellas proteger el normal desenvolvimiento de la administración pública, es decir, evitar que las conductas de quienes revisten la calidad de funcionarios públicos no entorpezcan su normal funcionamiento, esto es, la regularidad y la legalidad de la gestión o del ejercicio del cargo por parte de aquellos. Antes de continuar en el análisis del dispositivo constitucional, es importante recordar, por la trascendencia que ostentan en el análisis y la solución que propicio, dos cuestiones.

Primero, que el concepto de administración pública previsto en el referido Título XI resulta más amplio que el que se utiliza en Derecho Administrativo, pues no abarca únicamente la llamada administración pública central, sino a la actividad y función que llevan a cabo todos los órganos del Estado, tanto nacional como provincial y municipal. Como bien lo explica Soler, «[...] la expresión administración pública no está empleada aquí en el sentido técnico corriente propio del Derecho Administrativo sino con mucha mayor amplitud», pues con ella se alude «al normal, ordenado y legal desenvolvimiento de las funciones de los órganos del Estado, en todas las ramas de los tres poderes» (**SOLER, Sebastián, Derecho Penal argentino, act. por Manuel A. Bayala Basombrio, Tea, Buenos Aires, t. 5, pág. 121**).

También Núñez sostiene que «La administración pública, como bien protegido penalmente, no consiste en las funciones del Poder Ejecutivo, nacional, provincial o municipal, como poder administrador, sino que está representada por el ejercicio de las funciones legislativas, ejecutivas o judiciales en cualquiera de aquellos tres ámbitos» **(NUÑEZ, Ricardo C., Derecho Penal argentino, Lerner, Córdoba, t. VII, p. 18) (ambas obras citadas en Revista de Derecho penal, La corrupción en sus diversas modalidades y la destrucción del Estado de Derecho, con la dirección de DONNA, Edgardo Alberto, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, t.1, 2020-2021, pág. 24)**

Segundo, que si bien el Código en el título bajo estudio –Título XI– ha tipificado conductas que pueden, en algunos casos, ser cometidas tanto por funcionarios públicos como por particulares, no puede soslayarse que, en su gran mayoría, describe tipos penales que exigen un autor calificado, que lleva a que se especialice el delito, siendo este sujeto el funcionario público –elemento normativo del tipo–.

En estos delitos, la autoría se limita al círculo de las personas calificadas o autores idóneos mencionados en el tipo, que tienen el deber de actuar conforme a la ley y a las normas a su cargo. Para conceptualizar la categoría de «funcionario público» debemos recurrir, en primer lugar, **al art. 77 del Código Penal, en cuanto dispone que: «Por los términos “funcionario público” y “empleado público”, usados en este código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente».**

Y, en sintonía con ello, otro soporte lo encontramos en la ya referida Convención Interamericana de la OEA contra la Corrupción, que define al funcionario público de la siguiente forma: «funcionario público», «oficial gubernamental» o «servidor público», será cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.

Ahora bien, retomando el análisis del delito constitucional previsto en el quinto párrafo del art. 36 de la Ley Fundamental, no escapa observar que el constituyente elaboró esa formulación legal incluyendo en su descripción un adjetivo calificativo.

Me estoy refiriendo, concretamente, al término grave. La contextualización de esta palabra con el contenido completo de la norma en cuestión, descarta que se trate de una previsión accidental, fortuita o ingenua.

Todo lo contrario, su potencialidad gramatical trae por consecuencia una delimitación en cuanto a la posibilidad de asimilar –y, por ende, tipificar en clave constitucional– cualquier conducta en las que se encuentren presentes los elementos objetivos y subjetivos de los tipos legales individualizados precedentemente, con la definición y el sentido que, para la Constitución Nacional, implica un atentado contra la democracia.

Serán, en su caso, las circunstancias dentro de las cuales se produjeron los comportamientos delictivos en cuestión, las que determinaran en su caso, cuándo nos encontramos frente a una conducta que, por su gravedad, se muestra en los hechos con la capacidad de socavar las instituciones o los valores de la democracia, de acuerdo con la definición legal prevista en la Constitución Nacional.

Es decir, no toda conducta criminal que pueda ser encuadrada bajo alguna de las figuras penales señaladas anteriormente, esto es, ya sea bajo el tipo penal de defraudación en perjuicio de la administración pública –**art 174 inc. 5–, cohecho y tráfico de influencias –arts. 256 al 259 bis–, malversación de caudales públicos –arts. 260 al 264–, negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas –art. 265–, exacciones ilegales –arts. 266 al 268– y, por último, enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados**

–arts. 268 (1), 268 (2) y 268 (3)–, permitirá por ello sólo, aplicar la cláusula constitucional bajo análisis, y considerar, en su caso, que se trata de un delito constitucional.

Pues, para que ello suceda, además de participar de las características típicas que definen a esos delitos contra la administración pública, las maniobras delictivas que deben representar un atentado contra la democracia; capacidad que viene definida por la gravedad del delito. En este punto debo ser clara. La caracterización sobre la gravedad del comportamiento delictivo para juzgar su inclusión dentro de ese género de ilícitos constitucionales no resulta, necesariamente, de la previsión legal que hace el legislador al definir el monto punitivo respecto de cada figura penal en cuestión.

Pues más allá de la determinación de escalas penales en abstracto de cada una de las figuras penales en cuestión no impide considerar –o descartar– que el delito contra la administración pública, cometido por un funcionario público, presente –como se dijo– la suficiente gravedad como para lesionar la previsión constitucional aludida.

En su caso, deberá analizarse cada caso en particular para determinar si, con ellos, se han comprometido los valores democráticos y republicanos de nuestra Nación -como se verá, el caso de autos-.

En esa interpretación pueden incluirse como indicadores de esa gravedad, entre otros, el volumen o extensión del daño provocado al Estado, la complejidad de la maniobra dolosa ejecutada, los roles y deberes de los autores de los delitos, y los valores, autoridades y procedimientos que han resultado conculcados.

Pero ninguno de ellos debe ser adoptado y aplicado en forma descontextualizada de los valores democráticos que se encuentran implicados en estos hechos.

En función de lo brevemente señalado, no cabe más que concluir, como primer punto a destacar –por su relevancia para la solución del presente caso–, que los graves casos de corrupción que conlleven enriquecimiento (**art. 36 quinto párrafo de la Constitución Nacional**), constituyen un delito de carácter constitucional, y ello impone la necesaria observancia de los parámetros legales que emergen de la Ley Fundamental al tiempo de su juzgamiento y sanción dentro de un proceso penal.

Ahora bien, ¿qué consecuencias provoca que ciertos y determinados comportamientos hayan sido calificados por el constituyente de 1994 como delitos constitucionales en la órbita jurídico-penal?

En aquellos casos en que nos encontramos frente a la comisión de conductas interruptoras de la vigencia de la Constitución Nacional por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático, o, en su caso, de la usurpación de funciones previstas por la Constitución Nacional o de las provincias – primer y tercer párrafo, respectivamente, del art. 36 de la Constitución Nacional–, esas acciones acarrearán una serie de consecuencias jurídicas.

Por un lado, quienes cometen este tipo de delitos quedan sujetos a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria –art. 29 de la Constitución Nacional–, inhabilitados a perpetuidad para ejercer cargos públicos y, además, no podrán obtener los beneficios del indulto y ni de la conmutación de penas. Por otro lado, se reconoce el derecho de resistencia popular contra quienes ejecuten esta clase de acciones.

Finalmente, y en cuanto aquí más nos interesa destacar, el convencional constituyente ha dispuesto que las acciones civiles y penales que se originen de ellos, serán imprescriptibles.

Estas consecuencias también se aplican cuando se trata de graves delitos dolosos cometidos contra el Estado que conllevan enriquecimiento, es decir, de graves hechos de corrupción perpetrados contra el Estado.

Esto quiere decir que los responsables de su comisión también están sujetos a la pena de los infames traidores a la patria y excluidos de los beneficios del indulto y de la conmutación de penas, y que las acciones por responsabilidad civil y penal tampoco prescriben.

Las razones que justifican esta última afirmación las encontramos directamente en el texto expreso de la Ley Fundamental.

Es que si consideramos que «[...] la primera fuente de interpretación de la voluntad del legislador es su letra y las palabras deben entenderse empleadas en su verdadero sentido, en el que tienen en la vida diaria, y cuando la ley emplea varios términos sucesivos es la regla más segura de interpretación la de que esos términos no son superfluos, sino que han sido empleados con algún propósito, sea de ampliar, de limitar o de corregir los conceptos, por cuanto, en definitiva, el fin primordial del intérprete es dar pleno efecto a la voluntad del legislador» (Fallos: 200: 165).

De tal modo, «[...] es regla de interpretación de las leyes la de que los jueces deben atenderse al texto de las mismas, cuando es claro y no da lugar a dudas» (Fallos: 120:372), y que «[...] cada palabra de la Constitución debe tener su fuerza y su significado propio, no debiendo suponerse que ella ha sido inútilmente usada o agregada, y rechazarse como superflua o sin sentido» (Fallos: 95:327), resulta lógico interpretar que, para el convencional constituyente, la interrupción por la fuerza el orden constitucional, la usurpación de funciones previstas por la Constitución Nacional o las de las provincias y el grave delito doloso contra el Estado que haya conllevado enriquecimiento, constituyen delitos que atentan todos contra el orden constitucional y el sistema democrático.

Ello así por **tres motivos centrales**.

Primero, porque todos estos delitos constitucionales aparecen contenidos en una misma norma.

Segundo, porque cuando el constituyente describe los comportamientos criminosos del quinto párrafo, lo hace utilizando el término «asimismo», como conector copulativo que asocia para ellos el mismo régimen jurídico previsto para aquellos delitos constitucionales referidos en el primer y tercer párrafo, porque los graves hechos de corrupción cometidos contra el Estado, y que conllevan enriquecimiento, implican un atentado contra el sistema democrático «del mismo modo» en que en lo provocan los comportamientos aludidos en los dos supuestos.

Tercero, porque el constituyente quiso marcar diferencias sobre las consecuencias jurídicas que se derivan de la comisión de ellos, lo hizo de manera expresa: (a) respecto de la pena de inhabilitación para ocupar cargos públicos, para los delitos tipificados en el primer y tercer párrafo del art. 36, su duración es a perpetuidad, mientras que cuando se trata de los definidos en el quinto párrafo de la misma norma, lo será por el tiempo que determine la ley; y, (b) en orden al derecho de resistencia, cuando se trata de los ilícitos previstos en el primer y tercer párrafo, más no para cuando se trata de aquellos contenidos en el quinto párrafo.

En definitiva, y en cuanto aquí más interesa destacar para el análisis propuesto, si –en clave constitucional– cualitativamente todas las acciones delictivas contenidas en el art. 36 de la Constitución Nacional son igualmente lesivas del orden constitucional y el sistema democrático, y el constituyente no ha realizado ninguna reserva expresa al respecto, la imprescriptibilidad de las acciones civiles y penales que se menciona en el tercer párrafo del dispositivo legal alcanza a los tres tipos delictivos previstos en la norma, porque todos atentan contra el orden constitucional y el sistema democrático (**en este sentido, véase el voto del Dr. Leopoldo Héctor Schiffrin, de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala II, en los autos caratulados «M.D.M. y otros s/ 296 en función del 292, 172, 54 y 55 CP», y el voto del**

Dr. Gustavo Hornos, de la Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, en autos caratulados «COSSIO, Ricardo Juan Alfredo y otros s/ recurso de casación»).

Ahora bien, más allá del fundamento jurídico-legal de esa equiparación, y la consecuente imprescriptibilidad que de ella resulta respecto de los graves delitos de corrupción cometidos contra el Estado, lo cierto es que, la inaplicabilidad de las normas que regulan –en este caso– la vigencia de la acción penal previstas en la legislación penal de fondo, cuando se trata de investigar y sancionar criminalmente graves hechos de corrupción cometidos por funcionarios públicos en el ámbito de la administración pública –reconocida constitucionalmente–, también encuentra sustento ni bien se comprueba las graves y perjudiciales repercusiones que provocan en el normal desenvolvimiento de las instituciones en general, y de la sociedad y los administrados en particular.

Pues, a las notas características de la corrupción descritas y brevemente analizadas en el acápite precedente, que justifican que las acciones legales resulten constitucionalmente imprescriptibles, no puede soslayarse que la trascendencia institucional que provocan estos hechos delictivos, cuando son cometidos por funcionarios públicos dentro del sector público. Ello se suma a las razones que también fundamentan la especial rigurosidad que el sistema penal dispensa para el tratamiento legal de estos casos.

Así, la calidad de funcionario público encuentra en las disposiciones del Código Penal distintas limitaciones con relación a los ciudadanos particulares responsables de la comisión de un hecho delictivo.

En la parte general, se establece que la prescripción de la acción penal se suspende cuando se trata de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, para todos los que hubiesen participado, mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público (**art. 67 segundo párrafo**); no procede la suspensión del juicio a prueba cuando un funcionario público, en ejercicio de sus funciones, hubiese participado en el delito (art. 76 bis).

En la parte especial, el legislador ha consagrado a través de distintos tipos penales, figuras básicas y agravantes de penalidad, cuando el hecho fuere cometido por funcionarios públicos.

A modo de ejemplo: delito de injurias (art. 117 bis, inc. 4°), abuso sexual en sus distintas modalidades comisivas –simple, gravemente ultrajante y con acceso carnal– (art. 119 cuarto párrafo, inc. e); promoción o facilitación de la corrupción (art. 126, inc. 3°); supresión y suposición del estado civil y de la identidad (art. 139 bis); delitos contra la libertad (art.142 bis, segundo párrafo, inc. 5°, art.143, art.144 bis, art. 144 quinto, art.145 ter); violación de domicilio (art.151); violación de secretos y de la privacidad (art. 153); abigeato (art. 67 quater y quinquie); extorsión (art.170 inc. 5°); estafas y otras defraudaciones (art. 174); delitos contra la salud pública (art. 207); además de los delitos de atentados al orden constitucional y a la vida democrática (art. 227 bis), sedición (art. 230, art. 235), y los particulares delitos contra la administración pública (art. 237, 238, 239), abuso de autoridad y violación de los deberes de los funcionarios públicos (art 248, 248 bis y 249), cohecho y tráfico de influencias (arts. 256, 256 bis, entre otros), malversación de caudales públicos (arts. 260 ss y cc); negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas (art. 265); exacciones ilegales (art. 266); enriquecimiento ilícito (art. 268); prevaricato (art. 272) denegación y retardo de conducta (art. 274); encubrimiento (art. 277 inc. 2, ap. D), art. 277 bis, 279 inc. 3); evasión y quebrantamiento de pena (art. 281); delitos contra la fe pública (art. 287); falsificación de sellos, timbres y marcas (art. 291), entre otros.

Por lo tanto, si la intención manifiesta del legislador penal –concretada en las normas penales aludidas– ha sido la de intensificar la respuesta penal cuando se trata de hechos delictivos cometidos por funcionarios públicos en ejercicio de su función, ello justifica que el convencional constituyente haya

previsto menos concesiones para los delitos constitucionales examinados, entre ellos los graves delitos dolosos que atenten contra el Estado que conlleven enriquecimiento –corrupción pública–.

Especialmente, al establecer que ninguno de ellos se encuentra sujeto a las reglas de la prescripción de la acción penal previstas en el Código Penal.

Porque «las razones que fundamentan la extinción de la acción penal por prescripción de los delitos en los que el Estado no ha podido investigar y sancionar eficazmente a sus eventuales responsables en un tiempo prudencial, resultan incompatibles -al menos- con aquellos casos en que los delitos fueron cometidos por quiénes justamente pertenecen a ese sistema que fracasó en su persecución, esto es, a los funcionarios públicos» (confr. voto del Dr. Juan Carlos Gemignani en la causa Nro. 1253/2013-758/2013, caratulada “Alsogaray, María Julia s/recurso de casación”, el 24 de abril 2014, Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV).

d.- Por todo lo expuesto al momento, desde una **perspectiva integral de la propia norma del art. 36 de la C.N. y en función de los instrumentos internacionales aludidos precedentemente**, en una interpretación acorde con las iniciativas desarrollados dentro del ámbito interamericano, no cabe otra consideración más que aquella que considere el carácter imprescriptible de los delitos de corrupción en el ámbito de la administración pública. Solamente a partir de ello es posible que el Estado Nacional cumpla con los deberes asumidos internacionalmente sobre este flagelo que socava los intereses más profundos de nuestra República, y perjudica al conjunto de la sociedad en general, y particularmente a los sectores más vulnerables de la misma.

e.- Sentado ello, corresponde a continuación reseñar el recorrido de las actuaciones que nos convoca a su análisis. Mediante sentencia condenatoria n° 68 dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial, en fecha 18 de junio de 2018, Sergio Hernán Salgado, quien se desempeñaba al momento de los hechos como intendente de la Municipalidad de Santa Rosa, fue encontrado culpable de realizar comportamientos delictivos contra la administración pública.

En función de ello, fue condenado a la pena de cinco años de prisión e inhabilitación absoluta y perpetua para ejercer funciones en la administración pública, como autor penalmente responsable de los delitos de concusión –causa N° P-4.237/16–; desobediencia –causa N° P-79.691/15–; malversación de caudales públicos –causa N° P-104.366/14–; fraude a la administración pública en la modalidad de administración infiel en grado de tentativa –causa N° P-26.565/16–, todas en concurso real (arts. 266 y 268, 239, 260, 173 inc. 7° en función del art. 174 inc. 5° y 42, 55, todos del Código Penal). Los hechos por los que Salgado fue condenado son los siguientes.

En primer lugar, en la causa P-79691/15, se acreditó que el acusado Sergio Hernán Salgado, quien por entonces se desempeñaba como Intendente del departamento de Santa Rosa, fue encontrado culpable de haber incumplido, en el ejercicio de su función pública, una orden impartida por autoridad competente, referido al pedido de informe que le fuera solicitado sobre el estado de un determinado proceso licitatorio.

Mientras que en la causa P-104.366/14, se alcanzó el grado de certeza probatoria para condenar al acusado de haber desviado fondos públicos por una suma de un millón quinientos mil pesos – \$1.500.000,00–), provenientes del Instituto de Calidad y Sanidad Agropecuaria de Mendoza (ISCAMEN), como parte de la suscripción de un convenio entre esa institución y el Municipio de Santa Rosa, mediante el cual éste se comprometía a realizar obras públicas para el sector representado por aquella entidad; dinero que fue utilizado para un destino distinto del acordado. Frente a la condena referida, Salgado, y otros coimputados, interpusieron recurso de casación el que fue rechazado por esta Sala Segunda, con

diversa integración, con fecha 12 de junio de 2020, confirmándose la sentencia impugnada (**autos n° 13-04395826-1/1 caratulados “Salgado Sergio Hernán, Ibarra Marcial Gustavo, Araya Flavio Guillermo, Ruggeri Gisela Paola p/ Concusión (4237/16) p/ Recurso ext. de casación**).

Remitidas las actuaciones a origen, y ante un planteo de la defensa de Sergio Salgado, el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial, mediante sentencia n° 2092 de fecha 10 de agosto de 2020, acogió la pretensión y, en consecuencia, declaró extinguida la acción penal por prescripción respecto de los delitos individualizados precedentemente, disponiendo el sobreseimiento definitivo del encartado. Esta resolución, como se dijo, es la que aquí nos convoca, en tanto es la pieza que se encuentra controvertida por el representante del Ministerio Público Fiscal.

Ahora bien, de acuerdo con lo que he examinado en los acápites precedentes, los hechos que se le atribuyeron mediante sendas acusaciones en aquellos procesos penales por los que –junto con otros– el acusado resultó condenado mediante sentencia que, luego, fue convalidada en su integridad por Sala Segunda, importan, en esencia, una sustracción dolosa de parte del acusado a los mandatos legales que le eran exigibles, en tanto imperativos reguladores de la actividad vinculada con la administración pública que a su tiempo ejercía con el máximo cargo institucional en el Poder Ejecutivo de la comuna de Santa Rosa.

En efecto, se trata de comportamientos que evidencian cualidades objetivas y subjetivas específicas que los depositan en la caracterización que hizo el constituyente en el texto constitucional aludido –art. 36 quinto párrafo de la C.N.–.

Pues se trata de casos de corrupción en el ámbito de la función pública, donde el agente –funcionario público de alto rango jerárquico–, se apartó dolosamente de los deberes legales inherentes a su cargo, con la intencionalidad manifiesta de obtener un beneficio particular propio, o para un tercero, cualquiera fuera, en definitiva, su naturaleza –ganancia–.

Los que, de manera notable, impactaron de forma perjudicial, notoria y evidente no sólo sobre la formación o configuración de los modos de convivencia social elegidos por la comunidad que lo eligió para ocupar el cargo público que ostentaba; sino, en particular, sobre la transparencia que debe primar cuando se trata de actos de trascendencia pública.

Así, respecto del delito de desobediencia, es posible afirmar que los hechos que lo configuran se muestran lo suficientemente lesivos como para merecer su configuración típica dentro de la figura penal constitucional. Ello, en tanto atenta contra uno de los pilares fundamentales de la República.

Me estoy refiriendo, en particular, al necesario e inexorable deber que recae sobre los funcionarios públicos de rendir cuentas sobre los actos de gobierno que realizan en ejercicio de su cargo, cuya contraparte es el derecho de acceso a la información pública que sobre ellos tiene la sociedad en general. Esto, en aras de erradicar la cultura del secretismo y con la finalidad de otorgar a las personas las herramientas para realizar un efectivo monitoreo del funcionamiento estatal, la gestión pública y la lucha contra la corrupción.

Derecho que, en definitiva, con la conducta que comprobadamente ejecutó el acusado, resultó ciertamente vulnerado, en cuanto le impidió a la autoridad competente tener conocimiento sobre un concreto acto estatal, como es un proceso licitatorio.

Por su parte, en lo que tiene que ver con el delito de malversación de caudales públicos, más allá de su significación jurídico-penal, tampoco cabe duda que su consumación ha afectado de manera grave la obligación de mantener transparencia en lo que tiene que ver con las contrataciones públicas y las

inversiones en infraestructura que, según lo oportunamente convenido, resultaban ser su consecuencia directa.

No huelga recordar aquí que el acusado, Sergio Hernán Salgado, cometió los hechos descriptos precedentemente mientras se desempeñaba en el cargo de Intendente del departamento de Santa Rosa. Esta circunstancia, a más de verificar la calidad especial –funcionario público– que requiere para su configuración típica los delitos que le fueran endilgados, nos ubica a su vez, dentro de un ámbito de específico de ejercicio de las funciones estatales públicas.

Es decir, no se trata de un funcionario público más, sino precisamente de quien ejercía al tiempo de los hechos, la rama ejecutiva que –junto con la deliberativa– en que se divide el poder público del régimen municipal local. Cargo al cual accedió por resultar elegido para ello por los propios representados, mediante el voto popular.

Pues, conforme lo dispone la Constitución de la provincia de Mendoza, en consonancia con la Constitución Nacional (arts. 5 y 123), «La administración de los intereses y servicios locales en la capital y cada uno de los departamentos de la Provincia, estará a cargo de una municipalidad, compuesta de un Departamento Ejecutivo y otro Deliberativo, cuyos miembros durarán 4 años en el ejercicio de sus funciones, renovándose el Departamento Deliberativo por mitades cada dos años.

Los integrantes del Departamento Deliberativo serán elegidos directamente por el pueblo de los respectivos municipios, conforme con el sistema establecido para la elección de diputados» (art. 197).

Mientras que, en cuanto al sistema de simple pluralidad de sufragios para la elección de ese funcionario, el texto constitucional local establece expresamente que «Los Intendentes serán elegidos directamente por el pueblo de los respectivos Municipios por simple mayoría de los votos válidos emitidos [...]».

Esta descentralización del poder público, mediante la cual la administración de los intereses y servicios de los municipios se encuentra a cargo principalmente del Jefe Comunal, como titular del Poder Ejecutivo local, demuestra que nos encontramos en un ámbito concreto de ejercicio del poder que se vincula notablemente con la participación de la ciudadanía, de adecuación de las políticas públicas comunales a las necesidades de la población destinataria de ellas, de imprescindible e ineludible rendición de cuentas y de transparencia en el ejercicio del cargo.

Con lo cual, dadas esas particulares características de los hechos en cuestión, en tanto hechos de corrupción que han significado graves delitos dolosos contra el Estado –en los términos constitucionales referidos–, ello los ubica dentro de la previsión del quinto párrafo del **art. 36 de la C.N.**

De tal manera, declarar la extinción de la acción penal por prescripción, como lo hizo el tribunal de la instancia anterior, ha implicado arbitrariedad al materializar en una resolución judicial la aplicación de la normativa establecida por el Código Penal en materia de prescripción (**arts. 62 y 67**) que, por expreso mandato constitucional, no resulta aplicable, en tanto se trata, como se explicó, de delitos imprescriptibles.

Considero que la solución que propongo a través del presente voto, sintetiza una posición conforme el texto expreso de la Constitución Nacional, los Tratados internacionales –específicamente sobre corrupción y derechos humanos– y las normas nacionales aplicables.

Ello en el entendimiento que sólo así es posible adoptar una perspectiva de interpretación de clave constitucional, mediante la cual se conjugue efectivamente la defensa de los derechos individuales con los intereses y garantías que hacen al respecto irrestricto del debido proceso legal –y sus derivaciones: legalidad, igualdad, defensa en juicio, entre otros– (art. 18 de la Constitución Nacional), con el fin de otorgar a la ley vigente su plena vigencia.

Para ambos casos, bien vale la siguiente reflexión: quien ostenta un cargo público en general, y mucho más cuando se trata de un intendente comunal elegido por el sufragio popular, no puede sino ejercer ese poder que le es otorgado de acuerdo con lo que, al respecto, prescriben las normas válidas y vinculantes para la sociedad.

Es decir, dentro de los límites formales y materiales establecidos por las normas constitucionales. De manera tal que, al obrar en forma contraria a esos mandatos legales, corrompe su legitimidad, y afecta gravemente las instituciones democráticas.

En definitiva, la aludida omisión del tribunal de la instancia anterior de toda consideración de las características singulares del tipo de delitos en análisis y de impacto negativo sobre la sociedad toda y los derechos humanos en su integralidad que provoca la corrupción cometida por funcionarios públicos, además de su efecto igualmente perjudicial sobre las instituciones democráticas, ha decantado en una errónea interpretación y aplicación en el caso de las normas penales que regulan el instituto de la prescripción.

Por lo expuesto, considero que debe ser respondida de manera afirmativa la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dra. Miquel y Dra. Marsala. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, las DRAS. SILVINA MIQUEL Y GLADYS MARSALA adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, LA DRA. MARÍA TERESA DAY, DIJO: Atento al resultado al que se arriba en el tratamiento de la primera cuestión, corresponde casar la sentencia impugnada n° 2.092 emitida por el Tribunal Penal Colegiado n° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial, la que en su parte resolutive **quedará redactada del siguiente modo:** «I-RECHAZAR el incidente de prescripción por extinción de la acción penal presentado por la defensa del acusado Sergio Hernán Salgado en los presentes autos respecto de los delitos de desobediencia -causa n° P-79.691/15- y malversación de caudales públicos -causa n° P-104.366/14-, a tenor de lo previsto en el art. 36 quinto párrafo de la Constitución Nacional» (art. 485 del Código Procesal Penal). ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión, las DRAS. SILVINA MIQUEL Y GLADYS MARSALA adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Admitir el recurso de casación interpuesto a fs. 25/30 vta. por el representante del Ministerio Público Fiscal.
- 2.- Casar la sentencia impugnada n° 2.092 emitida por el Tribunal Penal Colegiado n° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial, la que en su parte resolutive quedará redactada del siguiente modo: «I-RECHAZAR el incidente de prescripción por extinción de la acción penal presentado por la defensa del acusado Sergio Hernán Salgado en los presentes autos, respecto de los delitos de desobediencia -causa n° P-79.691/15- y malversación de caudales públicos -causa n° P-104.366/14-, a tenor de lo previsto en el art. 36 quinto párrafo de la Constitución Nacional» (art. 485 del Código Procesal Penal).
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DRA. MARÍA TERESA DAY Ministro DRA. SILVINA MIQUEL Juez de Cámara DRA. GLADYS A. MARSALA Juez de Cámara

2- SALINAS ZETA DIEGO. 03-05-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	FP	-	-	-	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=810>

Lex: Art. 277 inc. 1 letra a en función del 277 ap. 3 letras a, b y d, 55, 293, 1 párrafo y 298 del CP. **Ley provincial 6.722**

Vox: Encubrimiento. Hecho precedente especialmente grave. Ánimo de lucro. SA es funcionario público. Concurso real. Falsedad ideológica. Causa de justificación. Atipicidad.

Summa:

El TPC N° 2 condenó al señalado a la pena de **seis años de prisión e** inhabilitación absoluta por el término de doce años, como autor del delito de encubrimiento agravado por ser el hecho precedente especialmente grave, por el ánimo de lucro y por ser el autor funcionario público, en concurso real con falsedad ideológica (arts. 277 inc. 1 letra a en función del 277 ap. 3 letras a, b y d, 55, 293 1 párr. y 298 del CP). **Salinas**, miembro de la Unidad Investigativa de Homicidios a cargo de las tareas de inteligencia para lograr la efectiva captura del Sr. **Vildoza Soria** (posteriormente condenado por el delito de Homicidio Criminis Causa en Concurso Real con Robo Agravado por el Uso de Arma de Fuego en Grado de Tentativa conforme Artículos 80 inciso 7°, 55, 166 segundo párrafo y 42 del Código Penal), prestó vasta colaboración al mismo a efectos de lograr sustraerse de la detención ordenada.

La defensa interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP). Estima que el nombrado actuó en **legítimo ejercicio legítimo de su cargo. art. 34 inc. 4 del CP**, de modo que correspondería absolver al acusado por concurrir una causa de justificación. En relación con **la falsedad ideológica atribuida**, expresa que no existe manifestación falsa alguna en el informe por lo que corresponde declarar su **atipicidad. De manera subsidiaria se cuestiona la fundamentación de la pena** a la que califica de desproporcionada.

El Procurador General entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La SCJM rechazó el recurso de casación interpuesto por la defensa.

Resolución cuestionada: Sentencia n°1779, pronunciada por el TPC N° 2-1° CJ.

SCJM. Dres.: **Palermo. Valerio. Adaro.**

Fallo:

CUIJ: 13-06753571-9/1((018602-764123)) FC/ SALINAS ZETA DIEGO JAVIER P /ENCUBRIMIENTO (764123/19) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106010358*

En Mendoza, a los tres días del mes de mayo del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06753571-9/1 caratulada “F. c/ SALINAS ZETA DIEGO JAVIER P/ ENCUBRIMIENTO S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. MARIO D. ADARO.

La defensa de Diego Javier Salinas Zeta interpone recurso de casación contra la sentencia n° 1.779 dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción de Mendoza que lo condenó a la pena de seis años de prisión e inhabilitación absoluta por el término de doce años.

Ello, en tanto por encontrárselo autor del delito de encubrimiento agravado por ser el hecho precedente especialmente grave, por el ánimo de lucro y por ser el autor funcionario público, en concurso real con falsedad ideológica (arts. 277 inc. 1 letra a en función del 277 ap. 3 letras a, b y d, 55, 293 1 párr. y 298 del CP) en los autos n° P-764.123/19.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La jueza de la instancia previa, en lo que aquí respecta, consideró probado que «[...] en el marco de la investigación penal desarrollada en los Autos N° P-152.452/17 resultó imputado y posteriormente fue condenado el Sr. Diego Norberto Vildoza Soria por el delito de Homicidio Criminis Causa en Concurso Real con Robo Agravado por el Uso de Arma de Fuego en Grado de Tentativa (Artículos 80 inciso 7°, 55, 166 segundo párrafo y 42 del Código Penal), tras haberse ordenado su detención e inmediata captura en fecha 21 de agosto de 2019, el Oficial Principal DIEGO JAVIER **SALINAS ZETA en su carácter de miembro de la Unidad Investigativa de Homicidios**, a cargo de las tareas de inteligencia para lograr la efectiva captura del Sr. Diego Norberto Vildoza Soria, **le prestó vasta colaboración al mismo a efectos de lograr sustraerse de la detención ordenada**».

«Así las cosas fue instruyéndolo mediante diversas comunicaciones, algunas realizadas mientras se encontraba en la base de división Homicidios, sita en el Palacio Policial de la Ciudad de Mendoza, otras encontrándose en el móvil policial N° 2758 circulando por distintos puntos de la Ciudad de Mendoza, y las últimas comunicaciones sin poder determinar el lugar a esta altura de la investigación, para que borrara de modo seguro la totalidad de las comunicaciones del teléfono que utilizaba, puntualmente de la aplicación de whatsapp, como también, para que dejara de comunicarse por su teléfono celular y lo dejara encendido de forma permanente en la casa de su suegra, a efectos de lograr el impacto de las **antenas de geoposicionamiento** de tal dispositivo móvil en dicho inmueble y frustrar de ese modo su captura. Además procedió a indicarle que, de forma urgente debía mudarse de su domicilio en razón del inminente allanamiento que se realizaría en el mismo para lograr su detención, pasándole las constantes novedades

sobre el avance de la causa judicial y de las directivas que daba en la misma el Fiscal a cargo, Dr. **Gustavo Pirrello**, colaboración por la que DIEGO JAVIER SALINAS ZETA recibió en fecha 23 de Agosto de 2019, una motocicleta marca Bajaj, modelo Rouser RS 200, dominio A043GRB; y que se extendió al menos hasta el 30 de Octubre de 2019».

«Asimismo, para fecha 27 de agosto de 2019, DIEGO JAVIER SALINAS ZETA, encontrándose en sede la División Homicidios de la Policía de Investigaciones, sita en el Palacio Judicial, ubicado en Av. Belgrano 179 de Ciudad, entre las 08:30 y 14:45 horas, confeccionó y **suscribió un informe investigativo**, en virtud de las tareas de inteligencia encomendadas para lograr la captura del prófugo Vildoza Soria.

En el informe insertó declaraciones falsas consistentes en desconocer su paradero, siendo que el día 26 de agosto de 2019 había mantenido comunicación telefónica con el mismo, brindándole indicaciones para mantenerse prófugo, y lo elevó a conocimiento del Fiscal Dr. Gustavo Pirrello en el marco de la causa N° P-152.452/19, quién lo incorporó a los autos de referencias».

Para así decidir la jueza valoró, entre los principales elementos, las declaraciones testimoniales de Fabio Adrián Rodríguez Bastías, Ariel David Yanzón, Francisco Javier Agüero Toledo, Mario Fiorenza, Eliana Garay, José Vega, Lucas David y Alexandra Alatair Escalante, además de la prueba instrumental debidamente incorporada en el debate.

2.- Recurso de casación

La defensa de Salinas Zeta interpone recurso de casación de conformidad con el art. 474 del CPP. Cuestiona la valoración probatoria realizada en la sentencia por no haberle otorgado la importancia debida a ciertas declaraciones testimoniales.

Además, critica que se rechazó sin fundamento la hipótesis defensiva respecto a que el actuar de su representado configura **un ejercicio legítimo de su cargo**.

Así, afirma que existe prueba objetiva e indicios suficientes para absolver a Salinas Zeta **en razón del art. 34 inc. 4 del CP**.

En relación con **la falsedad ideológica atribuida**, expresa que no existe manifestación falsa alguna en el informe por lo que corresponde declarar su **atipicidad**.

Que el conocimiento que tuviera Salinas Zeta sobre el paradero de Vildoza no convierte en falso el informe.

Por último, alega que la **pena** impuesta es irrazonable y desproporcionada con el hecho endilgado.

Ello por considerar que el monto máximo debe ser el de la figura de encubrimiento por no haber existido falsedad ideológica alguna.

Por lo que de forma subsidiaria a los planteos anteriores, y para el caso de que no procedan, solicita la pena de tres años de prisión de ejecución condicional únicamente por el delito de encubrimiento.

Finalmente, realiza reserva de caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 5/7 vta. dictamina el Procurador General en relación con el recurso de casación interpuesto por la defensa de Salinas Zeta.

Manifiesta que si bien el remedio procesal procede desde el punto de vista formal, corresponde su rechazo sustancial.

Advierte que las críticas defensivas no demuestran los vicios de razonamiento de la sentencia de condena.

Que la prueba incorporada durante el debate permite concluir que el trato entre Salinas y Vildoza excedía el mero vínculo con alguien que aporta datos.

Hace hincapié en que las testimoniales producidas demuestran las irregularidades en el accionar del acusado que excedió y violó los deberes a su cargo y abusó de la confianza de sus superiores.

En relación con la pena impuesta, señala que se encuentra dentro de la escala penal correcta y es ajustada al hecho por el que ha sido condenado.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante

Puesto a resolver el recurso interpuesto por la defensa, considero que corresponde su rechazo y la confirmación de la sentencia de instancia anterior.

Ello, de acuerdo a los argumentos que a continuación se detallan.

Los agravios expuestos por la defensa se pueden sintetizar de la siguiente manera.

Por un lado, se argumenta que el encubrimiento que se le atribuye a Vildoza se llevó a cabo en el ejercicio legítimo del cargo de policía, de conformidad con el art. 34 inc. 4 del CP, de modo que correspondería absolver al acusado por concurrir una causa de justificación.

Por otro lado, la falsedad ideológica de la que se acusa a Salinas Zeta no resultaría típica en la medida en que no se ha insertado en documento alguno una información manifiestamente falsa.

Finalmente, de **manera subsidiaria se cuestiona la fundamentación de la pena** a la que califica de desproporcionada.

En relación con el primer agravio esbozado, se le atribuye a Salinas Zeta la figura de encubrimiento en la modalidad de ayudar a alguien a eludir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse de la acción de estas.

Esta imputación no ha sido puesta en crisis en cuanto a su tipicidad por el recurso interpuesto, de forma tal que la resolución queda restringida a la concurrencia de la **causa de justificación** señalada que también puede ser considerada como causa de **tipicidad**.

Como bien ha sido acreditado durante el debate y ha sido reconocido por el acusado, a pesar de habersele indicado a Salinas Zeta que debía proceder a la detención de Diego Vildoza, como parte de sus tareas funcionales, mantuvo comunicaciones con Vildoza y realizó una serie sucesiva de maniobras tendientes a protegerlo, facilitándole su evasión de la autoridad.

Todo con el exclusivo propósito de impedir que Vildoza fuera detenido.

Dicho de otro modo esta fuera de toda duda que el acusado ayudó a Vildoza a sustraerse de la acción de la justicia.

La cuestión entonces es determinar si esta colaboración se llevó a cabo en el ámbito del riesgo permitido por el ejercicio legítimo de un cargo o la actuación del enjuiciado se ejecutó por fuera de los procedimientos que regulan la autoridad.

La doctrina en general tiene establecido que para que concurra aquella causal se requieren de los siguientes presupuestos: la competencia objetiva y espacial, las formalidades esenciales para la protección del afectado y la proporcionalidad.

Si tenemos presentes las facultades y obligaciones que surgen del Código Procesal Penal **y la ley provincial 6.722**, como también lo declarado por el personal jerárquico de la policía en el debate; se concluye que el actuar desplegado por Salinas Zeta no se encontraba dentro de su ámbito de competencias, no ha cumplido con las formalidades esenciales establecidas para su intervención, ni resultó proporcional.

En otras palabras, sus conductas no fueron llevadas adelante según los procedimientos previstos para obtener información y entablar vínculo con personas consideradas que pueden haber cometido ilícitos.

En particular porque la actuación de Salinas contrarió una orden expresa de sus superiores jerárquicos en relación con la detención de Diego Vildoza.

De tal manera, resulta claro que **no concurren los presupuestos para el ejercicio legítimo de un cargo** en el supuesto de estudio.

Ahora bien, en relación con la **faz subjetiva y la tesis defensiva** que pretende sostener que Salinas Zeta **actuaba bajo la convicción de un actuar legítimo** a su cargo, entiendo que no puede hacerse lugar a la pretensión defensiva.

Del análisis de la prueba producida en autos, no se ha logrado acreditar que el actuar de Salinas pudiera encuadrarse dentro de la función policial que cumplía.

La alegada sospecha de que quizás Vildoza tenía contactos dentro del cuerpo de investigaciones debía, en su caso, ser resuelto dentro de las vías institucionales establecidas para ello y no mediante la asunción personal y por fuera de los canales previstos dentro de la institución policial, tal como expone Salinas Zeta para explicar sus conductas.

Así, aun cuando se diera crédito a sus afirmaciones de descargo, lo cierto es que correspondía que encausara la situación **dentro de los canales institucionales** de resolución pues la vía institucional debía primar.

En otras palabras, no puede darse lugar al planteo de sospecha sobre el inadecuado funcionamiento de la institución para justificar su apartamiento.

En especial porque el actuar del personal jerárquico superior a Salinas Zeta contradijo su afirmación.

En este sentido, al tomar conocimiento de sus posibles conductas ilícitas, los superiores de Salinas elevaron la información, ordenaron que no continuara su desempeño en los planteles de trabajo y lo pusieron a disposición de la fuerza para que comenzaran las investigaciones pertinentes.

Ello derivó en la investigación y enjuiciamiento en las presentes actuaciones.

Debe destacarse que todo lo referido fue reiteradamente descripto en las declaraciones testimoniales brindadas durante el debate oral por el Subcomisario Yanzón, el Comisario Rodríguez Bastías y el Comisario retirado Vega.

La pretensión personal de Salinas Zeta de aportar información para la resolución de un caso de homicidio, que no se encontraba bajo su órbita funcional, y por fuera de todos los procedimientos institucionales, resulta ser una creencia personal irracional que no logra justificar o explicar los actos de encubrimiento desplegados contra la orden expresa que le había sido dada.

También resulta relevante tener en cuenta ciertos comportamientos de Salinas Zeta una vez que el personal jerárquico comenzó a investigar su accionar.

En este sentido, los audios de WhatsApp enviados a Vildoza solicitándole que él y su pareja declararan en cierto sentido sobre el vínculo y transacciones que tenían ambos, constituye un elemento de peso para acreditar la hipótesis de que el actuar de Salinas Zeta constituía una colaboración para sustraerse de la justicia a Vildoza por parte de **un funcionario público, con ánimo de lucro** y con un hecho precedente especialmente grave.

Comparto al respecto la valoración de la prueba de la magistrada de instancia anterior cuando afirmó que «[...] una vez que se vio investigado, solicitó para ello la ayuda de Vildoza y de su señora. Sus comunicaciones con éste, no admiten ninguna otra interpretación. Quedó ello corroborado con los audios denominados PTT-2019030-WA0070 de fecha 30/10/2019 a las 13:39 hs., y PTT-2019030- WA0074 de fecha 30/10/2019 a las 15.12 hs. “...ya fui a declarar a la causa y dije que la moto te la había comprado a vos, ...yo no dije precio, pero pongámosle un precio ahora por las dudas... yo necesito que digas eso que

la moto la compré y la pagué a ciento cincuenta mil pesos más o menos y que te la compré cuando buscamos unos vagos en el Urundel y lo mismo a tu señora retransmitile eso...” “... bueno dale mira la última que hagamos que yo la moto te la compre los primeros días de agosto, hagamos así, decile a tu señora que diga que los primeros días de agosto...”».

En conclusión, iniciadas las investigaciones en su contra se puso en contacto con Vildoza para acordar que debían declarar para favorecerlo.

Por su parte, entiendo que tampoco corresponde hacer lugar a la pretensión de la defensa sobre el encuadre en el delito de falsedad ideológica respecto de la confección del informe por el acusado Salinas Zeta.

Si bien la crítica defensiva afirma que no se incorporaron manifestaciones falsas al documento en cuestión y, por ello, la conducta de su representado no resulta típica, lo cierto es que el cúmulo probatorio incorporado durante el debate contradice su tesis.

En efecto, el informe configuraba parte de las órdenes dadas a Salinas Zeta en el desempeño de su tarea de lograr la detención de Diego Vildoza.

En ese contexto, el acusado confeccionó un informe para remitir al fiscal de la causa con el claro propósito de distraer las investigaciones y en el que insertó afirmaciones que distaban mucho del conocimiento que tenía sobre el paradero de Vildoza.

Como bien ha surgido de los audios de WhatsApp de fecha 26 de agosto de 2019, incorporados durante el debate –el informe en cuestión corresponde al día siguiente– el acusado Salinas Zeta dio expresas instrucciones a Vildoza de cómo proceder para que no se lograra dar con su paradero.

Le explicó de esta manera que dejara su celular en el domicilio ubicado en Barrio Urundel del departamento de Godoy Cruz conectado –lugar sobre el que hizo el informe– «[...] cosa que si nosotros tenemos que hacer algún reviente el Fiscal va a decir que reviente el Urundel que ahí está el vago y nada que ver siempre va a dar negativo, por eso yo te decía que cambiaras el teléfono, whatsapp todo, de última éste teléfono metele el chip y, equipo completo, todo como está, dejáselo a su suegra que no lo us[e], que lo tenga enchufado nada más, y que no se quede nunca sin batería, para que de esa manera cuando te entre algún mensaje, alguna llamada perdida te va a largar las antenas de allá... cuando nosotros tengamos que hacer algo, vamos a ir detrás de este teléfono» (audio identificado bajo el título PTT-20190826-WA0035 de fecha 26/08/19 a las 16:27 hs.).

Sus comunicaciones con Vildoza continuaron «[...] y lo otro... yo te recomiendo que te cambies...cámbiate de casa lo más pronto que puedas, porque si bien yo he informado todo negativo respecto a donde vos estas ahora... estoy viendo que seguís usando el teléfono, y a partir de hoy o mañana te van a entrar intervenciones telefónicas de éste número por más que vos no uses el teléfono y lo uses solo con whatsapp... va a seguir impactando el tema de la llamada o los mensajes... de última sacale el chip y úsalo sin chip y usarlo porque estás ahí en el horno, el fiscal está hinchando muchos los huevos porque quiere que vos caigas... te aconsejo que te busques otro alquiler al menos por ahí cerca...me están hinchando muchos los huevos... esta mañana mi jefe me preguntó... con él está todo bien, la causa me la han dado a mí pero eso no escapa que mañana se la dan a otro... cámbiate de casa a la mierda Diego» (audio identificado bajo el título PTT-20190826-WA0033 de fecha 26/08/19 a las 17.24 hs.).

Sin embargo, surge del informe confeccionado por Salinas Zeta del día 27 de agosto de 2019, remitido al fiscal Pirrello, que «[...] de acuerdo a los registros con lo que se cuenta en los distintos sistemas informáticos, se ha obtenido que el sujeto en cuestión registra domicilio en Barrio Urundel manzana C, casa 06 de Godoy Cruz, con el precedente de que allí Vildoza fue aprehendido por el suscrito

oportunamente, en marco de los presentes autos, se motivó vigilar la morada de forma discreta y a distancia, sin observar ningún movimiento de personas que haga presumir que el causante aún se encuentre residiendo allí».

La discordancia entre lo informado y las conversaciones entabladas entre el acusado y Vildoza el día anterior resulta manifiesta, por lo que no corresponde hacer lugar a la pretensión defensiva.

Finalmente, considero que también debe ser rechazado el agravio sobre el monto de pena impuesto.

Ello resulta consecuencia del análisis antes realizado respecto de los cuestionamientos anteriores.

El planteo de la defensa sobre el monto de pena esboza que la sanción impuesta resulta desproporcionada por entender que, en caso de no hacerse lugar a su planteo sobre la existencia de una causa de justificación, sólo debía condenarse por la figura de encubrimiento agravado y no por la falsificación ideológica.

Sin embargo, como ha sido argumentado en lo que precede estimo correcta la condena resuelta en instancia por los tipos penales encubrimiento agravado por ser el hecho precedente especialmente grave, por el ánimo de lucro y por ser el autor funcionario público en concurso ideal con falsedad ideológica.

De tal manera, la crítica impetrada no se sostiene por confirmarse la calificación legal en la que fueron encuadrados los hechos.

En consecuencia, entiendo que la sentencia ha sido debidamente fundada en el plexo probatorio incorporado en autos y que es correcta la conclusión a la que ha arribado la magistrada sentenciante respecto a la acreditación de los hechos, la responsabilidad de Diego Javier Salinas Zeta en ellos, la calificación jurídica correspondiente y la sanción impuesta.

Por las razones expuestas, en opinión concordante con el señor Procurador General, considero que debe contestarse de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Adaro. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede. SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede. SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Diego Javier Salinas Zeta en las presentes actuaciones.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

3- VERDUGO LUCERO. 12-08-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	-	-	-	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=875>

Lex: Art. 277 inc. 1 letra c del CP

Vox: Encubrimiento.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **seis meses de prisión de cumplimiento efectivo** por considerársele autor penalmente responsable del delito de encubrimiento, previsto y penado por el art. 277 inc. 1, letra “c” del Código Penal.

La **Defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

El **Procurador** General entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 430, pronunciada por el TPC N° 1-2° CJ.

SCJM. Dres.: **Valerio**. Palermo. Adaro (Licencia).

Fallo:

CUIJ: 13-06913931-5/1((028502-18646)) FC/ VERDUGO LUCERO ABEL NORBERTO P/ ENCUBRIMIENTO (18646) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106160270*

En Mendoza, a los doce días del mes de agosto del año dos mil veintidós reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06913931-5/1 caratulada "Fc/ VERDUGO LUCERO, ABEL NORBERTO P/ENCUBRIMIENTO SIMPLE S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. MARIO D. ADARO.

La defensa de Abel Norberto Verdugo Lucero interpone recurso de casación contra la sentencia n° 430 y sus fundamentos, emitida por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial.

Ello, en tanto se condena a aquél a la pena de seis meses de prisión de cumplimiento efectivo por considerárselo autor penalmente responsable del delito de encubrimiento, previsto y penado por el art. 277 inc. 1, letra "c" del Código Penal, que se le atribuyó en el marco de los autos n° P-18.646/22.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- La resolución recurrida

La sentencia antes reseñada tuvo por acreditado los hechos contenidos en la acusación fiscal, esto es, que «[e]n el distrito de Alvear Oeste, Departamento de General Alvear, provincia de Mendoza, en la calle 7 la Marzolina, entre Hickawzuk y Giardina, sin poder precisar el día y el horario exacto, pero presumiblemente entre los días 18 de febrero de 2021 a las 03:00 horas aproximadamente, y el día 19 de febrero de 2021 a las 10:50 horas, Norberto Abel Verdugo Lucero, recibió **tres bornes de bronce**, con su terminal en forma de L, de alta tensión, y once tuercas, correspondiente a un transformador trifásico, marca NICORO 26730, que se encontraba instalado en calle 13, entre Ruta Nacional N° 188 y calle Centenario, perteneciente a la cooperativa eléctrica CECSAGAL, el cual fue violentado y le sustrajeron los componentes de cobre y bronce; a sabiendas de que dichos bienes eran proveniente de un delito, y en razón del cual se iniciaron las actuaciones, dando origen a los autos N° P-17.720/22, caratulado "FC/ N.N. P/ROBO EN DESPOBLADO"»

Para llegar a esa conclusión, el juez valoró principalmente los testimonios de Lucas Leonardo Peiro Alarcos, Jorge Rafael Ledesma Romero, Ricardo Emanuel Vaquero Morales, Dardo Aldo Pescio, Sebastián Antonio Cabrera y de Mauricio Oscar Iboldi Lucero, y las constancias de los autos P-17.720/22.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa del acusado formula su impugnación a tenor de lo previsto por ambos incisos del art. 474 del Código Procesal Penal, esto es, por considerar que la sentencia adolece de vicios sustanciales y formales que la descalifican como acto procesal válido.

Considera que el juez de la instancia previa ha valorado incorrectamente la prueba rendida en la causa porque –a su criterio– las premisas fácticas sobre las que basó la atribución de responsabilidad penal del acusado sobre los hechos investigados, son simples afirmaciones, que no tienen ningún correlato probatorio en la causa.

Señala que el sentenciante no ha acertado en el entendimiento de lo manifestado por los testigos, y que esto produce una incorrecta valoración de ese tipo de probanzas.

En primer lugar, explica que el juez dio por sentado que el testigo Sebastián Antonio Cabrera tenía un relato incoherente por dar una fecha de la compra de los elementos que no coincide con la fecha mencionada por el acusado respecto del momento que adquirió las tuercas y los cables.

Pero, si bien eso es cierto, advierte que los cables se compraron con anterioridad a los demás instrumentos, y que el juez nunca pidió que se aclararan las fechas, ya que los elementos secuestrados pertenecían a fechas «indistintas».

Refiere el letrado de qué manera el testigo pudo haber mentido beneficiando a uno y perjudicando a otro, siendo que, a quien presuntamente perjudicaba con su relato, es al acusado, que es su empleador, y con quien mayor relación tiene.

Desde allí interpreta que el referido testigo fue espontáneo en su declaración, incluso al momento de manifestar que la compra de los materiales en desuso que compra el acusado para luego vender a las «chacaritas» de la zona, son de diferentes especies de metales.

Extremo que fue corroborado por el Ing. Iboldi, cuando declaró que no podía precisar a ciencia cierta si esos elementos pertenecían a los transformadores robados –objeto del delito de robo–.

En segundo lugar, menciona que el testigo Juan Blanco Bautista hizo referencia a que el secuestro de los elementos se realizó de manera pacífica, **sin resistencia de los moradores**.

Ello contradice el relato que dieron los agentes policiales que intervinieron en el procedimiento –Peiro Alarco, Ledesma Romero y Baquero Morales– quienes, inversamente a lo declarado por el testigo en cuestión, relataron que la esposa del acusado quería huir con los elementos de una bolsa, en la que señalaron que se encontraban los **objetos robados** del transformador.

Sugiere que esa contradicción enerva la credibilidad de los uniformados quienes, mandados por el fiscal para realizar el allanamiento, faltaron a la verdad en sus alocuciones.

La pareja del acusado reaccionó colaborando con el policía pero, según la defensa, el juez pasó por alto los elementos probatorios y dio un entendimiento fuera de los presupuestos de ley, ya que su motivación ha sido parcializada, incompleta y sin explicar por qué creía la versión de los testigos de una manera cierta y «por qué descartaba la de Dora Hernández».

Por otra parte, la defensa entiende que se han aplicado erróneamente las normas de los **«arts. 149 bis primer párrafo, primer supuesto» y 277 inc. 1 apartado “c” del Código Penal**, toda vez que a su juicio, Verdugo Lucero Abel no cometió «los delitos atribuidos», si la prueba hubiera sido valorada correctamente.

Refiere que respecto al hecho calificado como **encubrimiento simple**, quedó demostrado que, si bien hubo una discusión, aquél debió ser probado fehacientemente y no por meros indicios o simples manifestaciones de las partes, más aun cuando claramente se evidenció que el personal policial que realizó el allanamiento se contradijo en sus dichos.

Estima que no se ha arribado a la certeza que se requiere para dictar una sentencia condenatoria «en ninguno de los tres delitos», por lo que el tribunal debió absolver al acusado por el beneficio de la duda.

En función de lo expuesto, el recurrente solicita que se admita el motivo sustancial invocado y, en consecuencia, se absuelva al acusado del delito de encubrimiento o, en su defecto, se anule la sentencia cuestionada, disponiéndose la remisión al subrogante legal a los fines que se sustancie un nuevo juicio.

Finalmente, formula reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de contestar la vista que del recurso interpuesto se le confiere, el Procurador General considera que el mismo es formalmente procedente, aunque debe ser rechazado en el fondo.

Refiere que no le asiste razón a la defensa cuando propone que existe un estado de duda respecto de la materialidad del hecho y la autoría del acusado en el mismo.

Considera que, con ello, el defensor pone en evidencia su **discrepancia con la valoración** que efectuó el sentenciante de las pruebas producidas en el debate, en tanto la sentencia se encuentra debidamente fundada, y el juez ha contado con los elementos necesarios para lograr la certeza requerida para condenar a Verdugo Lucero como lo hizo.

Menciona que el acusado no pudo acreditar de modo alguno que fuera un **comprador de buena fe** de los elementos que se le secuestraron, o que **desconociera que lo que estaba comprando tenía una procedencia ilegal**.

Expresa que la sentencia analizó todas las declaraciones testimoniales del personal policial actuante, de las cuales se pudieron obtener indicios que acreditaban la responsabilidad del acusado en el hecho intimado, toda vez que hicieron mención a la actitud que manifestó la esposa del imputado al momento de la medida, relacionada con la tenencia en su poder de una bolsa, donde se encontraban los elementos mencionados, y a la cual intentó sacar de la vista de los efectivos intervinientes, con el fin evidente de beneficiar a su esposo, acreditando con ese proceder, de manera irrefutable, que sabían del origen ilícito de los bornes.

Por otro lado, indica que se tuvieron en cuenta también las testimoniales de Sebastián Antonio Cabrera, que trabajaba con el encartado, el cual no pudo aportar mayores datos, pero lo que refirió en cuanto a la compra de los bornes se contradijo con lo expuesto por su empleador respecto a la fecha en que se habría producido su adquisición.

Agrega que también se valoró la testimonial de la persona respecto de la cual el imputado expresó que solía venderle la chatarra, quien refirió que hacía más de un año que no le vendía nada.

Advierte, además, que el sentenciante hizo especial mención en sus fundamentos al por qué le otorgaba mayor credibilidad a ciertas testimoniales, sobre otras.

Concluye de esta manera en que los agravios enumerados por el recurrente, más que vicios en la sentencia, reflejan su discrepancia, en el legítimo ejercicio de su cargo, con la interpretación dada al plexo probatorio por el tribunal de juicio.

Por todo ello, aconseja que no se haga lugar al recurso de casación analizado y se proceda a convalidar en su totalidad la sentencia impugnada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, debo adelantar que, por los motivos que a continuación se exponen, corresponde rechazar el recurso de casación formulado por la defensa de Abel Norberto Verdugo Lucero. Veamos.

De manera preliminar, no puedo dejar de señalar que, en la presentación casatoria bajo análisis, se han transcrito cuestiones que no guardan ningún tipo de relación con el caso de autos, especialmente en cuanto tienen que ver con la materialidad de los hechos que conformaron el objeto del presente proceso, y su concreta calificación legal.

En efecto, conforme se desprende de las constancias de la causa, al acusado se le atribuyó haber recibido efectos provenientes de un delito en el cual no participó, conociendo que provenían un delito, esto es, del robo de un transformador de la Cooperativa eléctrica CECSAGAL. Comportamiento delictivo que resultó acreditado en la sentencia, y por el cual, finalmente resultó condenado.

Por un lado, los cuestionamientos que se realizan en el recurso referidos a supuestos errores judiciales en la apreciación de elementos probatorios, particularmente la declaración testimonial de Dora Hernández, las fotografías de armas de fuego y los informes de Policía Científica, no merecen ningún tipo de análisis en esta instancia recursiva, desde que los mismos son inexistentes en autos.

En ese sentido, se observa que durante la investigación penal preparatoria no se produjo la prueba aludida por la defensa. Tampoco la plataforma fáctica definida por la acusación fiscal contiene referencia alguna al empleo lesivo de armas de fuego por parte del agente.

En ningún tramo de su intervención durante la tramitación de la causa, la representante del Ministerio Público Fiscal se valió de tales elementos probatorios para sostener su teoría del caso.

Todo lo cual justifica que el tribunal de juicio no haya efectuado ninguna mención sobre tales elementos probatorios en el análisis del caso, sin que ese razonamiento pueda ser atacado por ilegal u omisivo, como lo pretende el recurrente.

Por otro lado, tampoco puede impugnarse el análisis jurídico de los hechos efectuados por el tribunal de juicio respecto del delito de amenazas simples –art. 149 bis primer párrafo, primer supuesto del Código Penal– como lo postula la defensa, desde que ese tipo delictivo no le fue imputado nunca al acusado.

Efectuadas esas breves consideraciones referidas al contenido de la crítica casatoria, conviene ahora ingresar en el análisis de los concretos motivos de agravio señalados por el recurrente.

La defensa critica, centralmente, el modo en que el tribunal de juicio valoró la prueba testimonial rendida en autos, a la que juzga de omisiva y contradictoria y, por ello, de arbitraria.

Advierte que los relatos del personal policial que intervino en el allanamiento que se realizó en la vivienda del acusado han sido desacreditados por los dichos de otros testigos, particularmente en cuanto tiene que ver con la actitud que asumió la pareja del acusado al momento del procedimiento.

Esta circunstancia, a su criterio, vacía de sustento el razonamiento probatorio que determinó la condena a su representado.

Sin embargo, entiendo que tales argumentos no se condicen con las constancias de la causa y, por ello, los agravios relativos al mérito probatorio llevado adelante por el tribunal de instancia anterior deben ser rechazados en esta instancia. Paso a explicarlo.

Técnica defensiva ineficaz. Modo genérico e impreciso. Críticas indeterminadas.

En términos generales, debo señalar que la crítica defensiva se basa en una técnica que no resulta eficaz para lograr desvirtuar la argumentación de la sentencia que cuestiona: enumerar de modo genérico e impreciso pretendidas falencias en el razonamiento de la sentencia, mediante la invocación de contradicciones y omisiones, sin concreción alguna. Esto tiene lugar en dos planos.

En primer lugar, en la mención de pruebas y contradicciones que no habrían sido considerados.

En segundo lugar, en el efecto que el eventual error tendría en el razonamiento seguido por el tribunal para tener por acreditados los hechos.

En otras palabras: las críticas que ha expresado la defensa son **indeterminadas** y no explican cómo las supuestas falencias conducirían a un resultado diverso.

Existe un salto ilógico entre las premisas generales de los argumentos sobre valoración probatoria de la defensa, y su conclusión, esto es, que debería realizarse una «valoración correcta» que, de alguna manera, conduciría a la absolución del acusado.

De tal manera, del análisis de la resolución cuestionada y de las constancias de la causa advierto que la crítica casatoria no resulta ser más que mero el disenso con las conclusiones a las que llegó el sentenciante, fundado en una valoración probatoria efectuada desde la perspectiva propia de su rol defensivo, más no desde una visión integral de los hechos sometidos a juzgamiento y sin aportar razones que avalen la anulación de la resolución que cuestiona.

Además, no puede desconocerse que el recurrente reedita en esta instancia los argumentos expuestos al tiempo de formular sus alegatos de clausura, los que fueron debidamente tratados y resueltos en la resolución que hoy cuestiona, sin incorporar, como se dijo, fundamentos sólidos y convincentes que habiliten su revocación.

En efecto, el análisis del cuadro probatorio cargoso –constituido mayormente por declaraciones testimoniales– resultó decisivo para la condena, en la medida en que todos los testigos fueron contestes y coincidentes al referirse a aspectos relevantes de la causa.

Este razonamiento, adecuadamente en mi criterio, le permitió al juez de la instancia previa, extraer indicios serios, concretos y concordantes de los elementos de prueba valorados para –luego– inferir lógicamente de ellos la existencia material del hecho investigado y la autoría responsable del acusado en el mismo.

El primer elemento comprobado que configuró indicios serios de responsabilidad penal de Verdugo Lucero en la receptación dolosa atribuida en el proceso, lo constituyó el resultado del allanamiento efectuado en su domicilio.

En ese sentido, conviene recordar que en el marco de las actuaciones judiciales en las que se investigó la sustracción violenta de piezas de un transformador trifásico marca Nicoro 26730 63KVA, instalado por la Cooperativa prestadora del servicio de energía eléctrica del departamento de General Alvear –CECSAGAL– en calle n° 13, entre Ruta nacional n° 188 y calle Centenario de la mencionada localidad mendocina –causa n° P-17.720/22–, se ordenaron una serie de medidas judiciales para esclarecer el hecho. Una de ellas consistió en el allanamiento del domicilio de Abel Norberto Verdugo Lucero, ubicado en calle 7 del distrito de La Marzolina, entre calles Hickawzuk y Giardina (v. fs. 15 de los autos principales).

Asimismo, conforme surge del acta del allanamiento realizado en fecha 19 de febrero del año 2.022 a las 10:50 hs., y el acta secuestro labrada al efecto (v. fs. 26 y vta. y fs. 36 respectivamente, de los autos principales), ambas incorporadas a la presente causa como prueba instrumental (v. pág. 4 de los fundamentos del fallo), el personal actuante halló en poder del acusado elementos materiales vinculados con la investigación del apoderamiento ilegítimo y violento en cuestión.

Entre ellos, tres bornes de bronce que, según lo reconoció personal especializado de la referida Cooperativa eléctrica convocado al efecto mientras se desarrollaba el allanamiento –Ing. Mauricio Oscar Iboldi Lucero–, se utilizaban en transformadores de alta tensión que se colocaban en la vía pública para la provisión de energía eléctrica. Esa circunstancia se enlaza en el razonamiento probatorio del tribunal, con las declaraciones brindadas por el referido profesional, sean aquellas que brindó en el marco de la investigación de la causa principal, como también, sus manifestaciones durante la audiencia de acusación que tuvo lugar en los presentes obrados.

Ámbitos en los cuales se comprueba que el testigo declaró en forma clara y contundente, ratificando dos circunstancias relevantes para la solución del caso.

Por un lado, aseguró que el transformador violentado por personas desconocidos el día dieciocho de febrero del año 2022, había sido instalado por la Cooperativa eléctrica –CECSAGAL– en la que trabajaba para reducir la alta tensión y con fines de provisión de energía eléctrica domiciliaria para vecinos de la zona.

Delito investigado en la causa n° P-17.720/22, de la cual se derivan los presentes como compulsas. Por otro lado, que expresó que si bien no podía asegurar con exactitud que los bornes de bronce secuestrados en el domicilio del acusado fueran los mismos cuyo faltante se constató en el aquel transformador, sí se trataba de elementos que únicamente utilizaba la referida cooperativa para la instalación de esos artefactos.

Para ello, precisó que, a diferencia de los **bornes** que utilizaban otras empresas proveedoras de energía eléctrica en distritos cercanos del lugar donde se produjo el robo investigado (C.O.S.P.A.C. y E.D.E.M.S.A.), los aquí secuestrados presentaban una característica que los diferenciaba del resto: un terminal en “L”.

Esta descripción fue completada al señalar que esos bornes, aparte del terminal, presentaban un fragmento de tres o cuatro centímetros de cable de cobre (v. fs. 60 y vta. de los autos principales, cuya copia fuera incorporada a la presente causa como prueba instrumental, v. soporte audiovisual, audiencia del día 17/05/22, “parte II”, a partir del min. 01:00:50, en particular, min. 01:02:09 y min. 01:02:39).

A todo esto, y como bien lo señala el juez en la sentencia bajo revisión, **el acusado reconoció que adquirió los elementos que luego le fueron secuestrados**, durante la misma jornada en que se llevó a cabo el allanamiento.

De su declaración se desprenden datos sobre la supuesta operatoria comercial que, también, permiten inferir información relevante para la causa.

Así, en ejercicio de su derecho de defensa material, aseguró que se los compró a un hombre que vendía bronce –cuya identidad no supo precisar–, quien se los entregó dentro de una bolsa.

Agregó que sólo indagó que se tratara de elementos de ese material, y que los pesó para determinar el precio que, finalmente, pagó (v. soporte audiovisual, audiencia del día 17/05/22, “parte I”, a partir del min. 0:04:39 al min. 00:17:27).

Por su parte, el juez analizó la conducta desarrollada por la pareja del acusado al momento del allanamiento, en la que encontró la existencia de un indicio cargoso para acreditar la intervención responsable de Verdugo Lucero en el hecho investigado.

Concretamente, en cuanto tiene que ver con el **conocimiento de la procedencia ilícita de los bienes materiales que onerosamente adquirió**, entre los que se encuentran los bornes de bronce en cuestión (v. pág. 6 de los fundamentos del fallo).

Sobre este aspecto, la sentencia repasa que todos los agentes policiales que intervinieron en el procedimiento judicial –Peiros, Ledesma y Baquero– coincidieron en afirmar que pareja del acusado se mostró nerviosa durante el allanamiento, reticente a cumplir con los requerimientos de la autoridad policial y que, además, realizó maniobras sobre una bolsa de nylon –en la que se encontraron los elementos parte de los elementos secuestrados–, para alejarla de la vista de los actuantes.

La reproducción del soporte audiovisual de la audiencia respectiva no sólo corrobora la coincidencia detectada por el juez en el testimonio de aquellos testigos (v. aud. del día 17/05/22, “parte II”, mins. 00:27:41 a 00:58:54), sino que, además, vacía de sustento el argumento defensivo, mediante el cual se

alude a supuestas contradicciones entre esas declaraciones con el relato que aportó a la causa Juan Bautista Blanco Sosa –testigo de actuación– sobre el modo en que se desarrolló la medida (min. 00:22:10). Obsérvese que este testigo, inversamente a lo que alude en su presentación el recurrente, en ningún momento se refirió a cuál fue el comportamiento de la pareja del acusado durante el allanamiento.

A su vez, tampoco fue interrogado sobre este puntual aspecto por las partes. Todo lo cual, a mi criterio, ratifica este pasaje del razonamiento del juez de sentencia.

En razón de todo lo expuesto, entiendo que todos los elementos analizados precedentemente, que resultan del material probatorio producido e incorporado debidamente a la causa, no hacen más que acreditar el hecho atribuido al acusado y la intervención responsable de éste en aquél.

Esto, en los mismos términos en que resultó acreditada en la sentencia impugnada.

Por su parte, y en función del análisis realizado, debe decirse que aquellos elementos que han sido valorados por el juez de la instancia anterior de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional, cuyo apartamiento de ningún la defensa ha podido demostrar.

Resta mencionar que lo afirmado en el párrafo anterior no se conmueve con las declaraciones que, durante el juicio, brindó el testigo Sebastián Antonio Cabrera –testigo de la defensa–, empleado del acusado en el taller mecánico al momento de los hechos.

Esto, en razón de que las referencias que hizo el testigo a los diversos momentos en que Verdugo Lucero adquirió los elementos secuestrados, distinguiendo así la compra de cables de los elementos que fueron hallados en una bolsa de nylon –en cuyo interior se encontraban los tres bornes de cobre en cuestión–, no tienen la trascendencia que le asigna la defensa para demostrar arbitrariedad en la valoración de este elemento probatorio.

Más bien se comprueba que esa información no ha sido soslayada del razonamiento del juez de la instancia previa.

Lo que sucede es que el hecho que se atribuyó al acusado, no consistió en la receptación dolosa de cables de cobre, conforme resulta de la plataforma fáctica que delimitó el objeto del presente proceso, y que resultara convalidada en la pieza impugnada.

Dicho en otras palabras, las circunstancias temporales en que esos elementos fueron adquiridos por el acusado, son irrelevantes en autos.

Finalmente, cabe señalar que si bien la defensa cuestiona el análisis jurídico de los hechos contenido en la sentencia –no obstante las deficiencias apuntadas precedentemente sobre este pasaje de la impugnación–, al hacerlo no expone siquiera mínimamente los motivos por los cuales estima que el tribunal de la instancia anterior aplicó erróneamente la figura penal seleccionada para **subsumir típicamente** la conducta delictiva enrostrada al acusado.

Sin perjuicio de ello, debo señalar que en la plataforma fáctica tenida por históricamente cierta en la sentencia en crisis, se comprueban los aspectos objetivos y subjetivos que exige el tipo delictivo en cuestión.

Ello en tanto ha quedado demostrado que el acusado recibió efectos provenientes de un delito, consistentes en tres bornes de bronce con terminal en “L”, utilizados en el transformadores de alta tensión provistos y colocados en la vía pública por la Cooperativa eléctrica CECSAGAL, sabiendo la procedencia ilícita de los mismos. Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede. SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado Abel Norberto Verdugo Lucero.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 12 de agosto de 2022.-

4- GIOVARRUSCI BONACORCI. 12-08-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	-	-	-	-	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474
-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	418

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=887>

Lex: Art. 277 inc. 1 letra c del CP. Art. 25 de la ley 4.976 de Ejercicio de la Abogacía y la Procuración.

Vox: Encubrimiento. JAI cuestionado. Buena fe procesal.

Summa:

El JPC resolvió: "I.- HACER LUGAR a la aplicación del procedimiento de juicio abreviado en la presente causa N° P-5219/21, respecto de GIOVARRUSCI BONACORCI, DIEGO ADRIAN, conforme al acuerdo arribado por las partes al celebrarse la presente audiencia. (Arts. 359, 418, 419, 420 y concordantes del Código Procesal Penal). II.- CONDENAR a GIOVARRUSCI BONACORCI, DIEGO ADRIAN de otros datos filiatorios ya consignados en autos, a la pena de OCHO (8) MESES de prisión de cumplimiento EFECTIVO e imposición de costas como autor penalmente responsable del delito de ENCUBRIMIENTO (Art. 277 inc 1 apartado c del Código Penal) conforme arts. 5, 29 inc. 3°, 40 y 41 del Código Penal, así como 415, 557, 560 y concordantes del Código Procesal Penal, que se le atribuye en la presente causa N° P-5219/21. III.- DECLARAR REINCIDENTE a GIOVARRUSCI BONACORCI, DIEGO ADRIAN de conformidad con lo dispuesto por el art. 50 del Código Penal. IV.- Líbrese la correspondiente Orden de Condena, manténgase la detención domiciliaria hasta tanto no adquiera firmeza la presente sentencia." La fecha de cumplimiento de condena conforme al cómputo de pena impuesta opera el día **21-10-22**.

La defensa interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

El Procurador General entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La SCJM rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 11642, pronunciada por el JPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Montero Arancibia. 27-07-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=874>

Precedentes relacionados

JAI cuestionados.

- Olguin Herrera. 25-03-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=767>
- Montero Arancibia. 27-07-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=874>
- Giovarrusci Bonacorci. 12-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=887>
- Lobato Barroso. 19-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=869>
- Maldonado. 19-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=885>
- Parraguez. 29-11-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=969>
- Chiaffitelli López. 21-12-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=964>

SCJM. Dres.: **Palermo.** Adaro. Valerio.

Fallo:

CUIJ: 13-06947773-3/1((018501-5219)) FC/ GIOVARRUSCI BONACORCI DIEGO ADRIAN P/ ENCUBRIMIENTO (5219) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106192340*

En Mendoza, a los diecinueve días del mes de septiembre del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-06947773-3/1 caratulada "F. C/ GIOVARRUSCI BONACORCI, DIEGO ADRIÁN P/ ENCUBRIMIENTO S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO; segundo, DR. MARIO D. ADARO y tercero, DR. JOSÉ V. VALERIO.

La defensa técnica de Diego Adrián Giovarrusci Bonacorci interpone recurso de casación contra la sentencia n° 11.642, mediante la que se hizo lugar a la aplicación del procedimiento de juicio abreviado, se lo condenó a la pena de **ocho meses de prisión como autor del delito de encubrimiento** (art. 277, inc. 1, apartado c del CP) y se declaró su **reincidencia** (art. 50 del CP).

El pronunciamiento que aquí se impugna fue dictado por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de esta Primera Circunscripción Judicial en autos N° P-5.219/21.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERO: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

1.- La sentencia recurrida

La jueza de la instancia anterior, resolvió del modo precedentemente señalado, al considerar acreditado que «[e]l día 13 de enero del año 2021, en horario no precisado pero entre las 13:18 horas y las 18:30 horas aproximadamente, D[iego] A[drián] G[iovarrusci] B[onacorci] recibió, **a sabiendas de su origen espurio, un vehículo marca Fiat Uno SCR**, 5 puertas, tipo Sedán, color gris, dominio TTG-933, el cual había sido sustraído horas antes desde el interior de la playa de estacionamiento del Supermercado Veasito en calle Ignacio Molina 325 y esquina Adolfo Calle del Barrio Unimev de Guaymallén, Mendoza dando origen a los autos N° P4817/21 [...]. [E]l día de mención, siendo las 18:30 horas, personal policial de Comisaría N° 16 es desplazado a calle Mitre N 960 de Las Heras, Mendoza a partir de un aviso dado por el sistema de localización LOJACK el que indicaba que el rodado de mención se encontraba en el interior de un taller mecánico de razón social D.T.S., sito en dicho domicilio, constatando encontrarse el rodado en el interior del mismo en momento en que era desarmado por G[iovarrusci] B[onacorci]» (conforme surge de los considerandos de la sentencia impugnada).

En lo que aquí interesa, debe señalarse que durante la audiencia celebrada el 9 de agosto de 2022, la jueza preguntó al acusado si había comprendido lo que sucedió en ella, si había comprendido en qué consiste el juicio abreviado final cuya homologación se solicitaba en ese momento, si reconocía la existencia de los hechos tal cual habían sido leídos por el Ministerio Público Fiscal y si estaba de acuerdo con la pena pactada. El acusado respondió afirmativamente a cada pregunta que se le formuló (constancias audiovisuales, minuto 12:43/13:50).

Luego, la jueza interviniente expresó que era admisible el acuerdo de juicio abreviado final, en tanto «se dan todos los requisitos para la procedibilidad del mismo, conforme el art. 418 y cc del CPP.

Se trata de un acuerdo de partes, el encartado ha reconocido lisa y llanamente, sin reservas, la existencia del hecho como así también su responsabilidad penal en el mismo, ha aceptado la calificación jurídica endilgada como así también la pena pactada y el Ministerio Público Fiscal ha prestado su consentimiento. Como segunda cuestión, corresponde verificar a través del método de la sana crítica racional si se encuentra probado el hecho en todas sus circunstancias, de tiempo, modo y lugar, más allá del reconocimiento efectuado en audiencia y ante mí del señor Giovarrusci de los hechos que se le endilgan. Entiendo que la prueba recolectada por el Ministerio Público Fiscal da cuenta, no sólo de la existencia de los hechos, sino también de la participación del encartado, toda vez la causa que nos trae a juicio el día de la fecha tiene su origen en la compulsión de la denuncia efectuada en el marco de los autos 4817/21, donde se sustrajo un vehículo en la vía pública en el estacionamiento del supermercado Vea, acontecida la novedad y transmitida vía radial, logran identificar mediante el sistema de rastreo que ese vehículo, previamente sustraído, se encontraba en el domicilio de Mitre 960 de Las Heras.

Por lo tanto, personal policial -ello consta en las actas de procedimiento realizadas por personal policial al arribar al lugar encuentran efectivamente el vehículo y la presencia del encartado en el mismo lugar, como así también se encuentra corroborado que dicho vehículo se corresponde -a través del informe técnico de fs. 12/13- con el sustraído en el marco de los autos 4817/21[...]. «[E]s contundente la prueba y me permite a mí llegar al grado de certeza necesario respecto de la autoría por parte del encartado en el hecho que se le endilga, esto es calificado como encubrimiento simple, penado por el art. 277, inc. 1, apartado c) del CP en cuanto calificación que entiendo que se subsume en el relato de los hechos en toda su descripción, tanto objetiva como subjetiva.

En cuanto a la pena aplicable, conforme los **arts. 40 y 41**, más que justificada, entiendo que se encuentra proporcionada la pena elegida conforme la plataforma fáctica, teniendo en consideración, sobre todo, la colaboración que ha prestado el señor Giovarrusci en todo el proceso judicial en el cual ha transitado, aún sabiendo que la misma pena iba a ser de modalidad efectiva, el tipo de delito, la escasa, nada de violencia ejercida durante el hecho y, básicamente, entiendo que debe valorarse fundamentalmente la colaboración prestada.

No es común observar esta circunstancia a la luz de una posible sentencia condenatoria y, máxime, en efectivo.

Entiendo, como dije anteriormente, que es proporcionada a la culpabilidad y a la dimensión del injusto que se le endilga, entiendo que el alejamiento del mínimo en dos meses nada más obedece, como bien fundó el Ministerio Público Fiscal, a la existencia de condenas anteriores del encartado y la modalidad del hecho» (constancias audiovisuales, minuto 14:20/18:50).

2.- El recurso de casación de la defensa de Diego Adrián Giovarrusci Bonacorci

La defensa promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 474, incs. 1 y 2 del CPP. Concretamente, la defensa del acusado considera que no se ha observado en la valoración probatoria las disposiciones de los arts. 206 y 416, inc. 4 del CPP, lo que condujo indebidamente a tener por acreditado el hecho.

Se agravia de una ausencia de motivación suficiente y de arbitrariedad en el fallo que cuestiona.

Asimismo, considera que debe revocarse la resolución impugnada en miras de respetar el principio de unidad probatoria, puesto que a partir de las pruebas incorporadas al proceso no se ha logrado acreditar con el grado de certeza la participación punible de su defendido en el hecho investigado.

Sostiene que el análisis probatorio no ha respetado las reglas de la sana crítica, lo que torna arbitrarios los fundamentos del fallo condenatorio.

De tal manera, entiende que la resolución atacada lesiona la garantía constitucional del debido proceso y el principio de inocencia, en tanto no hizo una valoración completa e integral del todo el caudal probatorio, del cual se deriva que su defendido no es penalmente responsable del delito que se le endilga. En función de ello, solicita se case la sentencia impugnada.

Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General expresa que corresponde rechazar sustancialmente el recurso de casación bajo estudio, por entender que, por un lado, la recurrente no demuestra en su presentación en qué basa sus alocuciones, cuáles son los fundamentos de su exposición ni cuál sería el defecto concreto que ahora achaca a la sentencia, máxima cuando intervino en la celebración del juicio abreviado.

Por otro, considera que se ha cumplido acabadamente con el procedimiento previsto en el CPP para el juicio abreviado y que la sentencia impugnada ha sido suficientemente fundada por la jueza de instancia previa.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante

Por diversas razones estimo que corresponde rechazar el recurso de casación deducido por la defensa de Diego Adrián Giovarrusci Bonacorci, en tanto no se advierte en la resolución cuestionada falencias que habiliten su revocación. Paso a explicarlo.

Tal como surge del escrito recursivo, la defensa centra su planteo en el cuestionamiento de la valoración probatoria efectuada en autos.

No obstante, considero que las críticas defensivas resultan contradictorias con el acuerdo de juicio abreviado final que fuera solicitado por esa parte, con la conformidad de su representado, en forma conjunta con el representante del Ministerio Público Fiscal, y que fuera homologado por la jueza del Juzgado Penal Colegiado, dictando la sentencia que aquí se impugna.

En efecto, conforme surge de las constancias audiovisuales en las que quedó registrada la audiencia pertinente, el acusado reconoció los hechos investigados, su participación en el mismo y el monto de pena pactado por su defensa y el órgano acusador.

Ello surge de las respuestas que Giovarrusci Bonacorci brindó a cada una de las preguntas que la jueza de sentencia le formuló, de acuerdo a los registros audiovisuales de la audiencia referida (minuto 12:43/13:50).

Sin perjuicio de la **aceptación de los hechos expresada por el acusado**, su responsabilidad penal surge de manera **evidente de la prueba colectada** en el proceso y descripta no sólo por el representante del Ministerio Público Fiscal, al presentar el caso, sino también por la jueza de la instancia previa, al justificar en la pruebas obrantes en la causa, y más allá del reconocimiento de culpabilidad del acusado, la acreditación del hecho y autoría de Giovarrusci Bonacorci.

En efecto, en la fundamentación que aquí se cuestiona se tuvo en cuenta: la denuncia que dio origen a los autos n° P-4817/21, según la cual se había sustraído de la playa de estacionamiento del supermercado Vea el automóvil que fue individualizado en la acusación; la comunicación del evento a personal policial; la localización del rodado mediante el sistema de rastreo satelital en el domicilio del acusado; y, finalmente, el desplazamiento de los funcionarios de policía hacia ese domicilio en el que, efectivamente,

fue hallado el automóvil previamente sustraído mientras era desarmado por quien hoy resulta condenado.

Como se advierte, de las constancias audiovisuales consignadas en párrafos anteriores, todos esos elementos de cargo fueron valorados por la sentenciante, quien en virtud de su contundencia tuvo por acreditados el hecho y la responsabilidad penal del acusado, sin que se adviertan, ni fuera invocado por la defensa técnica o el propio Giovarrusci Bonacorci, **ningún elemento de prueba que controvirtiera aquella prueba colectada durante la pertinente investigación.**

Asimismo, corresponde destacar que la asesora letrada del acusado estuvo de acuerdo con la totalidad de las expresiones vertidas por el órgano acusador en cuanto a los extremos de la acusación, por lo que no se resultan atendibles sus cuestionamientos respecto de la acreditación del hecho.

En ese sentido, expresó «esta defensa se adhiere completamente a cada una de las valoraciones que ha esgrimido el Ministerio Público Fiscal [...] atendiendo no sólo al delito, la calificación legal, sino también a las constancias de autos a las que se ha referido el señor fiscal», conforme surge de las constancias audiovisuales (minuto 11:10/11:38), Resta señalar que la fundamentación del fallo recurrido resulta completa y suficiente para el dictado de una sentencia válida, toda vez que se observan los recaudos del art. 411 del CPP y de ella se pueden apreciar con claridad los motivos por los cuales fue condenado el acusado, como también las razones que justifican el monto de pena impuesto.

En definitiva, al no corroborarse en esta instancia los vicios atribuidos por la defensa a la sentencia dictada por el tribunal de la instancia anterior, corresponde su mantenimiento como acto jurisdiccional válido.

Ello, a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido que tales defectos, para conllevar a su revocación, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros), lo que no se verifica en los presentes obrados. En virtud de esas consideraciones, entiendo que corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión propuesta. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto Dr. Valerio. Adhiere. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, POR SU VOTO, DIJO: Si bien coincido con la solución y los argumentos vertidos por mi colega preopinante, resulta oportuno señalar algunas circunstancias que no pasan inadvertidas y que hacen al ejercicio de la actividad defensiva.

Tal como se surge de las constancias de la causa y se consignó en el voto precedente, tanto el representante del Ministerio Público Fiscal como el acusado, y su defensa, estuvieron de acuerdo en todos los extremos del acuerdo de juicio abreviado solicitado, particularmente en lo relativo a la materialidad del hecho y la autoría del acusado.

Esa circunstancia, sumada a la **notoria improcedencia de los agravios casatorios** y a que se encuentra próximo el cumplimiento de la pena impuesta, revelan que la pretensión recursiva no tiene otra finalidad que asegurar que la ejecución de la pena pactada y finalmente impuesta a Giovarrusci Bonacorci **transcurriera bajo la modalidad de prisión domiciliaria** bajo la que se cumple la prisión preventiva y respecto de la cual se ordenó –en el fallo que aquí se impugna– su mantenimiento hasta que adquiriera firmeza la sentencia condenatoria.

Esa conducta no puede ser soslayada por este Tribunal, teniendo en cuenta el dispendio jurisdiccional provocado, que se ha desplegado un comportamiento idéntico en **autos «Montero Arancibia»** –aún

cuando fue llevado a cabo por otro letrado— y que la finalidad buscada con la actividad recursiva podría haberse canalizado mediante la vía procesal idónea ante el juez de ejecución.

Ello, no se condice con la obligación de los profesionales del derecho de observar una conducta ajustada a los principios de lealtad, probidad y buena fe (**art. 25 de la ley 4.976 de Ejercicio de la Abogacía y la Procuración**), lo que sugiero tenga presente la abogada defensora. En función de lo expuesto, considero que corresponde contestar de manera negativa a la primera cuestión planteada. **ASÍ VOTO.**

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. **ASÍ VOTO.**

Sobre la misma cuestión, los **DRES. MARIO D. ADARO Y JOSÉ V. VALERIO** adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. **ASÍ VOTO.**

Sobre la misma cuestión, los **DRES. MARIO D. ADARO Y JOSÉ V. VALERIO**, adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se **RESUELVE:**

- 1.- Rechazar el recurso de casación deducido por la defensa de Diego Adrián Giovarrusci Bonacorci y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 11.642, dictada por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de esta Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. **DR. MARIO D. ADARO** Ministro **DR. OMAR A. PALERMO** Ministro **DR. JOSÉ V. VALERIO** Ministro

5- CERSOSIMO, CAMARGO y ot.. 08-11-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	FP	-	-	-	-	-	A	-	-		-	-	N	414

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=969>

Lex: Art. 277 inc. 1 letra c del CP

Vox: Encubrimiento. SA es funcionaria pública. Autoencubrimiento.

Summa:

El **TPC** absolvió, por el beneficio de la duda (art. 2 CPP), a Verónica Nélide Camargo Guardia del delito de encubrimiento agravado por ser funcionaria pública (art. 277 inc. 3 letra “d” en función con el art. 279 inc. 3 del C.P.). SA era titular de la Sede de Licencias de Conducir de Lavalle.

EL **MPF** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP), esto es, por adolecer el razonamiento desplegado de vicios in iudicando y vicios in procedendo.

El **Procurador General** mantiene el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación, y, en consecuencia, anular el debate, la sentencia n° 4.895 y sus fundamentos en relación al punto III de la resolución cuestionada, remitiendo las presentes actuaciones al TPC correspondiente a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la realización del nuevo debate.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 4895, pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.

SCJM. Dres.: **Valerio.** Palermo. Adaro.

Fallo:

CUIJ: 13-04241024-6/1((010505-19605)) FC/ CERSOSIMO ERWIN, CAMARGO GUARDIA VERONICA Y LLORENS PEREZ ARNALDO " COMPULSA EN P-1816/15.."P/ INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES PROCESALES (19605) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104310952*

En Mendoza, a los ocho días del mes de noviembre del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04241024-6/1, caratulada "F. C/ CERSOSIMO, ERWIN Y OTS P/ ENCUBRIMIENTO AGRAVADO P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

El Fiscal titular de la Quinta Fiscalía de la Cámara del Crimen interpone recurso de casación (fs. 822/828 vta.) contra la sentencia N° 4.895 (f. 806 y vta.) y sus fundamentos, mediante la cual se **absolvió, por el beneficio de la duda (art. 2 CPP), a Verónica Nélica Camargo Guardia del delito de encubrimiento agravado por ser funcionaria pública (art. 277 inc. 3 letra "d" en función con el art. 279 inc. 3 del C.P.)** en la causa N° P-19.605/15.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

La entonces Quinta Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial, absolvió a Verónica Nélica Camargo Guardia del delito de encubrimiento agravado por ser funcionario público (art. 277 inc. 3 letra "d" en función con el art. 279 inc. 3 del CP) por el beneficio de la duda (art. 2 del CPP).

En el desarrollo de los fundamentos de la sentencia se explicita con mayor precisión la plataforma fáctica atribuida a la acusada, la que se consideró insuficientemente probada, y de la cual surgiría que «[e]l día 22 y 29 de enero de 2015, la Oficial Principal Verónica Nélica Camargo Guardia habría tomado parte en la ejecución de los hechos delictivos traídos a conocimiento, que se habrían perfeccionado en la División Licencias de Conducir, sede Lavalle, sito en calle San Martín n° 250, Villa Tulumaya, departamento de Lavalle, Mendoza. En efecto, como consecuencia de lo ordenado por Erwin Carlos Cersósimo, titular de la Dirección de Seguridad Vial, mediante Memorandum n° 15/15, en las fechas mencionadas, la incusa citó a la dependencia a Juan Correa Silvestre y a Wilvert Fuentes Ruíz. Los dos sujetos mencionados, se encuentran imputados en la causa n°P-910/15/18, caratulada «Fc/ Guardia, Edgardo César y otros», radicada en este Ministerio Fiscal, y en las que se le endilga la presunta comisión de hechos que constituirían prima facie el **delito de fraude a la administración pública en la modalidad de estafa** [...] La encartada Verónica Camargo, que en esa época (enero de 2015), era **la titular de la Sede de Licencias de Conducir de Lavalle**, procedió a labrar las DDJJ nro. 2574384 y 2578398, a los fines de que los trámites quedaran registrados en el sistema informático policial y procedió a retener las licencias de conducir emitidas y firmadas el 7/4/14 y el 19/3/14, por el Subcomisario Edgardo Guardia, ex jefe de la dependencia [...] Lejos de poner inmediatamente en conocimiento [del] Ministerio Fiscal que había secuestrado las licencias de conducir obtenidas dolosamente, la encartada las ocultó en el interior de su domicilio particular, a los fines precitados».

Para decidir en tal sentido, el magistrado entendió que no se pudo dilucidar –con el grado de certeza propio de una sentencia de condena– si la imputada Verónica Camargo cometió el injusto que se le atribuye o, si por el contrario, su conducta se debió a su voluntad de cumplir con el Memorandum 15/15, admitiendo en este caso un actuar negligente; o si, como lo sostiene el Ministerio Público Fiscal, intentó munirse y retener documentación que le podía ser de utilidad como «mercancía de cambio» frente a otros coimputados en la causa P-1.816/15, en donde Camargo se encuentra imputada junto a Guardia como coautora en la expedición de carnet de conducir otorgado en forma irregular en perjuicio del erario público.

2.- El recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal

El Fiscal titular de la entonces Quinta Fiscalía de la Cámara del Crimen interpone recurso extraordinario de casación contra la sentencia arriba individualizada en cuanto absuelve a la imputada Verónica Nélida Camargo Guardia del delito ut supra referido, ello conforme los incisos 1° y 2° del art. 474 CPP, esto es, por adolecer el razonamiento desplegado de vicios in iudicando y vicios in procedendo.

Entendió en este sentido, que el sentenciante claramente incurre en una **valoración errónea, incompleta o insuficiente de la prueba de cargo**, apreciación que se proyecta e influye directamente en la configuración de los requisitos objetivos y subjetivos de la figura típica adoptada toda vez que, en función de las reglas de la sana crítica racional, resulta evidente y palmaria la autoría y responsabilidad penal de la imputada Camargo en los sucesos objeto de discusión. Sostiene que compulsada de manera integral y analítica la sentencia cuestionada, se advierte que el sentenciante fragmentó su razonamiento en tres hipótesis confeccionadas al solo efecto de dilucidar los propósitos del comportamiento desplegado por Camargo.

La existencia de estas tres alternativas, a las que el sentenciante les otorgó una suerte de «pie de igualdad», es lo que fundamentó el estado de duda insuperable, que desembocó insoslayablemente en la absolución de la acusada. De esta manera, el recurrente cuestiona el razonamiento del juez sentenciante en cuanto sostuvo que: «[...]

Es dable advertir que en esta hipótesis Camargo no estaría actuando para encubrir a otras personas, sino para protegerse a sí misma. Lo que no podemos saber es cuál de esas dos hipótesis es la cierta, nunca sabremos si Camargo lo hizo en cumplimiento del memorándum 15/15 y por las razones que ella expresa en su defensa, o si lo hizo para encubrir y asimismo como moneda de cambio a los efectos de su propia defensa, o cual es la razón real por la que se llevó la documentación a su casa».

Alega el censurante que de acuerdo a los términos de la operación intelectual realizada, el juez de sentencia sostuvo como factor determinante de incriminación la intención o ulterior finalidad que perseguía Camargo al ejecutar la acción que se le incrimina, esto es, citar a los ciudadanos Correa y Fuentes Ruiz, retener las licencias apócrifas y conservarlas consigo en su domicilio, propósito que –según entendió el a quo– no fue posible especificar en el marco del grado de certeza positivo requerido por el actual estadio procesal.

En definitiva, concluye que el juez de la instancia anterior centró el aspecto subjetivo del tipo en la eventual intención de Camargo al proceder de la forma indicada, obviando de manera infundada la entidad jurídica y objetiva de la conducta endilgada.

Sostiene el quejoso que no existe la posibilidad de un autoencubrimiento de Camargo, por cuanto las licencias de conducir mal expedidas que se investigan en los autos n° P55.441/14 y luego en los autos P-910/15, fueron otorgadas por el Comisario P.P. Edgardo Guardia en sede de licencias Lavalle en marzo y abril de 2014, cuando Camargo prestaba funciones en sede Sipemon, y ningún elemento de esta causa o

causa conexas pedida AEV permite sospechar que Camargo haya tenido algún tipo de intervención. Agrega que las declaraciones testimoniales obrantes en dichos autos y las del expediente n° P-910/15, demuestran que Camargo Guardia transformó su rol a partir de allí, para ser una agente de la fuerza señaladora de su antecesor en Lavalle.

Por ello, concluye que la tesis sostenida por el magistrado sobre un posible **autoencubrimiento** y la necesidad de que Fiscalía elevara a juicio todas las causas en un mismo momento y acumuladas para fundar su duda, debe ser rápidamente descartada. Por otra parte, sostiene el recurrente que, de acuerdo a los hechos probados, tampoco puede sostenerse con rigor y basamento que su conducta fue dada en cumplimiento formal de la orden jerárquica, esto es el Memorandum 15/15. Entiende que si ello fuera así, su conducta debió ser más parecida a la de su colega coimputado en la causa, Comisario Arnaldo Llorens, respecto del cual no efectuó acusación al momento de los alegatos, por cuanto el Memorandum le mandaba citar y reevaluar los casos virtuales, que ella ya sabía perfectamente cuáles eran a enero de 2015.

En este entendimiento, quedó probado por la prueba instrumental incorporada al debate que la imputada Guardia ingresó las nuevas declaraciones juradas de estas personas –las que no se encontraban registradas en el sistema, según informó en noviembre de 2014– las corrigió y conservó en su poder en original, resultando ambos particulares desaprobados.

Entiende que lo analizado, conforma un cuadro cargoso sobre el trámite anterior a la incorporación de Camargo en la dependencia de Lavalle, cuando dos particulares obtuvieron licencias de conducir en forma fraudulenta y sin que quedaran registrados en el sistema, las que fueron otorgadas por Guardia.

Agrega que la irregularidad en la obtención de las licencias fue reconocida por sus beneficiarios, quienes declararon que pagaron a cambio de la obtención de las licencias.

Señala que quedó probado durante el proceso, que Camargo no dio cumplimiento a lo que indicaba el Memorandum 15/15, pues conociendo la irregularidad no informó por escrito, ni a la superioridad – Jefatura de Seguridad Vial– ni a otra dependencia de corresponder delito.

En este sentido, sostiene que del informe de fs. 111 de autos, signado por Oscar Homola, se desprende que cotejados todos los archivos sobre el cumplimiento del Memorandum 15/15 en el Ministerio de Seguridad, Dirección Vial, no hay un solo informe de la imputada al día 23 de febrero de 2016. En definitiva, propicia que esta segunda tesis dada por el sentenciante para justificar la duda, debe ser rechazada.

Afirma que no hay forma seria de sostener que lo que hizo Camargo fue en el cabal cumplimiento de la orden superior.

Agrega que está absolutamente claro que una orden administrativa no puede ordenar infringir la ley. Refiere que, al igual que Llorens, no informó a la autoridad lo acontecido, pero a diferencia de este último, en vez de dejar esta documentación de 36 fojas en algún depósito policial (sede Lavalle como ella misma lo había declarado en contra de Guardia en su declaración del 8/1/15, o en sede Central donde –tal como lo explicó Homola–, todas las dependencias remitían documentación) se lo llevó a su casa, y lo tuvo allí desde enero de 2015 hasta el 15 de setiembre del mismo año, logrando la Fiscalía el secuestro de la documentación en oportunidad de realizarse un allanamiento en su domicilio en el marco de otra causa. Por otro lado, el recurrente se agravia en relación a los fundamentos dados por el juez de sentencia para justificar el «resguardo» de la documentación que Camargo hizo en su domicilio.

Critica que el sentenciante haya justificado la conducta asumida por Camargo, en la declaración testimonial del Comisario Inspector Carlos Avila, quien asegura que un policía como jefe de un sector

puede llevarse a su casa documentación para hacer un control y evaluarla en su domicilio, y que si la fiscalía no le pide la documentación, se podía elevar al final por complementaria.

Cuestiona que el sentenciante le otorgó plena credibilidad a las explicaciones dadas por Camargo, en tanto sostuvo que los tenía en su casa para preservarlos porque no tenía lugar donde guardarlos, ya que Lavalle había cerrado y en Maipú no había un lugar seguro para ello. Advierte que el juez de sentencia sólo consideró que **la imputada obro sin la debida diligencia.**

Alega que de la misma declaración del Comisario Avila se desprende que el testigo también afirmó que si tomaba conocimiento de un hecho delictivo en ejercicio de sus funciones lo informaba de inmediato a la Fiscalía, y que si se llevaba alguna documentación lo hacía por el día.

En el mismo sentido, declararon los oficiales Spadaro y Bustamante, a cargo de la comisión que hizo el allanamiento en la casa de Camargo. En definitiva, concluye que los tres efectivos sostuvieron que no retendrían documentación original en su domicilio y menos por tanto tiempo, eventualmente alguna copia para trabajar por el día.

Concluye que quedó acreditado que Camargo retuvo en su domicilio durante nueve meses documentación original y en copias, entre ellas las licencias de conducir concedidas en forma fraudulenta por Guardia, las declaraciones juradas originales de los particulares y sus exámenes desaprobados.

Destaca también en relación a la documentación, que se trata de poco más de 30 fojas, de modo que **parece «infantil» sostener que no había lugar para guardarlas en Lavalle o en Maipú, tal como lo argumenta el magistrado.**

Alega en este sentido, que parece irrisorio sostener que Camargo enviaría toda la documentación por complementaria cuando estuviera toda reunida –la de los otros casos virtuales que se le había requerido– por cuanto, como la propia Camargo lo reconoció, se trataban todos los casos de obreros golondrinas que habían estado circunstancialmente en Lavalle.

Concluye el recurrente en que, en estricta vinculación con ello, e independientemente de cuál fue el propósito último de Camargo, lo cierto y fehacientemente probado es que a la Oficial Camargo le constaba plenamente el ilícito perpetrado por Guardia, sabía que las licencias apócrifas que llegaron a sus manos por intermedio de Correa y Fuentes Ruíz configuraban elementos probatorios de cargo de carácter objetivo, y de vital importancia para la causa desarrollada por la Fiscalía de Instrucción y, aun así las retuvo, generando con ello un gravamen irreparable para la administración de justicia; ello sin perjuicio que la instrucción de los autos P-910/15 ya había sido iniciada.

En virtud de lo expuesto, impetra se case la sentencia objeto de impugnación y se pronuncie por la condena de Verónica Nélide Camargo Guardia por el delito de encubrimiento agravado por ser el sujeto activo funcionario público en forma reiterada (dos hechos en concurso real) ilícito previsto y sancionado por el art. 277 inc. 3°, letra d en función con el inc. 1°, letras b y d del mismo artículo, 279 y 55 del CP. En su defecto, y por los vicios señalados, anule la sentencia y el juicio, y ordene el reenvío de la causa al subrogante legal.

3.- El dictamen del señor Procurador General:

El señor Procurador General mantiene el recurso de casación interpuesto, remitiéndose a los argumentos vertidos a fs. 822/828 por el recurrente.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Puestos en consideración los motivos de agravio expresados por el representante del Ministerio Público Fiscal, considero que el recurso de casación articulado debe ser acogido en esta instancia, ello a tenor de los argumentos que serán expuestos seguidamente.

Adelanto que, conforme los argumentos que a continuación se formulan, estimo que la sentencia impugnada presenta los vicios formales que fueran denunciados por el órgano acusador en su escrito casatorio.

Ello por cuanto, según entiendo, el tribunal a quo ha incurrido en una serie de falencias que deslegitiman el pronunciamiento absolutorio, a tenor de las previsiones contenidas en el art. 416, inc. 4° del C.P.P.

De este modo, se desprende de la sentencia cuestionada que el magistrado interviniente consideró que los hechos objeto del proceso no habían sido acreditados con el grado de convicción que requiere una sentencia condenatoria y, en consecuencia, aplicó el **principio in dubio pro reo**.

Sin embargo, como explicaré en lo sucesivo, a esta conclusión no subyace un correcto análisis de las constancias de la causa, en particular, las pruebas que dan sustento al elemento subjetivo del tipo penal endilgado, en torno al cual el a quo construyó principalmente su duda.

Esta circunstancia, a mi entender, conduce necesariamente a la anulación de la resolución cuestionada. Paso a explicarlo.

Así, del repaso del análisis expuesto en los fundamentos del fallo atacado surge con claridad que, para el órgano juzgador, la prueba obrante en la causa no permitía tener por probado la verdadera intención de Camargo al realizar la conducta descrita en los hechos objeto del proceso, extremo sobre el que estimó que primaba una duda razonable al existir tres hipótesis posibles sobre la intención que tuvo Camargo al ocultar la documentación y no informar a las autoridades.

Para ello, descartó el peso probatorio de los principales elementos de cargo que dan sustento al elemento subjetivo del tipo penal bajo análisis, al afirmar que «[...] no se ha logrado llegar con grado de certeza que requiere una sentencia condenatoria para dilucidar si efectivamente la coimputada Camargo cometió o no el delito de encubrimiento agravado o si por el contrario se debió a su voluntad de dar cumplimiento al memorandum15/15, o si aprovechándose de ese memorándum como también lo ha sostenido el Sr. Fiscal de Cámara, munirse y retener documentación que le podía ser de utilidad como “mercancía de cambio” frente a otros coimputados en la causa P-1.816/15, en las que ella también se la investiga como autora o coautora en la expedición de carnet de conducir otorgado en forma irregular en perjuicio del erario público» (fundamentos de fs. 816 vta.).

Así, y luego de exponer la hipótesis acusatoria, en donde el titular del Ministerio Público Fiscal entendió que Camargo había incurrido en el delito de encubrimiento agravado por ser funcionaria pública, tanto en su modalidad omisiva –por no haber denunciado los hechos que había tomado conocimiento en virtud de su función–, y en su modalidad comisiva –por haber mantenido en su poder elementos de prueba–, el juzgador centro su discurso argumentativo en intentar demostrar la existencia de las referidas hipótesis sobre las distintas intenciones que pudo tener Camargo y que –a su entender– ninguna quedó suficientemente probada. En este orden de ideas, el juzgador inició su razonamiento analizando el aspecto temporal de la omisión de denuncia por parte de Camargo.

En este sentido, criticó la postura del Fiscal en tanto utilizó en forma análoga las previsiones en materia de secuestros previstos en nuestro ordenamiento adjetivo, donde se dispone la inmediata entrega al magistrado de los elementos secuestrados.

Entendió el sentenciante que no se puede utilizar analógicamente in malam parte las disposiciones del Código Procesal Penal, las que están dirigidas a actuaciones en donde la policía actúa como auxiliar de la justicia en el marco de un proceso penal, con el deber que tiene todo funcionario público de denunciar hechos ilícitos conocidos en oportunidad de ejercer su función.

El sentenciante interpretó que Camargo, a raíz del Memorandum 15/15, inicio una actividad administrativa tendiente a investigar la regularidad o no en la confección de las licencias de conducir.

Sostuvo que, si bien en este caso no existe un plazo para denunciar, entendió que la omisión de Camargo de denunciar a las autoridades los hechos de los cuales había tomado conocimiento, se encontraba justificada. Para fundar tal postura, le otorgó plena credibilidad a lo manifestado por Camargo, en tanto ésta sostuvo que esperaba concluir con las actuaciones sumariales para luego remitirlas todas juntas.

El sentenciante destacó que el Ministerio Público Fiscal ya estaba investigando la posible comisión de estos hechos delictivos, por lo que la conducta asumida por Camargo de modo alguno podía impedir al Fiscal tomar conocimiento sobre estos ilícitos.

Señaló también el juez de la instancia anterior que Camargo se encuentra imputada en la causa P-1.816/15 como autora de irregularidades en la confección de licencias de conducir junto a otros coimputados, entre ellos Guardia, razón por la cual no se le puede exigir que mediante un testimonio en la presente causa incrimine a sus coimputados en aquella causa, como así tampoco se le puede requerir el aporte de documentación que pueda involucrar a ella o a sus coimputados.

Entendió el sentenciante que la lógica indica que debió la representante del Ministerio Público Fiscal elevar todas las causas juntas a fin de ser juzgadas por un mismo tribunal, en donde se podría haber determinado, incluso, si los coimputados en las distintas causas actuaron en el marco de una asociación ilícita.

En relación a la modalidad comisiva del delito que se le endilga a Camargo, y con el fin de desvirtuar la postura sostenida por el Fiscal –en tanto entendió acreditada la intención de Camargo de ocultar la documentación–, el sentenciante consideró que el testimonio brindado por el Comisario Inspector P.P. Carlos Avila le otorgaba plena credibilidad a la versión de los hechos brindada por Camargo en oportunidad de ejercer su defensa material.

En tal sentido, el a quo destacó que el testigo sostuvo que un policía jefe de un sector puede llevarse a su casa documentación para hacer un control y evaluarla en su domicilio, y que si la Fiscalía no le pedía la documentación, la podía elevar al final por complementaria.

También el sentenciante consideró la posibilidad de que Camargo haya obrado en virtud del deber que tenía de cumplir con el Memorandum 15/15 aunque, admitió, que no lo hizo con la necesaria diligencia. Meritó también como posibilidad –dando crédito a lo declarado por Camargo– que la demora en terminar el cometido ordenado por el Memorandum, se debió a que cerraron la oficina de Lavalle y que en Maipú no tenían cómo asegurar esa documentación.

En relación a la postura del Fiscal, en tanto entendió como posible que Camargo haya guardado la documentación como «mercancía de cambio», el juez de sentencia consideró que del allanamiento realizado en el domicilio de la imputada Camargo, no surgía que la mentada documentación estuviera escondida en alguna parte de la casa, tal como se desprende del acta de allanamiento.

En esta misma dirección, el sentenciante avaló los argumentos esgrimidos por la defensa en su alegato, en tanto sostuvo que si su asistida hubiera querido ocultar la prueba tenía todo el tiempo para haberla destruido pero, por el contrario, la imputada nunca ocultó que estaba realizando tareas tendientes a dar

cumplimiento al Memorandum. No obstante, tales consideraciones, entiendo que los agravios propuestos por el representante fiscal al efectuar su reclamo casatorio deben prosperar.

En este sentido, estimo que los distintos argumentos sostenidos por el sentenciante a lo largo del desarrollado de sus fundamentos, amén de constituir meras conjeturas sin sustento probatorio en los antecedentes de la causa, exceden el objeto procesal al cual el órgano juzgador debió ceñirse, en cuanto al hecho que conforma la hipótesis acusatoria y el tipo penal seleccionado por el titular de la acción pública.

En este entendimiento el sentenciante debió centrar su análisis en establecer si –en base a los elementos de juicio incorporados al debate– se podía llegar al conocimiento necesario para considerar en grado de certeza, que la imputada Camargo tenía efectivo conocimiento de los elementos constitutivos del tipo penal endilgado y su voluntad de ejecutarlos, vulnerando, de esta manera, el bien jurídico protegido: la administración de justicia.

Ello, sin intentar escudriñar las eventuales intenciones que pudo tener la imputada Camargo al perpetrar los hechos objeto del proceso, las que no son constitutivas del tipo penal seleccionado por el acusador público.

En este sentido, y tal como adelantara, el juez de la instancia anterior soslayó el peso probatorio de los principales elementos de cargo que debió ponderar para acreditar los extremos de la imputación.

En este entendimiento, y en cuanto a la hipótesis de un posible auto encubrimiento de Camargo, en razón de estar imputada en otras causas por expedir en forma irregular licencias de conducir en otras sedes, entiendo que las razones brindadas por el sentenciante no resultan coherentes con el sistema de la sana crítica racional, toda vez que se presentan como meras especulaciones sin soporte probatorio objetivo en la presente causa.

Dicho de otro modo, y tal como lo destaca el recurrente, los elementos de juicio incorporados en las causas conexas pedidas AEV no permiten sospechar o inferir que la imputada haya tenido algún tipo de intervención en la confección fraudulenta de la documentación objeto de encubrimiento en la presente causa.

En cuanto a **la modalidad omisiva**, el magistrado omitió considerar que del informe signado por Oscar Homola, se desprende que la encartada no dio cumplimiento a lo que indicaba el Memorandum 15/15, toda vez que no informó sobre la irregularidad advertida ni a su superior, la Jefatura de Seguridad Vial, ni a la Fiscalía, en donde se investigaba la presunta comisión del delito de fraude a la administración pública en la modalidad de estafa, y en donde se encontraban imputados –amén del Oficial Guardia– los ciudadanos Correa y Fuentes Ruíz, a los que citó y respecto de los cuales advirtió la irregularidad en la obtención de las licencias de conducir. En relación al testimonio del Comisario Carlos Avila, en base al cual el sentenciante entendió corroborada la versión de la imputada Camargo, en cuanto sostuvo que era costumbre que los jefes de dependencias se llevaran a su casa documentación para su estudio.

Se desprende de la lectura de la referida testimonial, que el **sentenciante analizó en forma sesgada y parcial dicho elemento de juicio**, en tanto el testigo aclaró que la documentación la llevaba a su casa por un día y máxime tratándose de originales.

Tampoco meritó, que los Oficiales Spadaro y Bustamante, a cargo de la comisión que realizó el allanamiento en la casa de Camargo, declararon en el mismo sentido.

Por otra parte, al argumentar el juez de sentencia que el plazo para la entrega de la documentación debe ser el razonable de acuerdo al caso, no meritó en función de esta premisa, el hecho acreditado y no controvertido de que la encartada mantuvo la documentación en su domicilio por el termino de nueve

meses, y que la Fiscalía recién tomó conocimiento de dicha documentación a raíz de un allanamiento en el domicilio de la imputada en el marco de la causa N° 1.816/15 donde Camargo se encuentra imputada por presuntamente expedir en forma fraudulenta licencias de conducir.

Por otra parte, las explicaciones brindadas por la encartada en tanto enviaría la documentación cuando la tuviera toda reunida –versión a la que el sentenciante le otorgó plena credibilidad sin dar mayores fundamentos– se contradice con lo manifestado por la propia Camargo en tanto afirmó que los otros casos se trataban de trabajadores golondrinas.

Por otro lado, la hipótesis ponderada por el sentenciante de que Camargo quiso retener la documentación como «mercancía de cambio» –tal como lo destaca el recurrente–, si bien pudo constituir un posible propósito de Camargo, ello constituiría un fin que no tiene relevancia en orden a acreditar los extremos de la imputación.

En suma, entiendo que la ponderación que el sentenciante efectuó de los elementos de prueba incorporados no resultó la adecuada en función del objeto procesal bajo estudio.

Ello, toda vez que las hipótesis analizadas por el juez de la instancia anterior en cuanto a las distintas intenciones que pudo tener Camargo al perpetrar los hechos, no ostentan la entidad y la decisividad para sustentar razonablemente un margen de duda, en tanto no son constitutivas del elemento subjetivo del tipo penal endilgado a la imputada en las presentes actuaciones.

En virtud de ello, entiendo que lo analizado pone de manifiesto la existencia de vicios en la fundamentación de la sentencia impugnada, derivados de la inobservancia de lo dispuesto por el **art. 416 inc. 4° del C.P.P.** Ley 6730, circunstancias que acarrearán la declaración de nulidad del punto III del fallo aludido, en cuanto dispone absolver a Verónica Nélide Camargo Guardia del delito de encubrimiento agravado por ser funcionario público (art. 277 inc. 3 letra “d” en función con el art. 279 inc. 3 del C.P.) por el beneficio de la duda (art. 2 del C.P.P.), en la causa N° P- 19.605/15 .

Por las razones y opinión concordante del Procurador General, doy respuesta afirmativa a la primera cuestión propuesta en el acuerdo que lidero. **ASÍ VOTO.**

Voto Dr. Valerio y Dr. Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren, por sus fundamentos, al voto que precede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso formulado en autos, y anular la sentencia n° 4.895 y sus fundamentos sólo en relación al punto III, y remitir las actuaciones al Tribunal Penal Colegiado correspondiente a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la realización del nuevo debate. **ASÍ VOTO.**

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO, adhieren al voto que precede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, **RESUELVE:**

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 822/828 por el Fiscal titular de la Quinta Fiscalía de Cámara del Crimen y, en consecuencia, anular el debate, la sentencia n° 4.895 y sus fundamentos en relación al punto III de la resolución cuestionada.
- 2.- Remitir, en función del resolutivo anterior, las presentes actuaciones al Tribunal Penal Colegiado correspondiente a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la realización del nuevo debate.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

6- PARRAGUEZ. 29-11-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	-	-	-	PCE	-	-	A	-	-	UP	-	-	-	474 418

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=969>

Lex: Art. 277 inc. 1 letra c del CP. Art. 259, 418 del CPP.

Vox: Encubrimiento. JAI cuestionado. Pena de cumplimiento efectivo. Modalidad domiciliaria. Correcta explicación por la judicatura.

Summa:

El JPC condenó al nombrado, mediante el procedimiento de juicio abreviado, a la pena de **seis meses de prisión en efectivo** por considerarlo autor penalmente responsable del delito encubrimiento simple en la presente causa. Esa pena resultó unificada con la pena de tres años de prisión en efectivo recaída mediante sentencia n° 2.786 (05-06-19) a la pena **única de tres años de prisión en efectivo** y se revocó la libertad condicional que se encontraba gozando.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 2 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa, y, en consecuencia, revocar la sentencia N° 10.279 y sus fundamentos dictada por el Juzgado Penal Colegiado N° 1, remitiendo las presentes actuaciones al JPC correspondiente, a fin que la OGAP siga el trámite de ley, y se emita un nuevo pronunciamiento.

Finalmente, para fecha 12-12-22, el JPC homologó un nuevo pacto, imponiendo la pena de 10 meses y 20 días de prisión, cuyo cómputo de pena fue suscripto el día 22-02-23.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 10279, pronunciada por el JPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Montero Arancibia. 27-07-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=874>
- «Vicino».
- «López Pros»: 28-12-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=471>

Precedentes relacionados.

- Olguín Herrera. 25-03-22. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=767>
- Giovarrusci Bonacorci. 12-08-22 <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=887>
- Lobato Barroso y ot.. 19-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=869>
- Maldonado José Luis. 19-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=885>

SCJM. Dres.: **Valerio.** Palermo. Adaro.

Fallo:

CUIJ: 13-06848579-1/1((018501-12139)) F C/ PARRAGUEZ NAHUEL ALAN P/ ENCUBRIMIENTO SIMPLE (12139) (12139/22) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106099209*

En Mendoza, a los veintinueve días del mes de noviembre del año veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-06848579-1/1 caratulada “F. C/PARRAGUEZ, NAHUEL ALAN P/ENCUBRIMIENTO SIMPLE P/REC. EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, el DR. JOSÉ V. VALERIO; segundo, el DR. OMAR A. PALERMO y tercero, el DR. MARIO D. ADARO.

A fs. 1 obra constancia digital del recurso extraordinario de casación interpuesto por la defensa del acusado contra la sentencia n° 10.279 del Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial y sus fundamentos (obrantes en soporte digital) por la que se condenó a Nahuel Alan Parraguez, mediante el procedimiento de juicio abreviado, a la pena de seis meses de prisión en efectivo por considerarlo autor penalmente responsable del delito encubrimiento simple en la causa P-12.139/22.

Esa pena resultó unificada con la pena de tres años de prisión en efectivo recaída en autos N° P-711.055/19 mediante sentencia n° 2.786 del 05/06/2019 a la pena única de tres años de prisión en efectivo y se revocó la libertad condicional que se encontraba gozando.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

I.- La resolución recurrida

El juez de la instancia previa consideró acreditada la materialidad del hecho objeto de la acusación, esto es que, «[...] entre el 30 de abril de 2017 y el 2 de febrero de 2022 [el acusado] recibió una moto marca Zanella [cuyo motor pertenece a otra moto] con pedido de secuestro y denunciada como sustraída para el 2 de mayo de 2017 en autos P-36796/17 [...]. El 2 de febrero de 2022 siendo aproximadamente las 18:50 horas [...] personal policial, en ocasión de estar realizando patrullajes de rutina, observaron en calle Alem y Federico Moreno [...] a personal de tránsito municipal que venían en persecución de una moto [...] conducida por Parraguez, que se había dado a la fuga de un control vehicular. Al momento de pedir medidas pendientes al CEO, informaron que el motor tenía un pedido de secuestro [por lo que fue aprehendido el acusado]».

Al respecto, la jueza admitió el acuerdo de juicio abreviado final propuesto por las partes, en el marco de la audiencia de debate celebrada en la causa (arts. 418 a 420 del CPP).

Así, tras verificar que el acusado consentía la aplicación del procedimiento, y reconocía la existencia de los hechos y la responsabilidad por los mismos, así como la calificación jurídica y la sanción pactada, la jueza de la instancia previa consideró justa y equitativa la pena **de seis meses de prisión en efectivo**.

Asimismo, en tanto que el acusado gozaba del beneficio de la **libertad condicional** en el marco de ejecución una pena impuesta por la comisión de un delito anterior en autos n° P711.055/19, unificó ambas sanciones e impuso la pena única pactada de **tres años de prisión de ejecución efectiva**. Además, dispuso la revocación de la libertad condicional que gozaba (ver sentencia en soporte digital).

II.- El recurso de casación de la defensa

La defensa de Nahuel Alan Parraguez interpone recurso de casación en virtud de lo dispuesto en el art. 474, inc. 2 del CPP.

Efectúa inicialmente un detalle de los antecedentes de la causa del que surge, en lo que aquí interesa, que el acusado **accedió a prisión preventiva domiciliaria** el 3 de marzo de 2022 y que el acuerdo comprendía la asunción de responsabilidad por el delito de encubrimiento, la pena de seis meses de prisión, la revocación de la libertad condicional y una pena única compositiva de tres años en efectivo. Aduce que la jueza, luego de admitir el acuerdo, **omitió fundar el aspecto vinculado al cumplimiento de la pena en la modalidad domiciliaria**, recibiendo luego esa parte una planilla de audiencia de donde surge que dicha modalidad se mantenía **hasta que la sentencia adquiriera firmeza**.

Transcribe luego el resolutivo de la sentencia y hace lo propio respecto de la planilla de control de audiencia.

Seguidamente, analiza el desarrollo de la audiencia para indicar que, no obstante la omisión de la fiscal, fue la defensa quien articuló la **no renuncia de los plazos y el cumplimiento de la pena bajo la modalidad domiciliaria**, sin objeción del Ministerio Público Fiscal.

Añade que la jueza preguntó respecto de la regularidad de cumplimiento de la prisión domiciliaria con resultado positivo de la fiscal.

Invoca el precedente de este **tribunal en «Vicino»**, para sostener que la jueza no podía imponer una pena mayor a la convenida, ni modificar el acuerdo, debiendo avisar a las partes si no compartía dicho criterio. Entiende por ello vulnerado el derecho de su asistido para quien la modalidad de cumplimiento fue determinante para la aceptación del acuerdo.

Como segundo agravio introduce **carencia de fundamentación de la resolución atacada** –art. 155 del CPP– para luego reiterar que la sentencia no debió diferir de lo acordado por las partes y, en su caso, debió rechazar el acuerdo ordenando la remisión **al juez subrogante en turno (art. 420 del CPP)**.

Solicita, se disponga la **nulidad de la decisión** por adolecer de vicio de errónea aplicación de la ley procesal penal, se case la misma y se condene en los términos del acuerdo.

III.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, tras analizar los agravios formulados por la defensa en relación con la errónea aplicación de la normativa procesal en relación al juicio abreviado final, se expide por la procedencia formal de la impugnación incoada, aunque considera que el planteo no debe proceder sustancialmente.

Refiere que la jueza ha cumplido con el procedimiento previsto en el ordenamiento procesal para el juicio abreviado, así como que la representante del Ministerio Público dejó aclarado que el cumplimiento de la pena era en efectivo, sin perjuicio de las consideraciones efectuadas por la defensa.

Asimismo, que la sentencia en crisis se encuentra suficientemente fundada, que la jueza controló la correcta observancia de los requisitos previstos en el art. 418 y ssgtes. del CPP y dio razones por las que arribó a la certeza requerida para dictar sentencia condenatoria.

Asimismo, que trató la calificación legal y la pena impuesta tomando como base los parámetros del artículo 41 del CP.

Por último, estima que la **modalidad de cumplimiento de la pena «no es pactable»**, pues es competencia del **juez de ejecución**, que es quien va a determinar si procede o no la misma conforme a la legislación vigente, razón por la que aconseja el rechazo del recurso articulado.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Por diversas razones considero que corresponde **admitir el recurso de casación** deducido por la defensa del acusado y, en consecuencia, anular la sentencia recurrida.

Ello, en razón de que, como explicaré, el tribunal de juicio frente al acuerdo de juicio abreviado solicitado por las partes y emitir sentencia de condena, **se extralimitó en el alcance del mismo y con ello inobservó la normativa que rige dicho procedimiento especial**. Si bien la defensa plantea dos motivos de agravio, en lo sustancial, los mismos pueden ser reconducidos a uno solo y así he de tratarlo.

Ello, en cuanto considera que la sentencia puesta en **crisis deviene nula por cuanto no ha respetado el acuerdo de partes**, imponiéndosele al acusado una pena que deviene **más gravosa** al no mantener el cumplimiento de la pena en modalidad domiciliaria.

A su modo de ver, esto vulneraría las prescripciones contenidas en el **art. 420 del CPP**.

Ahora bien, de la sentencia n° 10.279, de fecha 10 de marzo de 2022, cuyo protocolo digital ha sido debidamente compulsado, surge que el cumplimiento de la pena bajo modalidad domiciliaria –único punto de discusión de la defensa–, fue expresamente tratada por el tribunal de la instancia anterior. Ello, luego de la admisión del acusado del procedimiento abreviado; la imposición de la pena de seis meses por el delito de encubrimiento simple (art. 277, inc. 1, apartado c del CP); la revocación de la libertad condicional ordenada respecto de la sentencia de autos n° P711.055/19; y, la pena unificada de tres años de prisión en efectivo.

En efecto, y en cuanto **al planteo de la defensa sobre la modalidad de ejecución de la pena dispuesta**, en la sentencia se dispuso que: «[...] Atento a que el sindicado, PARRAGUEZ, NAHUEL ALAN, se encuentra gozando de una medida cautelar en la modalidad de domiciliaria, continúe en dicho **estado hasta la realización de la Audiencia de control de modalidad de Ejecución, ante el Juez de Ejecución competente, bajo las reglas de conducta y el mecanismo de control impuestos** [...]».

De la audiencia celebrada surgen, si bien sin la claridad esperable, los términos del acuerdo alcanzado entre la representante fiscal interviniente, la defensa y el acusado Parraguez.

Y ello así en tanto, si bien la fiscal luego de la lectura de la pieza de acusación, indicó que había acordado, junto con la defensa y el acusado, la realización de un juicio abreviado final, a cuyo efecto expuso el contenido del acuerdo sin mencionar la modalidad de cumplimiento (ver registro audiovisual del día 10.03.2022, minutos 00:03:13 a 00:11:13) lo cierto es que, cuando la defensa refirió que se mantuviera el beneficio de la detención domiciliaria –que fue otorgada durante la investigación–, la acusación no objetó el planteo. Esto, aun cuando fue la propia jueza quien interrogó al Ministerio Público al efecto, y solo se refirió a la falta de renuncia a los plazos.

Y, al hacerlo, expresamente acerca de la detención domiciliaria, sin expedirse sobre el instituto en sí, la parte acusadora refirió que el acusado la cumplía sin novedad negativa (ver registro audiovisual del día 10.03.2022, minutos 00:12:18 a 00:12:40).

Avanzada la audiencia, se observa que la jueza brindó una completa información al acusado acerca del procedimiento, el hecho que se investigaba y las pruebas en su contra, así como la calificación legal, la necesaria revocación de la libertad condicional y la pena acordada, incluida la pena unificada pactada.

En relación con las pruebas y el reconocimiento del acusado, estimó que ellos resultaban suficientes para disponer la condena solicitada y que la pena acordada resultaba adecuada a las previsiones de los arts. 40 y 41 del CP.

Sin embargo, nunca consultó a Parraguez, ni hizo referencia a la modalidad de cumplimiento de la pena, ni tampoco a lo que resolvería en relación con ella a fin de recabar su consentimiento, en tanto aquella podía afectar la decisión de aquél en relación con el procedimiento previsto y sus implicancias (ver registro audiovisual del día 10.03.2022, minutos 00:12:44 a 00:23:20).

Luego, en base a ello, resolvió –oralmente– sobre la admisión del procedimiento de juicio abreviado, la condena de seis meses en efectivo en la presente causa, la pena única de tres años en efectivo, el encuadre típico, la revocación de la libertad condicional.

Específicamente, sobre la modalidad de cumplimiento señaló que «[...] las partes han solicitado, atento a que Parraguez viene cumpliendo prisión domiciliaria que se mantenga la misma y habida cuenta que no se registran informes que impliquen incumplimientos de las reglas de conducta, [debe disponerse] que el mismo continúe hasta el momento con prisión domiciliaria [...]» (ver registro audiovisual del día 10.03.2022, minutos 00:23:20 y ss).

Finalmente, y previo al cierre de la audiencia, fueron preguntadas las partes, quienes manifestaron no tener nada más que agregar. Hasta aquí entonces lo acontecido en la audiencia oral de juicio abreviado. Como ya se refiriera, el protocolo digital de la sentencia n° 10.279 impugnada, no refleja lo resuelto oralmente por la jueza de la instancia previa, pues lejos de indicar expresamente la modalidad de cumplimiento de la pena –domiciliaria–, dispone únicamente que la pena única de tres años de prisión es de cumplimiento efectivo.

Seguidamente, se dispone que como Parraguez **goza de una medida cautelar en la modalidad domiciliaria, continúe en este estado hasta la realización de la audiencia de control de modalidad de ejecución ante el juez de ejecución competente.**

De tal manera, como señala la defensa, a ello debe añadirse, una planilla de un operador de sala que, no obstante que únicamente tiene el valor de constancia escrita parcial de lo acontecido en la audiencia, aporta un nuevo elemento de confusión, al indicarse allí que la prisión preventiva domiciliaria que cumple lo será hasta que la sentencia adquiera firmeza.

Surge palmario entonces que no existe coincidencia entre el acuerdo explicado en la audiencia por las partes, la resolución dictada en forma oral y el protocolo digital de la sentencia n° 10.279.

El acuerdo incluía evidentemente la modalidad de cumplimiento en prisión domiciliaria, y más allá de si ello es materia o no de acuerdo en el ámbito del procedimiento abreviado, aquella fue un factor determinante para que Parraguez prestara su conformidad a la aplicación de juicio abreviado.

De tal manera, la decisión de la jueza de la instancia previa, genera un agravio atendible en el acusado pues se sujeta la posibilidad de que se cumpla la prisión impuesta en la modalidad domiciliaria a una audiencia posterior frente a otro juez –de ejecución– con resultado aleatorio para el acusado.

Más cuando el mismo ostentaba una condena anterior y se encontraba en libertad condicional al momento de la comisión de los hechos que motivaron la presente causa.

A ello han obedecido las intervenciones y aclaraciones efectuadas por la defensa y su falta de renuncia a los plazos, que no denotan sino **falta de claridad de los extremos del acuerdo vertido en forma oral.**

En este sentido si la jueza no compartía este criterio o requería mayores precisiones de las partes, debió informar lo pertinente a éstas y principalmente al acusado, para que previamente evaluaran las posibles consecuencias, o los riesgos que podría determinar la decisión de otro juez y decidieran si continuaban adelante con el procedimiento por el que se había optado.

En definitiva, la jueza resolvió excediendo los límites del acuerdo celebrado y omitió, en caso de no compartir su contenido, brindar las explicaciones al acusado y a las partes que luego motivaron una decisión diferente.

Al efecto resulta útil traer a colación lo que ya ha sostenido esta Sala, pues «en la medida en que **el tribunal ha obviado explicar al acusado cuáles eran sus derechos**, así como el alcance y las consecuencias que el juicio abreviado inicial trae aparejado, ha provocado una inadecuada intervención, asistencia y representación del imputado en el proceso, razón que determina **la nulidad del acto (art. 198, inc. 3 del CPP) (ver «López Pros»)**. Por esta razón, corresponde responder afirmativamente la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo y Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado que se arriba en el tratamiento de la cuestión anterior, corresponde anular la sentencia n° 10.279, sus fundamentos, y la audiencia celebrada el día 10 de marzo de 2022 por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial y remitir las actuaciones al Juzgado Penal Colegiado correspondiente a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la realización del nuevo debate. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: En razón del resultado de las cuestiones anteriores, corresponde imponer las costas por su orden y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de Nahuel Alan Parraguez y en consecuencia revocar la sentencia N° 10.279 y sus fundamentos dictada por el Juzgado Penal Colegiado N° 1.
- 2.- Imponer las costas por su orden y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al Juzgado Penal Colegiado correspondiente, a fin que la OGAP siga el trámite de ley y se emita un nuevo pronunciamiento.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

Capítulo XIII.

Delitos contra la fe pública.

Falsificación.

CAPÍTULO XIII. DELITOS CONTRA LA FE PÚBLICA. Falsificación.

1- MILANESE. 28-06-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	-	-	-	-	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474
														353

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=810>

Lex: Art. 292 del CP. Art. 353 inc. 1 y 4 del CPP

Vox: Falsificación de documento privado. Instrumento público. Prescripción. Querellante particular.

Summa:

El **TPC** no hace lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte querellante y **confirma** la sentencia n° 1.390 de fecha 20 de noviembre de 2.018, en donde se dispuso **sobreseer** a Milanese, Sosa y Galdeano en orden al delito de falsificación de documento privado (Art. 292 del CP)

El **querellante particular** interpone recurso extraordinario de casación contra la resolución del TPC (Art. 474 inc. 2 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Auto que confirma la Sentencia n°1390 (20-11-18), pronunciado por el TPC N° 2-1° CJ.

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Palermo.

Fallo:

CUIJ: 13-04770457-4/1((018602-97055)) FC/ MILANESE, SOSA Y OT. P/ FALSIFICACION DOCUMENTO PRIVADO (97055) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104848884*

En Mendoza, a los veintiocho días del mes de junio del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04770457-4/1 caratulada “F. C/ MILANESE, BAUTISTA Y OTS. P/ FALSIFICACIÓN DOCUMENTO PRIVADO S/CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO , segundo DR. JOSÉ V. VALERIO, y tercero el DR. OMAR A. PALERMO.

A fs. 29/34 vta. el querellante particular interpone recurso extraordinario de casación contra la resolución del Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial en tanto no hace lugar al recurso de apelación interpuesto por su parte y confirma la sentencia n° 1.390 de fecha 20 de noviembre de 2.018, en donde se dispuso sobreseer a los imputados Bautista Mauricio Milanese, Mariano Fabián Sosa y Carina Alejandra Galdeano en orden al delito de falsificación de documento privado (art. 292 del C.P.), que se les atribuye en el marco de los autos N° P-97.055/14.

El pronunciamiento fue dictado por el Primer Juzgado Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial, actuando en sala unipersonal, dispuso confirmar la resolución dictada por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 en tanto resolvió el **sobreseimiento** de los nombrados en orden al delito de falsificación de instrumento privado (art. 292 del C.P.), por las causales previstas en los incs. 1 y 4 del art. 353 del CPP.

Para así resolver, el juez en función de apelaciones consideró que la plataforma fáctica contenida en el requerimiento de acusación fiscal no fue cuestionada por la parte querellante a lo largo de toda la investigación, esto es, que «sin poder precisar la fecha exacta, pero entre el mes de marzo de 2013 al día 30 de julio de 2014, Mariano Sosa, Carina Galdeano y Mauricio Milanese, insertaron rúbrica imitando la correspondiente al arquitecto Rodolfo Martínez, en un plano de obra de la comuna de Luján de Cuyo, en el expediente n° 8.826-12».

A partir de esta premisa, consideró que los elementos objetivos descriptos en el hecho se adecuan al tipo penal en el que el titular de la acción pública subsumió el hecho. Con base a ello, consideró que la acción penal se encontraba prescripta, por lo que correspondía desestimar los agravios de la defensa y confirmar la resolución cuestionada.

2.- El recurso de casación

El querellante particular promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 474, inc. 2 del C.P.P., por considerar que existen vicios sustanciales en la resolución que cuestiona.

En primer orden, cuestiona el tipo penal en que se subsumió el hecho investigado, en tanto considera que debió calificarse como **uso de firma falsificada en instrumento público** ya que, por un lado, se demostró que la firma impresa en el plano de obra presentado ante la Municipalidad de Luján y que fue adjudicada al arquitecto Martínez, no le pertenecía y, por otro lado, que el referido instrumento fue utilizado para cumplir su fin, esto es, aprobar la construcción de una obra.

Señala que se ha convalidado -por omisión del Ministerio Público Fiscal-, que un plano de obra municipal cuya naturaleza de instrumento público es innegable por la intervención del Director de Obras o de sus funcionarios comunales, sea aprobado sin la firma del arquitecto autor del proyecto y de la dirección de obra.

En segundo orden, explica que de acuerdo a la **naturaleza pública del instrumento** en cuestión, debe entenderse que la acción penal no se encuentra prescripta.

Ello, por cuanto desde el último acto interruptor no ha transcurrido el plazo máximo de seis años previsto por el tipo penal que propicia.

Agrega a lo expuesto que la cuestión fue introducida en forma sorpresiva en la audiencia y la jueza resolvió sin correr vista a las partes. Hace reserva del caso federal.

3.- El dictamen del Procurador General

A fs. 65/66 vta., el Sr. Procurador General, tras reproducir los agravios formulados y evaluar la procedencia del recurso de casación interpuesto, aconseja su rechazo y la confirmación de la resolución recurrida, la que –a su criterio- no reviste los errores alegados por el recurrente. Sobre el planteo referido a la naturaleza del instrumento objeto del delito, y en base al cual entiende el quejoso que la acción no se encuentra prescripta, entiende que oídos los audios correspondientes se advierte que el juez de la instancia previa fundó debidamente en las constancias de autos los extremos cuestionados por la parte querellante y, en base a ello, entendió que la acción penal se encontraba prescripta.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Puestos en consideración los motivos de agravio invocados por la parte recurrente, adelanto mi posición en el sentido que no corresponde hacer lugar a las presentaciones recursivas y, en consecuencia, debe confirmarse la resolución cuestionada.

En primer orden, cabe precisar que la jueza titular del Juzgado Penal Colegiado resolvió el sobreseimiento de los acusados en orden al delito de falsificación de instrumento privado (art. 292 del C.P.), por las causales previstas en los incisos 1 y 4 del art. 353 del CPP.

Sin embargo, tal como lo destacó el juez de la instancia previa, la parte querellante sólo cuestionó en aquella instancia recursiva la causal de sobreseimiento prevista en el **inc. 4 del CPP**.

Es decir, los aspectos atinentes a la prescripción de la acción penal pretendida a partir de un cambio de calificación legal de los hechos objeto del proceso.

Firmes los fundamentos respecto del art. 353 inc. 1 del CPP

De esta forma, quedaron firmes los fundamentos por los cuales la jueza de grado consideró que existió certeza negativa en relación a la participación de los acusados en el hecho objeto del **proceso (art. 353, inc. 1 del CPP)**.

Conforme a ello, entiendo que aquellos fundamentos no impugnados por el censurante – y por ello adquirieron la calidad de definitivos e irrevocables- resultan suficientes para sostener la decisión de la jueza de grado.

En este sentido, nuestro ordenamiento procesal dispone que «[e]l sobreseimiento cierra irrevocable y definitivamente el proceso con relación al imputado a cuyo favor se dicta» (**art. 352 del CPP**).

Por otra parte, no debe soslayarse que el recurrente recién cuestionó la calificación legal de los hechos como argumento para sostener la acción penal en la instancia recursiva de apelación.

Es decir, tal aspecto no fue controvertido por el querellante particular a lo largo de la etapa de investigación, de lo que se puede inferir que existió conformidad con la hipótesis acusatoria propiciada por el titular de la acción pública desde los inicios de la investigación.

En segundo orden, y respecto de los agravios esgrimidos por el recurrente en esta instancia recursiva, entiendo que el recurrente no logra desvirtuar los argumentos del juez de la instancia previa en su resolución la que, más allá del acierto o error en relación a la posición tomada, aparece fundada.

Por otra parte, y atendiendo principalmente a lo analizado en primer orden, entiendo que el **recurrente no fundamenta adecuadamente cuál es el interés** que sostiene su pretensión recursiva (**art. 449 del CPP**).

Por todo ello, en concordancia con lo sostenido por el Procurador General, entiendo corresponde contestar negativamente la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazarse el recurso de casación interpuesto por la parte querellante. ASÍ VOTO

Voto Dr. Valerio y Dr. Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO y OMAR A. PALERMO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la parte querellante.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

2- NIETO. 25-10-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	-	-	-	PCE IE	Inc. 1	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=810>

Lex: Art. 292 del CP. Art. 34 inc. 1 del CPP.

Vox: Uso de instrumento público falso. Error de tipo. Exclusión de dolo. Inhabilitación especial. Monto de pena.

Summa:

El **JPC** condenó al señalado a la pena de **un año de prisión de cumplimiento efectivo y un año de inhabilitación especial** para obtener la licencia de conducir por considerársele autor penalmente responsable del delito de uso de instrumento público falso.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 11410, pronunciada por el JPC N° 1-1° CJ.

SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro (Licencia).

Fallo:

CUIJ: 13-06926428-4/1((018501-49390)) FS. C/NIETO, MARIO FABIÁN P/ USO DE DOCUMENTO PÚBLICO FALSO... (LORDA) (49390) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106172017*

En Mendoza, a los veinticinco días del mes de octubre del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06926428-4 caratulada "F. c/ NIETO MARIO FABIÁN S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. MARIO D. ADARO.

La defensa de Mario Fabián Nieto, interpone recurso de casación contra la sentencia n° 11.410, y sus fundamentos vertidos en forma oral, emitida por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.

Ello, en tanto se condena a aquél a la pena de un año de prisión de cumplimiento efectivo y un año de inhabilitación especial para obtener la licencia de conducir por considerársele autor penalmente responsable del delito de uso de instrumento público falso, en autos N° P-49.390/22.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO:

1.- La resolución recurrida

La resolución puesta en crisis, en lo pertinente para la solución del recurso, consideró suficientemente acreditado que el día 13 de mayo de 2022, aproximadamente a las 10.15 hs. personal de Gendarmería Nacional que realizaba control documentológico en el puesto de Control Fijo "Los Arboles", en Ruta Nacional N° 7, km. 1.110, se requirió la licencia de conducir de Mario Fabián Nieto, quien circulaba al mando de un Citroën DS3 dominio PLO-011. Nieto exhibió una licencia nacional de conducir n° 22.857.249 con categorías A2.2, B2 a nombre de Mario Fabián Nieto, que, en orden al posterior informe de Policía científica, División documentología, resultó apócrifa.

Para así decidir la jueza tomó en consideración: las declaraciones prestadas en audiencia de debate por Leandro González y Wilfredo Soto, la declaración prestada por el acusado en la investigación penal preparatoria y el resto de los medios de prueba debidamente incorporados.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa del acusado formula recurso de casación a tenor de las previsiones del art. 474 del CPP, y solicita se anule lo actuado o, en su defecto se case el decisorio impugnado. Considera que la sentencia padece vicios de procedimiento.

Concretamente, considera inobservada la ley sustantiva en relación a los arts. 40 y 41 del CP.

Respecto a los vicios formales, entiende que no se ha observado el **art. 416 inc. 4 del CPP**, por cuando la sentencia no presenta fundamentación suficiente, contiene proposiciones contradictorias y se ha apartado de las reglas de la sana crítica.

Señala que la jueza analiza, a partir de la declaración de los efectivos de Gendarmería Nacional –Leandro González y Alfredo Soto–, que al solicitar la licencia de conducir a Nieto presumieron que se trataba de una apócrifa.

Refiere que esa parte sostuvo que se trataba de un hecho **con ausencia de dolo**.

De manera que, no obstante, las pericias practicadas sobre el documento, su asistido **desconocía ese extremo**.

Reclama que por **aplicación del art. 34 inc. 1 del CP el error de su defendido** lo convierte en no punible por desconocer la criminalidad del acto.

Explica que Nieto **no conocía el carácter falso de la licencia** y que la obtuvo mediante el pago de una recompensa a la que consideró «multa» para obtener una licencia a la que no podía acceder, puesto que **tenía una inhabilitación**.

Alega que el error de tipo excluye el dolo y hay una discordancia entre la idea que el sujeto posee con respecto a una persona u objeto, esto es su representación y lo que efectivamente sucede o es en el mundo sensible.

Critica la falta de valoración de la declaración de Cruz, en tanto manifestó que Nieto se manejaba con naturalidad y considera que no se trata de un detalle menor puesto que ignoraba la condición de falsa de la licencia.

Formula reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

Al momento de expedirse el Procurador General sobre el recurso interpuesto, considera que si bien la impugnación procede formalmente, debe ser rechazada en lo sustancial.

Expresa que la estrategia de la defensa consiste exclusivamente en afirmar la ausencia de dolo por parte del acusado, en atención al desconocimiento de aquel del carácter apócrifo de la licencia de conducir.

Sin embargo, surge que la sentencia se encuentra debidamente fundada, en especial en lo relativo al punto que en esta instancia constituye el principal agravio.

De tal manera, los planteos defensivos no logran menoscabar el valor convictivo del plexo probatorio valorado en conjunto y en su totalidad.

Por lo expuesto, aconseja el rechazo del recurso casatorio y la convalidación de la sentencia impugnada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante

Puesto a resolver el recurso de casación planteado por la defensa técnica de Mario Fabián Nieto considero que, por las razones que a continuación se exponen, corresponde su rechazo. Paso a explicarlo.

En primer lugar, no puede tener acogida favorable el agravio que se dirige a cuestionar la valoración que se realiza en la resolución cuestionada en cuanto a la alegada ausencia de dolo en la conducta de Nieto.

En efecto, surge de las constancias de la causa, en especial de la reproducción del registro audiovisual de las audiencias de debate, como también de los fundamentos vertidos en formal oral por la jueza de la instancia previa, que –tal como en esta ocasión– el eje de la argumentación de la defensa radicó en la ignorancia por parte de Nieto de la falsedad de la licencia y, por ello, la ausencia de dolo.

Concuero con el razonamiento de la jueza de la instancia anterior en cuanto a que **la versión defensiva aportada por el acusado en la investigación penal preparatoria no aparece creíble**.

En este sentido, estimo que acierta la jueza cuando señala que de las circunstancias del caso, particularmente de la prueba obrante en la causa, surge el **conocimiento de Nieto respecto de la**

prohibición que tenía para conducir, así como que ésta no había cesado y que el procedimiento que refirió haber utilizado para conseguir un nuevo carnet de conducir no podía ser válidamente invocado como justificante, puesto que no se trata del trámite habitualmente seguido para obtener tales habilitaciones.

En este sentido, debe señalarse, tal como se refirió en la instancia anterior, que no era la primera vez que el acusado tramitaba el permiso de conducir –puesto que tenía uno anterior por el que había sido inhabilitado–.

De igual manera, no es posible dejar de tener en cuenta que se trata de un hombre de mediana edad, con un grado de instrucción que le permiten discernir si una gestión transcurre por los carriles habituales o no –el acusado cuenta con instrucción universitaria–.

En función de lo referido, **el error invocado no se advierte configurado en el caso**, por lo que el agravio así formulado debe ser rechazado.

En segundo lugar, la defensa señala, aunque luego no desarrolla debidamente en su argumentación, que se han violado las disposiciones de los arts. 40 y 41 del CP al momento de determinar el monto de pena correspondiente del acusado.

En el caso, el delito atribuido, conforme los hechos que se consideraron probados, consiste en el uso de instrumento público falso (**art. 296, en función del 292, del CP**), de manera que la escala penal aplicable, respecto de la pena de prisión, oscila entre un año de mínimo y seis años de máximo.

Por su parte, y en relación con la pena de inhabilitación especial impuesta, debe señalarse que la escala penal es de **seis meses a diez años (art. 20 bis del CP)**.

De ello, se sigue que el monto de la pena de prisión impuesto coincide con el mínimo de la escala penal y el que se relaciona con la pena de inhabilitación tan sólo excede en seis meses el mínimo legal de la escala. Sobre ello, la jueza de la instancia previa refirió que consideraba el monto reclamado por el representante del Ministerio Público Fiscal, justo, proporcional y equitativo al hecho que se tuvo por probado.

En tanto que la efectividad de la condena derivó de la constatación de una sentencia condenatoria anterior, en suspenso, sin que hubiesen transcurrido los plazos del **art. 27 del CP**.

Tales circunstancias fueron expuestas y solicitadas por el acusador público al momento de formular alegatos, y no fueron objeto de controversia por parte de la defensa en esa oportunidad.

En esta instancia, más allá de criticar la pena asignada, se advierte que la defensa no formula concretamente cuál es su pretensión en relación con el monto impuesto, las circunstancias atenuantes consideradas o eventualmente no tenidas en cuenta, así como tampoco respecto de un posible error en la corroboración de la condena anterior y en el transcurso –o no– del tiempo que establece la norma de fondo.

Por los motivos expuestos es que entiendo que el recurso tampoco puede prosperar en este aspecto.

Más aún, cuando no se advierte arbitrariedad alguna en la resolución cuestionada. Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. **ASÍ VOTO.**

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. **ASÍ VOTO.**

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR PALERMO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar al recurso de casación interpuesto por la defensa de Nieto Mario Fabián.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 25 de octubre de 2022.-

Capítulo XIV.

Ley 24270.

Impedimento de contacto de menor con padre no conviviente.

CAPÍTULO XIV. IMPEDIMENTO DE CONTACTO DE MENORES CON PADRE NO CONVIVIENTE.

Ley 24270. (Sancionada 03-11-1993; promulgada 25-11-93)

El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc., sancionan con fuerza de Ley:

ARTICULO 1º-Será reprimido con prisión de **un mes a un año** el padre o tercero que, ilegalmente, impidiere u obstruyere el contacto de menores de edad con sus padres no convivientes.

Si se tratare de un menor de diez años o de un discapacitado, la pena será de **seis meses a tres años** de prisión.

ARTICULO 2º-En las mismas penas incurrirá el padre o tercero que para impedir el contacto del menor con el padre no conviviente, lo mudare de domicilio sin autorización judicial.

Si con la misma finalidad lo mudare al extranjero, sin autorización judicial o excediendo los límites de esta autorización, las penas de prisión se elevarán al doble del mínimo y a la mitad del máximo.

ARTICULO 3º- El tribunal deberá:

1. Disponer en un plazo no mayor de diez días, los medios necesarios para restablecer el contacto del menor con sus padres.
2. Determinará, de ser procedente, un régimen de visitas provisorio por un término no superior a tres meses o, de existir, hará cumplir el establecido.

En todos los casos el tribunal deberá remitir los antecedentes a la justicia civil.

ARTICULO 4º-Incorpórase como **inciso 3º del artículo 72 del Código Penal** el siguiente:

Inciso 3º: Impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes.

ARTICULO 5º-Esta ley se tendrá como **complementaria del Código Penal**.

ARTICULO 6º-Comuníquese al Poder Ejecutivo

CP. ARTICULO 72.- Son acciones dependientes de instancia privada las que nacen de los siguientes delitos:

1. Los previstos en los artículos 119, 120 y 130 del Código Penal cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones de las mencionadas en el artículo 91.
2. Lesiones leves, sean dolosas o culposas.
3. Impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes.

En los casos de este artículo, no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia del agraviado, de su tutor, guardador o representantes legales. Sin embargo, se procederá de oficio:

- a) En los casos del inciso 1, cuando la víctima fuere menor de 18 años de edad o haya sido declarada incapaz;
- b) En los casos del inciso 2, cuando mediaren razones de seguridad o interés público;
- c) En los casos de los incisos 2 y 3, cuando el delito fuere cometido contra un menor que no tenga padres, tutor ni guardador, o que lo fuere por uno de sus ascendientes, tutor o guardador, o cuando existieren intereses gravemente contrapuestos entre éstos y el menor, siempre que resultare más conveniente para el interés superior de aquél. (Artículo sustituido por Ley N° 27.455 B.O. 25/10/2018)

1- VULCANO. 22-03-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
														474
														30
VG	-	M	-	PCC	-	-	A	-	-	-	-	-	-	414

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=981>

Lex: Art. 1 in fine de la ley 24.270. Resolución n° 717/16. Art. 30 y cc del CPP. Art. 76 Bis del CP. Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal N° 8.008 (Modificada por Ley N° 8.911). Ley 26061. CDN. Constitucionalidad y convencionalidad. Ley 26485. Convención Belén Do Para. CEDAW. ley 27.499 (Ley Micaela) Ley 9.196.

Vox: VG. Impedimento y obstrucción ilegal de contacto de hijos menores con padres no convivientes, agravado por la edad del niño. Dictamen vinculante del MPF sobre SJP. Condena condicional. Absolución. In dubio por reo.

Summa:

El TPC rechazó la solicitud de suspensión de juicio a prueba a su favor y no se hizo lugar a la solicitud de suspensión del debate. Luego, condenó a la nombrada a la pena de **tres años de prisión de ejecución condicional** como autora penalmente responsable del delito de impedimento y obstrucción ilegal de contacto de hijos menores con padres no convivientes, agravado por la edad del niño (art. 1 in fine de la ley 24.270).

La **Defensa** interpone recurso de casación contra el auto que rechazó la SJP.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. Asevera que el recurso de casación deducido contra la denegatoria de la suspensión de juicio a prueba debe ser rechazado. Esto en función de la expresa negativa fiscal, manifestada en dictamen motivado, el que posee carácter vinculante y obsta a la procedencia del instituto; y que así lo ha reconocido este Tribunal en forma constante.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación respecto del auto. Asimismo, resolvió: **ABSOLVER a D. R. V. E.**, de demás datos obrantes en autos, respecto de los hechos acaecidos en la ciudad de ..., Mendoza, y que fueran calificados como IMPEDIMENTO Y OBSTRUCCIÓN ILEGAL DE CONTACTO DE HIJOS MENORES CON PADRES NO CONVIVIENTES, AGRAVADO POR LA EDAD DEL NIÑO (art. 1 in fine de la ley 24.270), por los hechos.

Estimó que cuando no se puede acreditar con el grado de certeza necesario todos los extremos de la imputación que se le endilga a la acusada, y por el contrario, existen serias dudas relacionadas con la autoría de un delito de obstrucción o impedimento de contacto con un hijo menor de edad, y en donde no sólo **se ven involucrados los derechos de las mujeres, sino también de los niños y niñas, el juez tiene la responsabilidad de evacuar toda duda razonable** para llegar al dictado de una sentencia condenatoria, pues, de lo contrario, debe primar el principio de inocencia.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1420 pronunciada por el TPC N° 1-2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

I-Art. 26, 30 y concordantes del CPP

- «Linares Borobio»

II-Valoración probatoria en materia de violencia de género. Perspectiva de género:

- «Di Cesare Morales»26-06-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Di Cesare Meli
- Grain

b- CIDH

Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289; par. 326.

Precedentes relacionados

a-SCJM

Impedimento de contacto.

- Bigolín Gisela. 02-08-19.: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=168>
- Reyes Cortelezzi. 08-03-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=634>

Valoración probatoria en materia de violencia de género. Perspectiva de género:

- «Cruz Caporiccio». 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- «Ojeda Pérez». 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- «Vázquez Tumbarello». 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- «Narváez Videla».23-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=269>
- «Brancello Urbón». 05-03-20.: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- «Vega» 04-06-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- «Zurita»11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>

Doctrina citada.

- **MEDINA, Graciela**, “Juzgar con perspectiva de género: ¿por qué jugar con perspectiva de género? y ¿cómo juzgar con perspectiva de género?” – Publicado en: DFyP 2015 (noviembre), 04/11/2015,3 – Cita Online: AR/DOC/3460/2015.
- **DI CORLETO, Julieta**, «Igualdad y diferencia en la valoración de la prueba: estándares probatorios en casos de violencia de género», en DI CORLETO, Julieta, Género y justicia penal, 1ª. Ed., Buenos Aires, Ediciones Didot, 2017.
- **KEMELMAJER DE CARLUCCI, A**, «La mediación familiar. Un instrumento pacificador que avanza», RDF nº 66, 2014, cita online: AR/DOC/5441/2014).
- **DONNA, E. A.**, Derecho penal, Parte Especial, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2011, tomo II-A, p. 324.

SCJM. Dra **Day**. Dr. Garay. Dr. Gómez.

Fallo:

CUIJ: 13-05306057-3/1((028502-19811)) FC/ VULCANO DAIANA ROSARIO P/ IMPEDIMENTO Y OBSTRUCCION DE CONTACTO DE MENORES CON PADRE NO CONVIVIENTE (19811) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105474191*

En Mendoza, el día primero del mes de diciembre del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 05306057-3 caratulada "F. C/ V., D. R. P/ IMPEDIMENTO Y OBSTRUCCIÓN DE CONTACTO ... S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DRA. MARÍA TERESA DAY; segundo, DR. JULIO R. GÓMEZ; y tercero, DR. DALMIRO F. GARAY CUELI.

La defensa de D. R. V. E. interpone recurso de casación contra la resolución adoptada en la audiencia del 25 de noviembre de 2019 y que obra a fs. 754/755 vta. mediante la que se rechazó la solicitud de suspensión de juicio a prueba a su favor y no se hizo lugar a la solicitud de suspensión del debate.

Asimismo, deduce casación contra la sentencia n° 1.420 en virtud de la cual aquélla fue condenada a la pena de tres años de prisión de ejecución condicional como autora penalmente responsable del delito de impedimento y obstrucción ilegal de contacto de hijos menores con padres no convivientes, agravado por la edad del niño (art. 1 in fine de la ley 24.270).

Los pronunciamientos aludidos fueron dictados por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial en autos N° 19.915 y su acumulado N° 19.811.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Son procedentes los recursos interpuestos contra la resolución adoptada en la audiencia del 25 de noviembre de 2019, que obra a fs. 754/775 vta., así como contra la sentencia n° 1.420?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, LA DRA. MARÍA TERESA DAY DIJO:

1.- La sentencia recurrida

El tribunal de la instancia previa resolvió del modo antes señalado y, respecto de la suspensión del juicio a prueba solicitado, expresó que «le asiste razón en cuanto a la oportunidad procesal [en] lo que ha señalado tanto el Ministerio Público Fiscal como el señor querellante, pero, más allá de eso de la oportunidad procesal, la finalidad [...] es lograr una solución de conflicto, más allá de [...] la discrepancia de cuál es el bien jurídico tutelado en este tipo de delitos, si es el tema de la familia, si es el tema del niño. Lo ha resaltado la señora defensora y la señora asesora en cuanto al interés, de lo que se trata de velar siempre es el interés superior del niño. Por ello, más allá de la oportunidad procesal y pronunciarnos, en consecuencia, en cuanto a la inadmisibilidad, en cuanto al planteo temporal, sí creo que es decisivo [...] la falta de consentimiento fiscal para el otorgamiento de este instituto de la suspensión del juicio a prueba [...]. En este caso se dieron los fundamentos por parte del Ministerio Público Fiscal, amparándose en una resolución, la 717/16, como también haciendo hincapié que se está, a criterio del Ministerio Público Fiscal, hablando de un delito continuado, donde ha sido afectado principalmente el interés superior del niño. Por ende, siendo el Ministerio Público Fiscal quien fija los lineamientos de la persecución criminal y no

dando su consentimiento para este instituto, entiendo que el mismo no resulta procedente» (constancias audiovisuales, audiencia del 25/11/2019, desde minuto 00:39 hasta minuto 00:41:40).

En cuanto a la solicitud de suspensión de debate, expresó que «se va a tomar debida nota del recurso planteado por la defensa pero no se va a hacer lugar a la suspensión del [debate], sin perjuicio de que oportunamente, arribado a un fin este debate, podrá interponer los recursos que crea convenientes» (constancias audiovisuales, audiencia del 25/11/2019, desde minuto 00:49:06 hasta minuto 00:49:22).

Asimismo, mediante sentencia n° 1.420, el juez tuvo por acreditado que «[...] En fecha 24/11/2.008 el Juzgado ordenó un régimen de visita previo para los días 04/12/2.008 y [05/12/2008] de 11:00 a 12:00 horas, a cumplirse en el CAI, con la supervisión de sus profesionales, y estableció como régimen de visitas definitivo el de los días sábados y domingos en forma quincenal, desde las 17:00 hasta las 20:00 horas, con retiro del menor, haciéndolo extensivo al día 25 de diciembre. Asimismo, D. D. denunció a D. V. por persistentes inculcaciones maliciosas en la mente y psiquis de [J.A.DD.V.] que obstruyeron el normal desarrollo de las visitas, por ejemplo el primer encuentro supervisado entre el padre y su hijo, [J.A.DD.V.] debió ser conducido con el auxilio de la fuerza pública, por la no colaboración de la madre con el proceso». Que «la psicóloga del CAI informó que: “fue sorprendente la naturalidad y la espontaneidad con la que el niño se vinculó con su padre...” y al día siguiente “la que suscribe busca al niño para llevarlo al encuentro con su padre, el niño se muestra atemorizado, se queda al lado de la puerta manifestando que: ‘yo no quiero estar acá, me quiero ir, el D. es malo, yo no quiero estar acá porque es feo, la [L]ela me dijo que el D. es malo’, durante la primera media hora se lo visualiza incómodo y con cierto temor”, incidiendo negativo con el contacto padre-hijo».

También las «intromisiones en la comunicación telefónica que mantuvo con su hijo (el sábado de semana Santa, el día del padre y el cumpleaños de J.A.DD.V.) con dichos al oído del menor acerca de lo que éste tenía o podía decir a su padre, perjudicando de este modo el vínculo paterno filial». Asimismo, las «falsas denuncias contra el progenitor, como la de las lesiones en el cuello del menor después de cumplir con el régimen de visitas o luego de concurrir al jardín de infantes y hablar con la directora del mismo a fin de interiorizarse por el proceso educativo de su hijo; la influencia psicológica de la abuela materna como la pretensión de reducir el horario acordado, para el cumplimiento del régimen de visitas, aduciendo que la presencia paterna provocaba en el menor problemas fonoaudiológicos, tics nerviosos y aparente depresión infantil, argumento que se utilizó para prohibir que el niño viajara por un día a la ciudad de Mendoza a fin de que presenciara el acto de juramento como abogado». Como también «el no cumplir con el horario de visita en cuanto a la entrega del menor como ocurrió el día 25 de diciembre 2.009, cuando concurrió al domicilio de su hijo [J.A.DD.V.] a buscarlo y así cumplir con el horario acordado de 17 a 20 horas y solo pudo permanecer con el mismo durante una hora debido a que su madre lo había llevado a casa de un tío a Cuadro Nacional. Todos estos hechos si bien no impidieron el contacto dieron como resultado el **grave condicionamiento en la actitud del niño** para con su padre perjudicando o tornando más difícil el libre y adecuado contacto paterno filial».

De igual manera, el juez entendió acreditado que «[e]n fecha 27 [de marzo de 2010] [el denunciante] concurrió a visitar a su hijo [J.A.DD.V.] y fue atendido en el lugar por A. V., tía del niño, quien le manifestó que el niño vive ahora en N. junto a su madre frustrando en lo sucesivo el contacto paterno filial.

De la compulsión de los autos n° 310/08 se constata que la imputada no requirió la autorización judicial previa para mudar de domicilio al niño», conforme la plataforma fáctica investigada en autos N° 19.811. Con relación a la causa n° 19.915, el juez tuvo por probado que «[e]n la ciudad de San Rafael, Mendoza, el día 1 de enero del año 2011, la acusada D. R. V. continuó con la obstaculización del contacto entre su

hijo menor [J.A.DD.V.] –de seis años de edad– con su padre no conviviente, D. A. D. D., incumpliendo el régimen de visitas establecido y afectando seriamente el trato cotidiano al que padre e hijo tienen derecho. Así [...] V. impidió el contacto de [J.A.DD.V.] con su padre cuando D. D. concurrió al domicilio de calle ... N° ... de [la ciudad de ...] a retirar a su hijo a las 11:30 horas, conforme lo acordado, fue atendido por un amigo de la familia V., quien le manifestó que no había nadie. Regresó a las 12.00 horas sin ser atendido por persona alguna, esperando hasta las 13:30 horas sin éxito. A las 17:00 horas se presentó con su esposa E. U., oportunidad en la que H. V., padre de la acusada dijo que habían regresado a N. –lugar de residencia de D. V.–, al que se trasladó anteriormente sin la anuencia de D. D.. El día 05 de junio de 2.011 V. obstaculizó también el contacto de D. D. con el niño de la siguiente manera; en el horario en que aquel debía retirar a su hijo en el domicilio de calle ... N° ... de ..., organizó la visita de sus primos maternos, todos niños de similar edad, para que [J.A.DD.V.] no quisiera ir con su padre y este, comprometido por la situación renunciara a la visita prevista. Objetivo que finalmente logra, dado que el niño lloraba pidiendo regresar a jugar con sus primos» (sentencia impugnada, fs. 770/771). Para así decidir, el juez sentenciante señaló haber valorado las declaraciones de S. G., P. C., É. U., M. d. C. H., J. E., V. F., G. Q., M. C., R. A., A. E., P. A. D. D. y la declaración de la acusada D. V. (audiencia 3/12, minuto 01:14:33).

Asimismo, expresó haber tenido en cuenta como prueba instrumental los expedientes penales, del Juzgado de Familia y del Segundo Juzgado Civil remitidos en carácter de AEV.

2.- El recurso de casación de la defensa de D. R. V.

La defensa funda su petición en lo dispuesto por el art. 474, incs. 1 y 2 del CPP, por considerar que existen vicios sustanciales y formales en la resolución que cuestiona.

Asimismo, invoca la vulneración del art. art. 416, inc. 4 del CPP, por entender que el decisorio dictado por el juez de instancia previa es contradictorio y carece de fundamentación lógica.

1° Agravio. Denegación de la SJP

En primer lugar, la defensa de V. se agravia por la denegación de la suspensión del juicio a prueba solicitada en su favor.

En ese orden, refiere que la solicitud se realizó en tiempo y forma.

Que, no obstante, el representante del Ministerio Público Fiscal no prestó su consentimiento para la concesión del instituto mediante endebles e inaceptables argumentos basados en la **Resolución n° 717/16** emanada del Procurador de la Corte, lo que resulta inconstitucional, a su criterio, por vulnerar el derecho de defensa amparado por el art. 18 y 72, inc. 22 del CP.

Señala que la aplicación de la suspensión de juicio a prueba fue ofrecida con anterioridad por el fiscal que intervino durante la investigación y por el juez correccional que también intervino en esa etapa procesal, sin que se hiciera ninguna mención a los derechos del menor.

Entiende que, en virtud de esas circunstancias, el juez de instancia previa debió hacer lugar al beneficio, puesto que estaban reunidos todos los requisitos que la ley establece y la petición que se le formuló sólo representó la ratificación por parte de la acusada de un beneficio ya concedido con anterioridad.

Asimismo, se agravia porque el tribunal no respetó el plazo de esa parte para interponer casación contra la no concesión de la suspensión del juicio a prueba y dio comienzo al debate, impidiendo el ejercicio del derecho al doble conforme.

Sostiene que, habiéndose invocado las resoluciones de Procuración RG 717/16 y RG 718/16, corresponde efectuar **control de convencionalidad a su respecto**.

En ese orden, entiende que resultan inconvenientes por establecer restricciones contrarias a la desjudicialización del conflicto y por estar fundadas en política criminal que no diferencia entre jóvenes y adultos y vulnera el principio de especialización que rige la materia.

En virtud de ello, solicita se haga lugar a la suspensión de juicio a prueba solicitada a favor de su defendida.

En segundo lugar, la defensa impugna la sentencia mediante la que se condenó a D. R. V. E. como autora del delito de impedimento y obstrucción ilegal de contacto de hijos menores con padres no convivientes, agravado por la edad del niño (art. 1 in fine de la ley 24.270).

En ese orden, considera que el juez ha aplicado erróneamente la ley penal sustantiva porque **la conducta atribuida a su defendida no constituye delito.**

Asimismo, entiende que no se habría respetado el principio de congruencia, puesto que el requerimiento de citación a juicio de fs. 93/94 resulta nulo de nulidad absoluta al igual que la declaración indagatoria de 65/66, por haberse omitido puntualizar extremos atinentes a la intimación, tales como la información detallada y concreta de los hechos reprochados, y también la prueba existente en contra de la acusada.

En cuanto a la valoración probatoria efectuada por el sentenciante, refiere que no se ha explicado debidamente por qué las declaraciones testimoniales de P. D. D., M. H. y D. D. D. resultan concluyentes.

Señala que se ha omitido valorar la declaración de la acusada con una visión de conjunto y que se analizaron sus manifestaciones de modo parcial o sesgado.

También cuestiona la prueba pericial realizada al hijo de la acusada, toda vez que se realizó en mayo de 2019, en circunstancias en que no pudo proponer perito de parte para controlar la prueba; y destaca que, si bien fue requerido para que viniera a la apertura del debate, no fue requerido para que prestara declaración testimonial.

Agrega que tampoco se han tenido en cuenta las pruebas documentales e instrumentales que se encuentran contenidas en los diversos expedientes del derecho de familia que constituyen el eje por donde debe encaminarse la solución de casos de conflictos parentales.

Señala que se ha aplicado erróneamente el **art. 3 de la ley 24.270**, en tanto dispone que, en un plazo no mayor de diez días, el juez debe resolver la situación permitiendo el contacto del padre con su hijo.

En ese sentido, señala que se hubiese evitado tanto tiempo de un proceso que ha durado más de 9 años, lo que ha ocasionado un desmedido daño familiar y que el denunciante ha manipulado el derecho de familia, ya que cuando las resoluciones no le satisfacían hacía uso del derecho penal promoviendo denuncias contra la progenitora de su hijo.

Cita jurisprudencia y doctrina en respaldo de su posición. En virtud de lo expuesto, solicita se haga lugar al recurso intentado y se revoque la sentencia recurrida, absolviendo a D. R. V. E..

Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General expresa que el recurso de casación deducido contra la denegatoria de la suspensión de juicio a prueba debe ser rechazado.

Esto en función de la expresa negativa fiscal, manifestada en dictamen motivado, el que posee carácter vinculante y obsta a la procedencia del instituto; y que así lo ha reconocido este Tribunal en forma constante.

De igual modo, sostiene que el recurso de casación interpuesto contra la sentencia condenatoria tampoco resulta sustancialmente procedente, en tanto la resolución luce debidamente fundada y no se advierte defecto de motivación alguno.

Añade que los agravios enumerados por la defensa, más que vicios en la sentencia, reflejan su **disconformidad con la interpretación** dada por el sentenciante al cuadro probatorio; que la conducta de la inculpada se encuentra subsumida bajo la calificación legal correcta y que no se vislumbra vulneración al principio de congruencia, ya que la conducta reprochada a la acusada se encuentra precisada desde el inicio de la investigación.

Finalmente, entiende que **la pena impuesta es ajustada** a derecho en cuanto al tipo y al monto, por hallarse dentro del marco de la escala penal, habiendo valorado debidamente el sentenciante las circunstancias atenuantes y agravantes.

4.- Presentación del querellante particular D. D. D. en esta instancia

Puesto en conocimiento de los recursos intentados por la defensa de la acusada, el representante del querellante particular solicita el rechazo in limine de la impugnación dirigida contra la denegatoria de la suspensión del juicio a prueba, por ser evidente la improcedencia sustancial de la pretensión atento la pacífica jurisprudencia de este Tribunal.

Respecto del recurso de casación que cuestiona la sentencia condenatoria expresó que corresponde se declare formalmente improcedente por haber sido presentado fuera del plazo legal establecido.

En cuanto a los agravios desarrollados por el recurrente, manifiesta que –de entender esta Suprema Corte de Justicia que la presentación satisface el requisito de temporalidad– contestará los aparentes fundamentos del recurso en la audiencia que se fije para informar oralmente.

5.- La solución del caso

Voto Dra. Day. Preopinante

Puesta a resolver los recursos interpuestos considero oportuno adelantar que debe desestimarse la impugnación que cuestiona la denegatoria de suspensión de juicio a prueba y hacerse lugar al planteo casatorio deducido contra la sentencia condenatoria dictada respecto de la acusada. Veamos.

5.1 Sobre la admisión formal

5.1.- De manera preliminar, entiendo pertinente, en virtud de las particularidades de las impugnaciones interpuestas, brindar las razones por las cuales considero que las impugnaciones deducidas por el letrado defensor de la acusada resultan **formalmente admisibles**.

En ese orden, conforme surge de las constancias de autos, la vía impugnativa deducida contra la resolución que denegó la suspensión de juicio a prueba solicitada en favor de D. R. V. reúne los recaudos de impugnabilidad objetiva y subjetiva exigidos por los **arts. 475 y 478, inc. 3 del CPP** –conforme con el sentido expuesto por este Tribunal en el **precedente «Linares Borobio»** (L.S. 335-092) y seguido en reiterados pronunciamientos–, por lo que resulta admisible desde el plano formal.

En lo que concierne al recurso de casación deducido contra la sentencia de condena impuesta a la acusada, debe tenerse en cuenta que los términos para deducir la vía recursiva bajo tratamiento fueron suspendidos el día 11 de diciembre de 2019, por encontrarse los expedientes remitidos a la ciudad de General Alvear, conforme surge de las constancias de fs. 775/776. Esos términos fueron reanudados en fecha 12 de diciembre de 2019 mediante decreto de fs. 778 y la resolución que así lo dispuso fue notificada a la defensa técnica de la acusada en fecha 13 de diciembre de 2019, de acuerdo a la constancia de fs. 778 vta. En función de ello, advierto que la impugnación deducida contra la sentencia condenatoria dictada respecto de D. R. V. fue presentada dentro del plazo legal establecido, reuniendo los recaudos de impugnabilidad objetiva y subjetiva, por lo que esa presentación también resulta formalmente admisible.

Tratamiento sustancial

5.2.- Superada la instancia formal, corresponde ingresar al tratamiento de los recursos de casación interpuestos en favor de la acusada.

a) Recurso de casación deducido contra la denegatoria de **la suspensión del juicio a prueba**

Al respecto, considero que, como anticipé, debe rechazarse sustancialmente el recurso interpuesto por la defensa de D. V.. Ello, por entender que en la presente causa se dan los requisitos para considerar vinculante el dictamen fiscal y, al ser negativo, un obstáculo para la concesión de la suspensión del juicio a prueba. En tal sentido, entiendo que el consentimiento fiscal constituye un requisito de procedibilidad para suspender el juicio a prueba en virtud de que el Ministerio Público Fiscal es el titular de la acción penal.

En el presente caso, los representantes del Ministerio Público Fiscal han dado fundadas razones para dictaminar de manera negativa, basándose principalmente en su deber de observar las directivas impartidas por el Procurador General de la Provincia de Mendoza en la Resolución N° 717/16, en cuanto reglamenta la aplicación de los criterios de oportunidad y dispone que no procederán cuando se trate de casos en que los afectados sean menores de trece años de edad (art. 25 del CCC), entre otros supuestos. Esa circunstancia específica es la que se verifica en estos obrados en las fechas en que acontecieron los hechos investigados, por lo que el criterio adoptado por los fiscales intervinientes en su dictamen ha sido el adecuado.

En ese orden, no puede soslayarse que la obligación invocada por los fiscales intervinientes derivan de lo dispuesto por la **Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal N° 8.008 (Modificada por Ley N° 8.911)**, la que en su art. 34 establece que «Corresponde a los Agentes Fiscales en materia Penal [...] 3) Cumplir y hacer cumplir todas las instrucciones generales que imparta el Procurador General y las particulares de los Fiscales Adjuntos» y en el art. 28 que «El Procurador General es la máxima autoridad del Ministerio Público de la Provincia. Son sus deberes y atribuciones:[...] 6) Diseñar la política criminal y de persecución penal del Ministerio Público Fiscal, debiendo impartir para ello las instrucciones generales que correspondan, en particular las referidas a los institutos de derecho sustantivo y procesal necesarios a tal fin, o cuya aplicación genere controversia, debiendo reglamentar la delegación del ejercicio de la acción penal por parte de los integrantes del Ministerio Público Fiscal».

En definitiva, teniendo en que cuenta que el dictamen fiscal que **no prestó su consentimiento** para la concesión de la suspensión de juicio a prueba en favor de D. R. V. se encuentra suficientemente fundado, la resolución jurisdiccional que se respalda en él para denegar la petición defensiva nada tiene de arbitraria.

Por otro lado, no pasa inadvertido que la defensa ha calificado de inconstitucionales e inconvenientes de las **Resoluciones de Procuración General n° 717/16 y 718/16**. Sin embargo, debe recordarse que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal –y, por ende, también la declaración de inconveniencia– es un acto de suma gravedad institucional.

Ello en virtud de que las normas dictadas de forma consecuente con los mecanismos previstos en la Carta Fundamental gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia.

Es decir, procede **únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable.**

Así, la puesta en práctica de tan delicada facultad también requiere que el planteo efectuado ofrezca una adecuada fundamentación (Fallos 338:1026; 338:1504; 319:3148; 314:424; 327:5863; 314:407; 328:2056).

En otras palabras, el recurrente **debe demostrar acabadamente «[...] de qué manera la disposición contraría la Constitución Nacional»** (Fallos: 253:362; 257:127; 308:1631; entre otros).

Analizada según estos parámetros, la impugnación no formula una crítica adecuada de la resolución que cuestiona ni expone las motivaciones que configurarían un agravio en el caso concreto.

En efecto, la defensa se limita a sostener que el Ministerio Público Fiscal debe, en derecho penal juvenil, propiciar la resolución alternativa de conflictos y la remisión de causas, favoreciendo la desjudicialización del conflicto y la asunción de responsabilidad por parte del joven; y que, en función de ello, resultan inconvencionales las resoluciones RG 717/16 y RG 718/16, por establecer restricciones contrarias a dichos principios y estar fundadas en política criminal que no diferencia entre jóvenes y adultos, violando, a su vez, el principio de especialización que rige la materia.

Como se advierte, por un lado, el planteo no se ajusta a las constancias de la causa en tanto la persona menor de trece años de edad –al momento de los hechos– que motivó la invocación de la resolución RG 717/16 no es el acusado, sino el **hijo de la acusada**.

En virtud de ello, la resolución del caso no se encuentra en el ámbito penal juvenil, como argumenta la defensa.

Por otro lado, la defensa tampoco han analizado críticamente las normas cuya aplicación resultaría, a su entender, contraria a derechos o garantías constitucionales y convencionales

Por ello, y de acuerdo a lo señalado, **no pueden prosperar los planteos de inconstitucionalidad y convencionalidad articulados por la defensa**.

En función de ello, considero que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto contra la resolución que no hizo lugar a la solicitud de suspensión de juicio a prueba en favor de la acusada.

En lo que respecta al pronunciamiento que dispuso la realización del debate no obstante la voluntad de recurrir en casación esa resolución, corresponde omitir pronunciamiento en razón de la solución a la que se arriba en el apartado siguiente.

b) Recurso de casación deducido contra la sentencia condenatoria dictada contra D. R. V..

De manera preliminar, cabe destacar que este Tribunal –en sus diferentes integraciones– ha sostenido reiteradamente el criterio según el cual es atribución del tribunal de casación tratar el motivo casatorio que más convenga a la solución del caso, en razón de que la ley adjetiva no establece un orden de procedencia que imperativamente deba seguirse en el examen de las causales de impugnación extraordinaria (L.S. 183-188; 202-001; 269-234, entre otros).

Es por ello que centraré el análisis de la presente causa en uno de los vicios formales denunciados por el recurrente, motivo en el que estimo se encuentra circunscripta la adecuada solución del caso, a tenor de lo normado por el art. 416 inc. 4) del CPP.

En ese orden, advierto que le asiste razón a la defensa, en cuanto a que existen defectos en la fundamentación y en la valoración probatoria efectuada por el tribunal de juicio, toda vez que no se ha logrado acreditar, con el grado de certeza que requiere el dictado de una sentencia condenatoria, diversos extremos de la imputación intimada a D. R. V.. Paso a explicarlo.

En primer lugar, corresponde señalar que las particularidades del caso imponían que éste, así como la valoración del caudal probatorio incorporado a la causa, fuesen analizados con perspectiva de género.

En este sentido, debe tenerse en cuenta, tal como he sostenido en otras ocasiones (L.S. 631-091;), que juzgar con perspectiva de género es reconocer que existen patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y que son necesarios conocer, y aceptar su existencia, al momento de decidir (**MEDINA, Graciela, “Juzgar con perspectiva de género: ¿por qué juzgar con perspectiva de género? y cómo juzgar con perspectiva de género?” – Publicado en: DFyP 2015 (noviembre), 04/11/2015,3 – Cita Online: AR/DOC/3460/2015).**

En el caso, el análisis desde esta perspectiva, no sólo fue solicitado expresamente por la defensa en los alegatos de cierre, sino que se deriva ineludiblemente de diversos factores presentes en la causa, a saber: la edad en que D. V. quedó embarazada; las dificultades para llevar adelante un embarazo sin la presencia del progenitor del niño, quien había trasladado su centro de vida a Mendoza; el contexto social y otras circunstancias concomitantes al nacimiento y primeros meses de vida de J.A.DD.V. –tales como la impugnación de la filiación y la tentativa de suicidio del padre del menor–; y la existencia de una relación conflictiva entre la acusada y el progenitor de J.A.DD.V.

En virtud de tales circunstancias, en las que eventualmente podría verificarse la incidencia de los denominados estereotipos de género, no podían dejarse de valorar los hechos y la prueba al amparo de la normativa que surge a partir de los compromisos asumidos por el Estado Nacional mediante la suscripción y ratificación de diversos instrumentos internacionales, además de la legislación nacional que expresamente regula la materia.

En este sentido, la mirada del juez debió agudizarse para advertir y detectar la existencia de situaciones estructurales de desigualdad o relaciones asimétricas de poder.

En este orden, considero fundamental la capacitación obligatoria que **dispone la ley 27.499 (Ley Micaela)** en el orden nacional y la **ley 9.196** en el ámbito provincial, cuyos fundamentos recuerda la doctrina de la Corte IDH según la cual «[...] una capacitación con perspectiva de género implica no sólo un aprendizaje de las normas, sino debe generar que todos los funcionarios reconozcan la existencia de discriminación contra la mujer y las afectaciones que generan en éstas las ideas y valoraciones estereotipadas en lo que respecta al alcance de los derechos humanos» (**Corte IDH, Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289; par. 326).**

En ese orden, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer («CEDAW»), la Convención Interamericana para Prevenir Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención «Belem Do Pará») y la Convención Interamericana de los Derechos Humanos (y los órganos creados al efecto para su cumplimiento) establecen una serie de directivas que deben ser utilizadas especialmente por los operadores del sistema de administración de justicia, como guías interpretativas de estos fenómenos, conforme al sistema de la sana crítica racional adoptado por nuestra legislación local (arts. 206 y 409 del CPP).

Por su parte, la **ley 26.485** de protección integral de las mujeres, para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, dispone criterios en la apreciación de la prueba, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para el juzgador de valorar la prueba con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática, analizando las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrolla el hecho.

En razón de ello, el caso debió ser abordado con perspectiva de género, particularmente la labor de valoración probatoria por parte del tribunal de la instancia anterior. Este criterio no constituye un estándar de prueba diferenciado, sino el mismo estándar directo e indirecto que supere cualquier sesgo

discriminatorio y respetuoso de los derechos humanos de las mujeres (**DI CORLETO, Julieta, «Igualdad y diferencia en la valoración de la prueba: estándares probatorios en casos de violencia de género», en DI CORLETO, Julieta, Género y justicia penal, 1ª. Ed., Buenos Aires, Ediciones Didot, 2017).**

Así, lo he sostenido en autos «**Di Césare Morales**», «**Di Césare Meli**» y «**Grain**».

Debe señalarse, además, que la necesidad de incluir la perspectiva de género en los casos penales ha sido expresamente reconocida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en diversos precedentes (ver al respecto Fallos: 336:392; 334:1204 y 342:1827).

Obviamente, esta es una pauta que corresponde tener en cuenta aun cuando la mujer ocupe el rol procesal de acusada, como en el caso que aquí se analiza, puesto que «los Estados partes están obligados, en virtud de los artículos 2 y 15 de la Convención [sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer], a asegurar que las mujeres cuenten con la protección y los recursos ofrecidos por el derecho penal y que no estén expuestas a discriminación en el contexto de esos mecanismos, ya sea como víctimas o perpetradoras de actos delictivos» (**Comité CEDAW, recomendación general 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia, párrafo 47).**

Sin embargo, de la atenta escucha de los fundamentos que dio el sentenciante para fundar su solución no se advierte que la perspectiva de género haya sido tomada en cuenta. En efecto, la primera referencia que se hace de la acusada en la motivación de la sentencia es que se trasladó a vivir a N. por razones laborales, porque no conseguía trabajo en ... –según ella misma había manifestado–.

Así, el juez de la instancia previa señaló que «[...] teniendo presente que había una relación conflictiva con el señor D. D. D., [...] tendría que haberle puesto en conocimiento de esta situación», restándole valor a la comunicación que V. efectuó en el expediente de familia.

En esa línea, consignó también que la acusada «conocía el vínculo filial y [...] tenía conocimiento que con su accionar impedía este contacto del padre con el hijo y tuvo la voluntad de hacerlo», por lo que concluyó que «la falta de comunicación al señor D. D. de que se iba a trasladar con [J.A.DD.V.] a la provincia de N. tuvo una finalidad de impedir el contacto, el contacto físico con su padre, con el señor D. D. D.» (registro audiovisual del día 3/12/2019, desde minuto 00:21:15).

Asimismo, se sostuvo que la conducta de la acusada «fue también ilegal, en tanto que no había motivos para suponer que hubiera algún perjuicio a la salud física o psíquica de [J.A.DD.V.]».

Todo ello, sin considerar las especiales circunstancias que dieron origen al conflicto, su contexto y la necesidad que tenía la acusada de tener independencia económica. Luego, el sentenciante relató cada uno de los hechos que tuvo por acreditados como impedimentos de contacto y afirmó que «las comunicaciones [telefónicas] de [J.A.DD.V.] eran manejadas por V.», sin realizar ningún tipo de valoración al respecto.

Como puede advertirse de la sentencia cuestionada y de las constancias de la causa, el juez tuvo por probados los diferentes hechos imputados a D. V. a partir de las declaraciones de D. D. D., P. D. D., M. H. y É. U. –testigos de los acusadores público y privado–, sin mayores consideraciones, y que esas circunstancias no fueron desvirtuadas por la defensa (registro audiovisual del día 3/12/2019, minuto 00:45).

Ello, sin tener en cuenta ninguno de los argumentos desarrollados por esa parte, al menos, para rechazarlos; particularmente, al pedido de los abogados defensores de la acusada de abordar con perspectiva de género el caso y de tener en cuenta lo que denominaron «ataque a la dignidad de la señora V.», refiriéndose a una impugnación de la filiación que, según esa parte, sólo se basó en comentarios y

que determinó la ruptura total del vínculo, en tanto a la acusada, como a su familia, le generó mucho dolor (registro audiovisual del día 2/12/2019, desde minuto 1:06).

Ninguna de esas circunstancias fue considerada, no obstante lo cual el juez de sentencia concluyó que «cada uno de estos hechos hacen parte del todo, que es el impedimento de contacto [...], [y] no hay mucho más para agregar» (registro audiovisual del día 3/12/2019, minuto 1:26:00).

En otro aspecto, no puede soslayarse el trato que se le dio a la imputada durante el proceso, particularmente, cuando se fijó fecha para la realización del debate. Concretamente, cuando su abogado defensor solicitó aplazamiento de inicio del juicio por encontrarse D. V. embarazada y padecer ciertas afecciones de salud que complicaban su estado (fs. 152/154 de autos n° 19.188).

Ante ese pedido, el juzgado no sólo pidió opinión al Cuerpo Médico Forense de San Rafael respecto de las consecuencias que podría producir al embarazo el traslado de la acusada desde N. hacia ..., sino que – ante la opinión negativa de la médica obstetra Adriana Gómez (fs. 160 vta.)– se solicitó mediante exhorto al juzgado competente de la provincia de N. que se verificara el estado de embarazo de D. V. y se determinara cuándo podía concurrir a debate.

Ante ello, la acusada tuvo que constituirse –por no encontrarse en su domicilio cuando la visitó el médico oficial– en la sede del Cuerpo Médico Forense de N. y permitir que la examinara un profesional, el Dr. Alejandro Cozzarín, que no era su obstetra de confianza. De ese examen se determinó que efectivamente estaba embarazada y se sugirió «evaluación por especialista en embarazos de alto riesgo como segunda opinión, y manejo diferenciado de la situación, así como contención por gabinete de psiquiatría de TSJ» (de acuerdo al informe agregado a fs. 207/208 de autos n° 19.915).

Si bien es cierto que estas medidas podían ser útiles para asegurar el comparendo a proceso de un acusado en libertad, no puede pasarse por alto que la acusada es una mujer y que se encontraba embarazada, circunstancia acreditada mediante certificado médico acompañada por su letrado defensor.

En función de estas circunstancias, entiendo que las medidas no eran necesarias por no ser compatibles con la perspectiva de género con la que los operadores judiciales debemos actuar durante la tramitación del proceso.

Asimismo, resulta llamativa la recomendación del médico forense de N., en cuanto a la sugerencia de asistencia psiquiátrica para la acusada, circunstancia que debió ser analizada por el sentenciante al momento de tomar la decisión que aquí se impugna.

No pueden dejar de tenerse en cuenta, además, las manifestaciones efectuadas por el Dr. Iván Ábalos al solicitar su apartamiento de la causa.

En esa oportunidad, el magistrado expresó que su padre intervino como juez en la causa y que tuvo un severo cuadro de enfermedad psiquiátrica que le impidió continuar en su cargo, la que –entre otros motivos– obedeció a «las situaciones que se dieron en torno a la fijación del debate, el embarazo que entonces cursaba la imputada y el comparendo coactivo que solicitaba la [q]uerella» (fs. 310 y vta.). Estas expresiones corroboran la apreciación de falta de empatía que se mantuvo en relación con la situación de la acusada que se encontraba embarazada e imposibilitada de asistir al debate en ese momento.

Ahora bien, en segundo lugar, entiendo que de la prueba incorporada a la causa, examinada con perspectiva de género, se deriva un serio estado de duda respecto de algunos extremos de la imputación que impide llegar a una solución condenatoria. En ese orden, y si bien se encuentra acreditado que existieron obstáculos para que el menor J.A.DD.V. y su progenitor mantuvieran el debido contacto paterno-filial, no existen certezas respecto de quién efectivamente puso esos obstáculos.

Así, corresponde destacar durante el debate oral las partes se centraron de manera exhaustiva en indagar acerca del primer y segundo encuentro entre J.A.DD.V. y su padre –en el marco del establecimiento de un régimen de visitas asistidas–, cuyas constancias obran a fs. 6 y vta. de autos n° 19.811 y de las que surge que durante el primero el niño se vinculó con su progenitor como si fuera parte de su mundo interno y que durante el segundo el niño presentó gran temor hacia su progenitor.

Pero nada se ha consignado en la fundamentación que aquí se impugna respecto de que ese temor provino de una persona distinta a la acusada, más si se considera que el propio J.A.DD.V. expresó al manifestar: «la Lela me dijo que el D. es malo», «que le pegó a mi mamá», «dice que ahora se hace el bueno pero es malo», «que me va a llevar muy lejos». Como se advierte, «la Lela» no es la acusada, sino la madre de esa última y, por ello, abuela materna del niño.

Asimismo, no puede soslayarse que en la visita asistida de fecha 5 de diciembre de 2008 (constancia agregada a fs. 15 de autos n° 19.811) se presentó la abuela materna, interfiriendo tres veces en el encuentro de D. D. D. con su hijo, produciendo como resultado «vectores de interferencia negativos en la relación padre/hijo. La actitud del niño aparece atravesada con un grado de temor muy significativo al sujetarse a la mirada de la abuela materna», como refirió la asistente social Silvia Inés Giglio que participó en el encuentro.

Por su lado, la Lic. Ana Gabriela Echeverría, que ya había tenido intervención en los intentos de vinculación entre D. D. D. y su hijo, oportunamente sugirió que debería «efectuarse evaluación psicológica a la abuela materna, a fin de considerar la capacidad de esta, ya que la misma convive con el niño y ejerce mayor influencia sobre éste» (informe de fs. 67/68 de autos n° 19.811).

Al respecto, debe tenerse en cuenta también lo expresado por el propio D. D. D. a fs. 146 de autos n° 19.188, al señalar que en ese momento (28 de mayo de 2010) D. V. «no t[enía] acordada la tenencia del niño, sino que o[stentaba] una guarda de hecho, habida cuenta que la tenencia fue inicialmente acordada a la señora [E.] [madre de la acusada] por ser menor de edad la madre de mi hijo y al cumplir la mayoría de edad no solicitó la tenencia».

En relación con el comportamiento llevado a cabo por la abuela materna no puede soslayarse lo expresado durante la investigación por M. C., quien, respecto de un correo electrónico que llegó a los contactos de D. D. D. desprestigiándolo, manifestó: «lo escribió B. E., se creó una cuenta a nombre del bebé, lo que hizo en ese momento, como ella sabía la contraseña de D. del correo, porque D. la conocía, le tomo los contactos de D. y se lo envió a todos los contactos que tenía él en su casilla de correos [...]. [L]a idea que surgió de B. [...] tenía que ver con una idea de desprestigio porque D. [...] quería llegar a ser juez [...] lo sé porque estaba presente cuando se hizo» (copia de acta agregada a fs. 237/243 de autos n° 19.811).

Estas expresiones fueron reiteradas durante el juicio oral, conforme surge de los registros audiovisuales del día 26 de noviembre de 2019, donde consignó que la había motivado a hacer eso el pedido de ADN que D. D. hizo respecto de su hijo. Por su lado, al declarar P. D. D., padre del querellante, sostuvo que la abuela materna influía sobre la conducta del niño, al expresar: «es psicóloga y le inducía al niño, sobre comportamientos que debía hacer el chico en contra de su papáa, llenarle la cabeza al chico... que el papá tiene barba y es una persona mala [...] los de pelo largo son peligrosos [...] y en definitiva tratar de [...] formar al chico psicológicamente para ponerlo en contra de su papá [E]es el famoso lavado de cabeza».

De igual modo se expresó durante el debate oral en la audiencia de fecha 26 de noviembre de 2019.

Asimismo, la Lic. Ana Echeverría que había efectuado exámenes a las partes, al prestar nuevamente declaración testimonial durante la investigación, refirió que «la actitud del niño [al mostrarse atemorizado

y no querer entrar al recinto con su padre] estaba asociada a influencias de la abuela materna» (ver al respecto fs. 265 y vta. de autos n° 19.811).

Esa circunstancia también surgió de la declaración brindada por la trabajadora social Silvia Inés Giglio, quien sostuvo que existían determinadas acciones negativas por parte de la abuela hacia el niño, que lo incomodaron en el momento del encuentro –la visita asistida de fecha 5 de diciembre de 2008–, e implicaron una obstrucción al vínculo (ver al respecto, fs. 272 y vta. de autos n° 19.811).

Esas manifestaciones fueron reiteradas en el marco del juicio oral, ratificándose las expresiones que hicieron durante la investigación aunque con menor precisión, atento el tiempo transcurrido desde que se produjeron aquellos encuentros entre J.A.DD.V. y su padre. En este punto, corresponde señalar además que, durante el debate, L. G. Q. manifestó que era empleada judicial desde hacía nueve años y que había sido consultada por la señora V. sobre cómo tenía que hacer para irse y no obstaculizar el contacto de J.A.DD.V. con su progenitor, a lo cual la testigo le manifestó que tenía que hacerlo saber al Juzgado de Familia, como consignó el propio sentenciante en sus fundamentos.

Esa presentación efectivamente fue realizada por los representantes letrados de la acusada en el expediente de familia (fs. 122 de autos n° 19.811), y revelan que D. V. siguió la recomendación tendiente a evitar un impedimento u obstaculización de contacto; contrariamente a lo que sostuvo el tribunal de juicio mediante una ponderación parcializada de la prueba. En otro orden, resulta conveniente analizar las constancias del expediente de familia N° 310/8/1F, del cual surge, entre otros aspectos, el carácter conflictivo de la relación entre D. D. D. y D. V. y la familia de esta última, como consignó la Asesora de Menores e incapaces a fs. 38 de esas actuaciones.

En ese expediente y en el marco del establecimiento de un régimen de visitas, se efectuó una evaluación psicológica a D. V. –de 23 años de edad en aquel momento (19/5/2008)–, en la que la hoy acusada expresó «que su estado de gravedad fue vivenciado por ella como algo inesperado, lo cual la llevó a una situación de crisis personal.

Refiere que paulatinamente fue acomodándose a la idea de tener un hijo y ha intentado asumir el rol de madre, a su corta edad, con responsabilidad. Siente que ella y su familia debieron hacerse cargo de toda esta situación sin ayuda externa y vivencia la actitud del progenitor como un abandono de su hijo, habiendo renegado de éste y agraviado a su persona. Esta interpretación de los hechos ha generado un fuerte resentimiento, tanto en la joven como en su grupo familiar». La Lic. Ana Gabriela Echeverría que efectuó esa medida consignó, además, que V. «[mostraba] defensas lábiles, pudiendo presentar dificultades para enfrentar por sí misma situaciones conflictivas.

La fuerte contención familiar ha servido de sostén para ésta ante circunstancias negativas. Se observan signos de inmadurez e inestabilidad a nivel emocional». Esas circunstancias, advertidas por la profesional del Cuerpo Médico Forense cuando comenzaron los encuentros entre D. D. D. y su hijo J.A.DD.V., resultan relevantes para valorar la conducta de D. V., pero nunca fueron tenidas en cuenta y tampoco se determinó si fueron evolucionando positiva o negativamente.

En esa misma oportunidad se evaluó también a D. D. D., informándose al respecto que «[p]royecta[ba] en la familia V. tal intención [la de obstaculización del contacto con su hijo] no pudiendo implicarse como parte responsable en la pérdida de dicho contacto» (fs. 5 de expediente n° 19.811).

Otra de las circunstancias que debió tenerse en cuenta surge de la declaración brindada por el padre de la acusada, H. V. O., quien manifestó que «D[D.] en principio negó al hijo, decía que no era de él, se hizo el ADN y salió que era hijo de él. Después de cuatro años lo empezó a visitar, porque se impuso un régimen de visitas» (fs. 117 de autos n° 19.811).

Esta situación se encuentra corroborada por todos los que prestaron declaración durante el proceso e inclusive por las constancias del expediente n° 87.745/05/1F caratulado «D. D. c/V., H.M.V. y T.B.E. p/ impugnación de la paternidad».

De igual modo, debe considerarse que en el discurso de D. V. siempre surge el tema de la impugnación de la paternidad que D. D. D. llevó adelante durante los primeros meses de vida de su hijo, como se aprecia de las evaluaciones que realizó la Lic. Ana Echeverría y del mensaje de texto que el querellante mostró en la Fiscalía al brindar declaración testimonial, según el cual D. le escribió «[p]erdón? qué vínculo? Si lo negaste y dejaste al bebé! Y a mi no me interesa reprochar nada. No puedo decir lo mismo de [J.A.DD.V.]» (ver al respecto, fs. 283 vta. de autos n° 19.188). A su vez, durante el debate la Lic. Ana Echeverría, ya mencionada, hizo referencia al «resentimiento» que sentía D. y su grupo familiar por la actitud que había tenido D. D. D. respecto de la paternidad de J.A.DD.V. y expresó que es doloroso para cualquier mujer pasar por el embarazo y el parto sola (registros audiovisuales del día 26 de noviembre de 2019, desde minuto 1:46).

Como se advierte, los elementos de prueba referidos no hacen más que poner en evidencia el inmenso dolor y menoscabo que generaron en la acusada las dudas expresadas por D. D. D. respecto de la paternidad de J.A.DD.V. y, en consecuencia, respecto de la posibilidad de que mantuviera relaciones sexuales con otra persona, lo que la defensa entendió como un ataque a su dignidad.

Me refiero a la impugnación de paternidad, instrumentada en autos n° 87.745/05/1F, y a las consecuencias que una acción judicial de ese tipo puede generar en una mujer muy joven –casi adolescente–, soltera, en un centro urbano de pequeñas dimensiones y en una época (año 2004) en la que existían ciertos prejuicios sobre ser madre soltera.

A la edad que tenía D. V., debe sumarse la existencia de una madre que constantemente tomaba intervención en su vida y en la de J.A.DD.V., respecto de quien ostentaba, por previsión de la ley, su tenencia (por la menor edad de D. V., de acuerdo con la legislación entonces vigente). Con relación a esa última circunstancia, corresponde señalar que efectivamente la acusada era menor de edad cuando quedó embarazada de J.A.DD.V. y cuando nació su hijo, el 5 de julio de 2004 –de tal manera, mayor de edad a la fecha de la presente resolución–, en tanto contaba sólo con diecinueve años de edad –y aún no se encontraba vigente la ley 26.579 que disminuyó el límite para alcanzar la mayoría de edad–.

Es decir, que su condición de mujer, sumada a la edad que tenía la acusada, implican que haya sido doblemente vulnerable cuando nació J.A.DD.V. y cuando fue impugnada su paternidad, mientras que el progenitor del niño era mayor de edad, hombre, independiente y ya no residía en la ciudad de

Ese contexto, indudablemente tuvo incidencia en el desarrollo de los acontecimientos que derivaron en los hechos objeto del proceso; pero, a pesar de ello, no fue tenido en cuenta al resolver. De los elementos de prueba analizados precedentemente surge con claridad que no se han podido acreditar con el grado de certeza necesario todos los extremos de la imputación que se le endilga a D. V.. Por el contrario, existen serias dudas relacionadas principalmente con la autoría de las obstrucciones o impedimentos de contacto e, inclusive, la concurrencia de los otros elementos necesario para considerar que existe delito, particularmente la antijuridicidad y la culpabilidad, sin haberse descartado debidamente una causa de justificación o de exculpación, en virtud del contexto en el que los hechos se han producido.

En situaciones como la ventilada en las presentes actuaciones, donde no sólo se ven involucrados los derechos de las mujeres, sino también de los niños y niñas, el juez tiene la responsabilidad de evacuar toda duda razonable para llegar al dictado de una sentencia condenatoria; pues, de lo contrario, debe primar el principio de inocencia, establecido en el art. 2 del CPP.

Por otro lado, corresponde destacar que, no obstante la extensa introducción que hizo el sentenciante con el fin de dejar en claro cuál es el bien jurídico que, a su criterio, tutela la ley 24.270 —esto es, el vínculo paterno/materno filial que debe establecerse, según expresó, dando siempre supremacía al interés superior del niño—, en ningún momento de su análisis reparó en valorar el modo en que la conducta de ambos padres habría incidido en el interés de J.A.DD.V.

Solamente se ha meritado el impacto que habría tenido en el niño la conducta de V., sin considerar que en el origen del conflicto la acusada también era menor y mujer y, por lo tanto, tal como se dijo, doblemente vulnerable; y que el padre, mayor de edad, fijó su residencia en otra ciudad, alejado del centro de vida de la madre y el hijo.

Todo ello, a pesar de que el propio juez dio intervención a la abogada del niño, que se encontraba presente durante los alegatos de las partes. En esa ocasión, aquella destacó que la única víctima de este largo proceso era J.A.DD.V., que todo lo que se había ventilado no era judicial, y que condenar a la D. V. sería contraproducente, revictimizaría al niño y aumentaría el rechazo del niño hacia su padre, si es que tenía tal rechazo (conforme registros audiovisuales, audiencia del día 2 de diciembre de 2019, minuto 1:59:34). Respecto de estas consideraciones ninguna ponderación realizó el juez de la instancia anterior, ni para considerarlas apropiadas o inapropiadas, aplicables o inaplicables al caso. Ello convierte a la aludida mención del «interés superior del niño» en una mera afirmación dogmática que no se refleja en la valoración probatoria aquí analizada ni en la solución adoptada.

No puede soslayarse en este aspecto que destacada doctrina se ha manifestado escéptica respecto de que la penalización de situaciones como la ventilada en el presente proceso sea pertinente para el bienestar de los niños, niñas y adolescentes. Así, Kemelmajer de Carlucci ha sostenido que «la mediación puede solucionar el conflicto de manera más eficiente que el sistema penal.

En mi opinión, quienes apoyan la penalización olvidan que la víctima es el niño, utilizado, una vez más, como botín de guerra, agravándose una situación de por sí ya deteriorada» **(KEMELMAJER DE CARLUCCI, A, «La mediación familiar. Un instrumento pacificador que avanza», RDF nº 66, 2014, cita online: AR/DOC/5441/2014).**

Por su lado, Donna ha expresado que «lo que puede discutirse, y seriamente, es si era necesario, penalizar este tipo de conductas que, normalmente, se refieren a conflictos entre padres divorciados y separados, y entre los cuales es claro que la ley penal no los va a resolver, sino que va a profundizar los problemas» **(DONNA, E. A., Derecho penal, Parte Especial, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2011, tomo II-A, p. 324).**

Estas circunstancias, condicionaban aún más al magistrado interviniente a dar razones suficientes que armonizaran la solución adoptada con el «interés superior del niño», extremos que no se observan en el caso bajo análisis.

Resta señalar el prolongado trámite que se le ha dado a estas actuaciones, lo que excede el derecho de los acusados a obtener un pronunciamiento en plazo razonable.

Si bien es cierto que la extensa duración del proceso es atribuible a todos los actores procesales e, inclusive, a la propia administración de justicia, también lo es que ningún beneficio ha reportado este proceso para interés de quien, tal como afirmó el juez de la instancia previa, se pretendía proteger: J.A.DD.V.

De tal manera, se impone la inmediata conclusión del proceso, en tanto el principio **in dubio pro reo** permite arribar a una solución que evite prolongar innecesariamente la situación procesal de la acusada (ver al respecto, en lo pertinente, Fallos 342:2319).

Por las razones precedentemente expuestas, y oído el Procurador General, corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión referida al recurso de casación deducido contra la denegatoria de suspensión de juicio a prueba y afirmativa respecto a la primera cuestión relacionada con la casación contra la sentencia condenatoria emitida contra D. R. V..

En consecuencia, y por existir dudas razonables relativas a distintos aspectos de la imputación endilgada a D. R. V., corresponde revocar la sentencia impugnada y, absoverla de conformidad con lo dispuesto por el **art. 2 del CPP**.

Atento a la solución que propicio y las consideraciones precedentes, no resulta necesario expedirme en relación con el resto de los agravios formulados por la defensa. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Garay. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. DALMIRO GARAY CUELI adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto Dra. Gómez. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. JULIO R. GÓMEZ, POR SU VOTO, DIJO: Puesto a resolver los recursos de casación interpuestos en la presente causa, debo decir que comparto la solución a la que llega mi distinguida colega preopinante en relación con el recurso interpuesto contra la sentencia condenatoria respecto de D. V..

Ello, en atención a las razones detalladamente expuestas en el voto preopinante, particularmente las referidas a la **ausencia de abordaje del caso con perspectiva de género en la instancia anterior**.

Esta decisión, a mi criterio, torna innecesario expedirse sobre el recurso casatorio formulado contra la decisión adoptada en fecha 25 de noviembre de 2.019, puesto que la solución propuesta por mi colega – con la que, como adelanté, coincido– resuelve el conflicto suscitado en las presentes actuaciones.

En función de lo expuesto estimo que, deviene abstracto pronunciarse en relación con la primera cuestión planteada relativa al rechazo de la suspensión a prueba dispuesta en audiencia del 25 de noviembre de 2019 y, de manera afirmativa a la cuestión planteada respecto de la sentencia nº 1.420. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, LA DRA. MARÍA TERESA DAY, DIJO: Respecto del recurso deducido contra la denegatoria de suspensión de juicio a prueba, corresponde omitir pronunciamiento, atento a que se respondió negativamente la primera cuestión propuesta.

En relación con el recurso de casación deducido contra la sentencia nº 1420, en razón del resultado al que se llega en el tratamiento de la cuestión anterior, corresponde casar ese pronunciamiento originario del Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial, y sus fundamentos, en cuanto condena a D. R. V. E..

En consecuencia, corresponde casar los puntos II, III, IV, V y VI del resolutivo de la mencionada sentencia (fs. 771 y vta.), los que quedarán redactados de la siguiente forma: «II.- ABSOLVER a D. R. V. E., de demás datos obrantes en autos, respecto de los hechos acaecidos en la ciudad de San Rafael, Mendoza, y que fueran calificados como IMPEDIMENTO Y OBSTRUCCIÓN ILEGAL DE CONTACTO DE HIJOS MENORES CON PADRES NO CONVIVIENTES, AGRAVADO POR LA EDAD DEL NIÑO (art. 1 in fine de la ley 24.270), por los hechos. Ello, sin costas por resultar la sentencia absolutoria (art. 29, inc. 3 del CP). III.- Diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad». ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JULIO R. GÓMEZ Y DALMIRO F. GARAY adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, LA DRA. MARÍA TERESA DAY DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas por la labor profesional desarrollada por su orden y diferir para su oportunidad la regulación de los honorarios. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JULIO R. GÓMEZ Y DALMIRO F. GARAY adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia, fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar sustancialmente el recurso de casación contra la resolución que denegó la aplicación de la suspensión de juicio a prueba a favor de D. R. V. E..
- 2.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto y, en consecuencia, casar los puntos II, III, IV, V y VI del resolutivo de la mencionada sentencia (fs. 771 y vta.), los que quedarán redactados de la siguiente forma: «II.- **ABSOLVER a D. R. V. E.**, de demás datos obrantes en autos, respecto de los hechos acaecidos en la ciudad de ..., Mendoza, y que fueran calificados como IMPEDIMENTO Y OBSTRUCCIÓN ILEGAL DE CONTACTO DE HIJOS MENORES CON PADRES NO CONVIVIENTES, AGRAVADO POR LA EDAD DEL NIÑO (art. 1 in fine de la ley 24.270), por los hechos. Ello, sin costas por resultar la sentencia absolutoria (art. 29, inc. 3 del CP). III.- Diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad».
- 3.- Imponer las costas por la labor profesional desarrollada en esta instancia recursiva por su orden y diferir para su oportunidad la regulación de los honorarios.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. Cúmplase. DR. DALMIRO F. GARAY CUELI Ministro DRA. MARÍA TERESA DAY Ministro DR. JULIO R. GOMEZ Ministro

Capítulo XV.

Ley 13944.

Incumplimiento de deberes de Asistencia Familiar

CAPÍTULO XV. INCUMPLIMIENTO DE DEBERES DE ASISTENCIA FAMILIAR.

Ley 13944. Art. 4 CP.

ARTICULO 1º.- Se impondrá prisión de un mes a dos años o multa de setecientos cincuenta pesos a veinticinco mil pesos a los padres que, aun sin mediar sentencia civil, se substraieren a prestar los medios indispensables para la subsistencia a su hijo menor de dieciocho años, o de más si estuviere impedido.
(Montos de la multa sustituidos por art. 1º punto 11 de la Ley Nº 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTICULO 2º.- En las mismas penas del artículo anterior incurrirán, en caso de substraerse a prestar los medios indispensables para la subsistencia, aun sin mediar sentencia civil:

- a) El hijo, con respecto a los padres impedidos;
- b) El adoptante, con respecto al adoptado menor de dieciocho años, o de más si estuviere impedido; y el adoptado con respecto al adoptante impedido;
- c) El tuto, guardador o curador, con respecto al menor de dieciocho años o de más si estuviere impedido, o al incapaz, que se hallaren bajo su tutela, guarda o curatela;
- d) El cónyuge, con respecto al otro no separado legalmente por su culpa.

ARTICULO 2º bis.- Será reprimido con la pena de uno a seis años de prisión, el que con la finalidad de eludir el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias, maliciosamente destruyere, inutilizare, dañare, ocultare, o hiciere desaparecer bienes de su patrimonio o fraudulentamente disminuyere su valor, y de esta manera frustrare, en todo o en parte el cumplimiento de dichas obligaciones.

(Artículo incorporado por art. 1º de la Ley Nº 24.029 B.O. 18/12/1991)

ARTICULO 3º.- La responsabilidad de cada una de las personas mencionadas en los dos artículos anteriores no quedará excluida por la circunstancia de existir otras también obligadas a prestar los medios indispensables para la subsistencia.

ARTICULO 4º.- Agrégase al artículo 73 del Código Penal el siguiente inciso: “5º: incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, cuando la víctima fuere el cónyuge”.

ARTICULO 5º.- La presente Ley se tendrá por incorporada al Código Penal.

ARTICULO 6º.- Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Dada la Sala de Sesiones del Congreso Argentino, en Buenos Aires, a 15 de setiembre del Año del Libertador General San Martín, 1950.

1- CASADO- PERDIGUEZ. 23-08-22

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														424
VG	-	-	-	PCE	-	-	A	-	-	-		-	-	429

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=873>

Lex: Art. 2 inc. d en función del art. 1 Ley 13.944. Ley 26485. Ley 27499. Convención Belén Do Para. Art. 73 del CP. art. 198 inc. c, 424 in fine, 429 del CPP.

Vox: VG. Delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar. Falta de acción cuestionada. Querellante es ex esposa del imputado. Acción privada. Legitimación activa. Forma y contenido de la querrela. Nulidad. Audiencia de conciliación. Curatela del querrellado.

Summa:

El TPC condenó al señalado en autos, José Mariá CASADO, a la pena de **un año y seis meses de prisión** como autor penalmente responsable del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar (art. 2 inc. d en función del art. 1 Ley 13.944).

La **defensa** del nombrado interpone recurso de casación, (Art. 474, incs. 1 y 2 del CPP) e incidente de nulidad (Art. 429, 198 del CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó el recurso de casación interpuesto por la defensa y el incidente de nulidad planteado por resultar **extemporáneo**.

Existiendo un convenio entre cónyuges de pago de cuota de alimentos, el cual es homologado judicialmente en donde el acusado se compromete a abonar una cantidad de dinero en forma continua, ininterrumpida y vitalicia **a favor de su ex esposa**, y no cumple con dicho convenio, comete el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, **un delito de carácter permanente** que comienza a consumarse cuando ambos se encontraban legalmente casados. En materia penal el método de análisis **con perspectiva de género** que debe ser utilizado cuando la mujer es víctima de un delito es para asegurar que la ley, que es igual para todas las personas, sea también aplicada con igualdad de trato ante ella.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 1636, pronunciada por el TPC N° 1-2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Dr. Valerio:

I- Valoración probatoria en materia de violencia de género. **Perspectiva de género:**

- «Morales Quiroga»
- «Cruz Caporiccio». 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- «Ojeda Pérez». 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- «Vázquez Tumbarello». 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- «Narváez Videla». 23-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=269>
- «Brancello Urbón». 05-03-20.: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- «Vega» 04-06-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- «Zurita» 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>

Dr. Adaro.

I- Valoración probatoria en materia de violencia de género. **Perspectiva de género:**

- «Galdeano Reyes».31-07-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=242>
- «Concha, Jesús»
- «González Pringles»
- «Ojeda Pérez»: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- «Rivero Gutiérrez».19-02-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=280>
- «Alaniz Pineira» 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>

Dr. Palermo.

I- Valoración probatoria en materia de violencia de género. **Perspectiva de género:**

- «Di Cesare Morales»26-06-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- «Mejía Salvador». 10-09-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>
- «Reyes Cortelezzi».08-03-21. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=634>

b-CSJN

- «García» 04-05-21. Fallos 333:584
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/fallosDestacados/buscar.html>

Doctrina citada.

Bobbio, Norberto, "Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política", Fondo de Cultura Económica, trad. José F. Fernández Santillán, México, 1989 –conf. «Zurita»–.

Precedentes relacionados

- García. 27-02-98: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>

El delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar previsto en el inc.1° ley 13.944 **es un delito de peligro abstracto.**

Expte.:63141 - FISCAL GARCIA WALTER EDGARDO INFRACCION LEY 13.944 - CASACION. Fecha:27/02/1998 - SENTENCIA Tribunal. SUPREMA CORTE - SALA N° 2Magistrado/s:SALVINI-NANCLARES-BÖHM.Ubicación:LS281-245Fuente.: Oficina de Jurisprudencia.

- Roldán. 18-06-98: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>

El art.1° ley 13.944 no exige que la conducta omisa sea "maliciosa", ya que el concepto de substracción o apartamiento de la obligación asistencial se consuma, no solo con la simple materialidad de la no entrega de los medios indispensables para la subsistencia, sino que demanda que ella implique el incumplimiento de la obligación respectiva. No cumple esa obligación el que pudiendo satisfacerla, no lo hace voluntariamente. Esta voluntariedad no requiere necesariamente un obrar malicioso, tampoco es indispensable que el autor obre deliberadamente, pues el incumplimiento de la obligación sucede, aunque el autor no lo premedite o preordene, cuando pudiendo satisfacerla, no lo quiere hacer.

Expte.: 62663 - FISCAL ROLDAN, MIGUEL ALBERTO INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE ASISTENCIA FAMILIAR - CASACION. Fecha: 18/06/1998 - SENTENCIA. Tribunal: SUPREMA CORTE - SALA N° 2. Magistrado/s: BÖHM-NANCLARES. Fuente.: Oficina de Jurisprudencia.

- **LOPEZ GUIÑAZU. 01-12-07:** <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>

Para la consumación del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, es suficiente que el autor **se sustraiga de prestar los medios indispensables para la subsistencia**, no siendo necesario que la víctima sufra una efectiva carencia o que se encuentre en una situación de peligro concreto.

Los medios indispensables para sufragar los gastos de una razonable alimentación, vestimenta, habitación y atención médica, y estos medios deben prestarse en dinero o mediante valores económicos adecuados para salvar las necesidades existentes. Por lo que se debe considerar que la compra de vestimenta o de elementos de esparcimiento que realiza el imputado no cumplen con la carga asistencial, sino que por el contrario demuestran la capacidad económica para afrontar las obligaciones a que éste se sustrae.

Expte.: 13038883717 - FISCAL C/ LOPEZ GUIÑAZU GUSTAVO ARIEL P/ INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE ASISTENCIA FAMILIAR P/ CAS.Fecha: 01/12/2017 – SENTENCIA. Tribunal: SUPREMA CORTE - SALA N° 2. Magistrado/s: VALERIO - PALERMO –ADARO. Ubicación: LS544-182. Fuente.: Oficina de Jurisprudencia.

- DOMINGUEZ. 02-10-20. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=397>
- CASADO. 29-12-20. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=450>
Violencia económica.
- BUENANUEVA ABALLAY. 04-08-21. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=648>
Intervención de Asesora de NNA

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo

Fallo:

CUJ: 13-06836002-6/1((028601-137)) PERDIGUEZ VIVIANA E. C/ JOSE MARIA CASADO P/ QUERELLA (0137) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106087301*

En Mendoza, a los veintitrés días del mes de agosto del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-06836002-6/1, caratulada "F. C/ P.V.E. C/ JOSÉ MARÍA CASADO P/ QUERELLA P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo, DR. MARIO D. ADARO y, tercero, DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa de José María Casado interpone recurso de casación (fs. 234/243 vta.) contra la sentencia n° 1.636 (fs. 212 y vta.) y sus fundamentos (fs. 214/223 vta.), mediante la cual se lo condenó a la pena de **un año y seis meses de prisión** como autor penalmente responsable del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar (art. 2 inc. d en función del art. 1 Ley 13.944) que se le atribuye en el legajo N° 137.

El pronunciamiento fue dictado por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Segunda Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Son procedentes el recurso interpuesto y el planteo de nulidad formulado?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- La sentencia recurrida

El tribunal de juicio, en lo que aquí interesa, tuvo por probado que «[J]osé María Casado contrajo matrimonio con [V.E.P.] en fecha 06/04/1984. A partir del año 2006 la señora [V.E.P.] padece una enfermedad coronaria que le provocó dos infartos de miocardio. Ambos esposos suscribieron en fecha 10/10/2013 un convenio de separación de bienes que incluyó la obligación de pago por parte de José María Casado de cuota alimentaria y de la Obra Social Cimesa a favor de [V.E.P.], obligación esta que el imputado nunca cumplió, excepto las cuotas correspondientes a los meses de mayo y junio de 2015. Este convenio fue homologado por el Juzgado de Familia en fecha 10/02/2015, haciendo saber que el convenio rige desde su firma. Ambos esposos entablan demanda de **divorcio por mutuo acuerdo**, que se produce mediante sentencia de fecha **02/07/2014**. José María Casado no ha dado cumplimiento a la **cuota alimentaria que surge del convenio de alimentos** de fecha 10/10/2013, desde los meses de junio del año 2019 hasta el mes de setiembre del año 2020, respecto de su ex cónyuge [V.E.P.], domiciliada en calle Olascoaga 1.073 de San Rafael, incumplimiento que comenzó desde la misma firma de dicho convenio alimentario formalizado en fecha 10/10/2013, hecho del que se desprende que José María Casado, durante el período indicado, no ha suministrado ayuda económica alguna con motivo de las necesidades que sufría [V.E.P.]».

Para así decidir el tribunal sentenciante valoró, entre los elementos más importantes, la sentencia n° 577 correspondiente a los autos P-2 101.243/15, los estudios médicos obrantes en los autos N° 101.234/15, y el informe del Cuerpo Médico Forense.

2.- El recurso de casación de la defensa

a.- En relación con el recurso de casación formulado, debe señalarse que los motivos de la defensa se enmarcan en las disposiciones del art. 474, incs. 1 y 2 del CPP.

En primer lugar, considera que se violó la garantía de la defensa y el debido proceso legal.

Sostiene que el proceso penal adolece del requisito sine qua non para su promoción y persecución, que es la **falta de acción**, dado que, a su entender, **la querellante carece de legitimación activa**.

Manifiesta que del texto expreso de los arts. 1 y 2 de la ley 13.944 y del art. 73 inc. 4 del CP surge que la **querellante debe ser cónyuge del querellado**, lo que a su entender no sucede en el caso particular, puesto que la denunciante **no tiene vínculo conyugal con José María Casado**, en tanto en el año 2.014 se dictó la sentencia de divorcio y, en consecuencia, se disolvió el vínculo matrimonial.

Refiere que en la querrela se reclamó el pago de alimentos correspondientes a los meses de junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2.019 y desde enero hasta septiembre del año 2.020.

Sin embargo, argumenta que desde junio del 2.019 la querellante llevaba cinco años de divorciada con José María Casado, por lo que al **no ser la cónyuge del querellado al tiempo de deducir la acción privada, ni al tiempo en que sucedió el hecho denunciado**, considera que existe un obstáculo legal absoluto para que se le diera trámite al juicio de acción privada, por lo que se debió disponer el archivo del expediente conforme lo prescrito por el **art. 424 in fine del CPP**.

Considera que, al existir la causal de **nulidad absoluta establecida por el art. 198 punto 3 del CPP**, se debe casar la sentencia impugnada y declarar la nulidad de todo lo actuado, disponiendo el archivo del expediente.

En segundo lugar, sostiene que se violó el **principio de legalidad**, en tanto refiere que se le endilgó a José María Casado la comisión del delito tipificado en el **art. 1 de la ley 13.944**, el que según su entender sólo puede ser cometido por el cónyuge (**art. 2 punto d de la Ley 13.944**).

Argumenta, en el mismo sentido referido a la falta de acción, que como en el periodo denunciado por la querellante el denunciado no era su cónyuge, la norma legal en cuestión es inaplicable por imperio del principio de legalidad.

Al respecto considera que sólo puede considerarse delito si el querellado era cónyuge en el periodo denunciado, es decir desde junio del 2.019 a septiembre del 2.020, por lo que refiere que, al tratarse de un delito especial propio, el autor material debe ser el sujeto activo indicado en la norma penal. Formula reserva del caso federal.

3.- El planteo de nulidad formulado por la defensa en esta instancia

Con posterioridad a la interposición del recurso de casación antes referido, la defensa, ya en esta instancia, interpone un incidente nulidad argumentando que la audiencia de conciliación celebrada, de acuerdo con el **art. 429 del CPP es inválida**, en tanto refiere que el querellado está absolutamente inhabilitado e incapacitado porque está cumpliendo una condena de más de tres años de prisión.

En efecto, sostiene que el querellado es una persona que **carece de capacidad**, puesto que no puede administrar sus bienes, y carece del derecho de disponer de ellos y de aptitud para celebrar actos jurídicos, por lo que considera que, para que la audiencia de conciliación fuera válida se debió designar un **curador al querellado**, puesto que solo el **representante legal es la persona con capacidad para conciliar** sobre los reclamos crediticios o patrimoniales de la querellante.

Solicita que se declare la nulidad de todo lo actuado y que se disponga la remisión de los autos al tribunal de origen, para que a través del subrogante legal, una vez que se le haya provisto la **curatela al querellado**, se proceda a la celebración de audiencia de conciliación que resulte jurídicamente válida.

4.- La posición de la querellante en relación con el recurso de casación interpuesto y el planteo de nulidad formulado

La querellante solicita que se rechace el recurso de casación por considerarlo improcedente, en tanto considera que no existe vicio alguno en la querrela incoada, ni en la sentencia dictada. Por otra parte, también solicita que se rechace el incidente de nulidad opuesto por el querrellado José María Casado, en tanto considera que las manifestaciones vertidas en su pedido de nulidad absoluta son contrarios a los actos propios efectuados por el defensor legal y por el acusado.

Al respecto, sostiene que la modificación del art. 432 de la ley 1908 trae aparejado que ya no es obligación del tribunal designar un curador, dejando librado al condenado su pedido, para el caso que así lo considere necesario. Por lo que considera que debió el querrellado y/o su abogado defensor solicitar un curador.

5.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación formulado por la defensa considero, por los motivos que a continuación se exponen, que no corresponde hacerle lugar.

En relación con el planteo de nulidad formulado, estimo que también se impone si desestimación.

5.1.- En cuanto a los cuestionamientos formulados por la defensa en el recurso de casación interpuesto.

5.1.- En cuanto a los cuestionamientos formulados por la defensa en el recurso de casación interpuesto, debo señalar que no resultan procedentes pues, como seguidamente se explicará, la motivación de la sentencia cuestionada es suficiente para mantenerla como acto jurisdiccional válido. Ello, en tanto no adolece de falencias que impliquen su anulación, a tenor de la jurisprudencia reiterada de esta Sala que ha establecido que, para que los defectos en la fundamentación conlleven tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (conf. LS. 186- 427, 153-011, 354-218, 392-094 y 397-177, entre otros); lo que en la especie no ocurre. Paso a explicarlo.

a.- Consideraciones generales sobre la valoración probatoria con perspectiva de género.

En el presente caso al acusado se le atribuye el hecho que, como se dijo, fue calificado como incumplimiento de los deberes de asistencia familiar. La querellante, V.E.P., es su ex pareja.

De tal manera entiendo esencial, de manera previa al análisis del recurso interpuesto, destacar que este Tribunal se ha pronunciado sobre valoración probatoria con perspectiva de género en diversas oportunidades.

En particular, tuvo ocasión de referirme a ello en diversos precedentes («Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa»; «Quiroga Morales»; «Ojeda Pérez»; «Vázquez Tumbarello»; «Vega»; «Zurita»; entre otros).

En lo que sigue, traeré a colación ciertos pasajes de algunos de aquellos votos, pues considero que resultan enteramente aplicables a este caso y dan cuenta del modo en que, a mi juicio, la perspectiva de derechos debe ingresar al proceso penal.

Encuentro pertinente en primer lugar recuperar las consideraciones realizadas en «**Ojeda Pérez**», donde sostuve que «[...] comparto que aquella concepción según la cual **la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes** académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que

permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017).

Destaco la idea de **igualdad** contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional.

Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - **Belem Do Pará** -, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”).

Señalé también en esa ocasión que «[...] en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las "mujeres".

En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas.

Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional [...] los siguientes derechos y garantías: i) A la **amplitud probatoria** para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son sus naturales testigos [...] (art. 16)».

Ahora bien, además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene normas que «[...] consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género.

En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de «amplia libertad probatoria» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (art 31)».

De tal manera, y conforme sostuve en el ya citado **precedente «Ojeda Pérez»**, «[...] el texto legal vigente [ley 26.485] no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP).

A mi modo de ver, la imposición de un **método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática**, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos

jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas».

Así, «[...] el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un **método de valoración que evite la discriminación** que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar.

Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (**art. 7, inc. “e”**)».

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional en razón de que «[...] siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento.

Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a lo expresado «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

Deber jurídico como instrumento garantizador de igualdad de las mujeres

De tal manera «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel **deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo**.

A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables».

De no proceder de esta manera estaríamos recreando la sociedad estamental –con características propias– del Estado premoderno, lo que implicaría una vulneración del principio de igualdad –consagrado en el **art. 16 de la CN y 7 de la CM**–, el que, a su vez, constituye uno de los pilares de la República Federal –hasta aquí, **conf. «Ojeda Pérez»**–.

Es decir que, este método de análisis es para asegurar que la conquista de la igualdad consagrada en el art. 16 de la CN, donde además de ser iguales las personas ante la ley y esta una misma para los habitantes, en los hechos tenga una acción y fuerza uniforme (**art. 7 de la Constitución de Mendoza**) (**conf. «Zurita»**).

Perspectiva de género. Forma de actuación.

En segundo lugar, he enfatizado que la perspectiva de género no se trata simplemente de un **lenguaje**, sino esencialmente de una **forma de actuación** que requiere comprender en toda su dimensión que existen en los casos y/o circunstancias una situación de discriminación que se reclama su cese para asegurar un trato igualitario de todas las personas –**conf. «Zurita»**–.

Método de análisis con perspectiva de género

En particular, en materia penal **el método de análisis con perspectiva de género** que debe ser utilizado cuando la mujer es víctima de un delito es para asegurar que la ley, que es igual para todas las personas, sea también aplicada con igualdad de trato ante ella, evitando la discriminación por usos y costumbres derivadas de la cultura estereotipada patriarcal –como poder ideológico, que se vale de la posesión de ciertas formas de saber, información o códigos de conducta, incluso por la posesión de ciertos bienes que le dan la primacía a algunos varones sobre los restantes integrantes de cada grupo de pertenencia de varones, mujeres y niños/as; y entre los varones al primigenio; como de los varones sobre las mujeres y de éstas sobre los niños/as–, para ejercer una influencia sobre el comportamiento de los demás e inducir a los miembros del grupo a efectuar o no efectuar una acción, o machista –como ejercicio o manifestación de la fuerza o económico, que se impone por la asimetría entre los varones y de estos con las mujeres–, como capacidad de determinar el comportamiento de los demás; pero ambos imponen rígidos roles que contribuyen a instituir y mantener sociedades desiguales, divididas entre fuertes y débiles, ricos y pobres, como de sabios e ignorantes (ver Bobbio, Norberto, “Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política”, Fondo de Cultura Económica, trad. José F. Fernández Santillán, México, 1989) –conf. «Zurita»–.

En tercer orden, y tal como destacué en el **caso «Vázquez Tumbarello»**, la relevancia de **la ley 27.499**, denominada **«Ley Micaela»**, en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado.

En coincidencia con aquella normativa **la Acordada N° 29.318** de esta Suprema Corte de Justicia, y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia».

Así, con fundamento en el principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, se dispusieron una serie de acciones concretas para asegurar la «igualdad real» de las mujeres en sus relaciones interpersonales.

En conclusión, entiendo que la trascendencia de **la ley 26.485** radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa, a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una perspectiva para valorar los elementos probatorios bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional.

Ella debe estar despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron, e importan, prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación.

Estas consideraciones, como adelanté y seguidamente explicaré, las entiendo plenamente aplicables al caso por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género en donde el tribunal de instancia anterior ha tenido en cuenta los parámetros antes referidos al momento de la ponderación de los elementos de prueba obrantes en la causa.

En función de las pautas señaladas es que analizaré las impugnaciones formuladas en la presente causa.

b.- Consideraciones sobre los cuestionamientos realizados por la defensa a la valoración probatoria realizada por el tribunal de sentencia y al modo de fundamentar su decisión

El eje central de la impugnación de la defensa se endereza a cuestionar la falta de legitimación activa por parte de la denunciante.

Al respecto, el recurrente argumenta que la querellante, al tiempo de interponer la querrela y al momento en que sucedió los hechos allí mencionados, no era la cónyuge del querrellado José María Casado, en tanto en el año 2014 se dictó la sentencia de divorcio.

Se advierte de los fundamentos de la sentencia cuestionada que el tribunal abordó correctamente, a mi entender, el planteo de la defensa en cuanto a la falta de legitimación activa de la querellante.

Al respecto, el tribunal señaló que cuando José María Casado comenzó a cometer el delito el 10/10/2013, fecha en que se suscribió el convenio de pago de cuota de alimentos y de obra social a favor de la querellante, **se encontraba legalmente casado con la querellante**, en tanto ambos contrajeron matrimonio el 06/04/1984 y el divorcio vincular por mutuo consentimiento se produjo el 02/07/2014.

También hizo referencia que si bien es cierto que al tiempo de deducir la demanda, en septiembre de 2020, y en el periodo comprendido desde junio de 2019 a septiembre de 2020, por el que se reclama el pago de alimentos, el querrellado y la querellante se encontraban divorciados, esto **no autoriza a sostener, tal como afirmara el recurrente, que aquélla perdiera la calidad de sujeto activo del delito.**

Ello, en tanto estamos en presencia de un **delito de carácter permanente** que implica que el disvalor de la conducta permanece en el tiempo, conducta que comenzó en octubre de 2013 –fecha en que se suscribió el convenio de pago de cuota de alimentos y de obra social a favor de la querellante–, cuando ambos estaban unidos en matrimonio y que se extendió hasta septiembre de 2020, cuando ambos se encontraban divorciados.

Asimismo, es de resaltar que en los fundamentos el tribunal mencionó, también acertadamente, que, en el convenio de pago de cuota de alimentos, que fue homologado judicialmente el 10/12/2015, el acusado se comprometió a abonar la suma mensual de quince mil pesos (\$15.000) a V.E.P., en forma continua, ininterrumpida y vitalicia, como así también el pago en forma mensual de la obra social CIMESA, tanto para su hijo, como para V.E.P.

También el tribunal de la instancia previa destacó que en una de las cláusulas de lo convenido se aclaró que «[l]o comprometido en este acuerdo voluntario tiene carácter de definitivo, por lo que en el caso de que se inicie juicio de divorcio y, posteriormente, se dicte sentencia declarando la disolución de la sociedad conyugal, todo lo estipulado será plenamente oponible entre las partes» (Fundamentos fs. 218). Por consiguiente, se puede afirmar que, tal como lo hizo el tribunal de la instancia anterior, **V.E.P. y José María Casado reúnen respectivamente la calidad de sujeto activo y pasivo del delito** de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, por cuanto estamos en presencia de un delito permanente que comenzó a consumarse cuando ambos se encontraban legalmente casados y hasta el mes de septiembre de 2020.

Lo mencionado conlleva, asimismo, al rechazo del argumento según se habría vulnerado el principio de legalidad pues el delito tipificado en el art. 1 de la ley 13.944 sólo puede ser cometido por el cónyuge.

De acuerdo con ello no son de recibo las alegaciones de la defensa.

Ello, por cuanto el tribunal ha sustentado su decisión en las pruebas rendidas, que ponderó de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional, cuyo apartamiento no ha podido demostrar, constituyendo su agravio una reedición de los planteos que efectuó al momento de formular su respectivo alegato de cierre en la audiencia de debate, y que fueron contestados pormenorizadamente por el tribunal de juicio en los fundamentos aquí analizados.

5.2.- En relación con el planteo de nulidad formulado por el querellante

5.2.- En relación con el planteo de nulidad formulado por el querellante, tal como adelanté, considero que corresponde su desestimación.

Esto por cuanto el planteo debió ser interpuesto al momento de formular el recurso de casación, atento a que el alegado se trataría de un vicio del procedimiento (**art. 474, inc. 2 del CPP**).

De tal manera, el planteo que se pretende introducir con la articulación de un **incidente de nulidad autónomo, resulta extemporáneo.**

Sin perjuicio de lo señalado, debe decirse que tampoco resulta procedente en el fondo por cuanto la conciliación prevista por el **art. 429 del CPP** no necesariamente implica que el querellado lleve adelante acto alguno de administración o disposición sobre sus bienes con motivo de ello.

El acuerdo que eventualmente se puede alcanzar perfectamente puede recaer sobre intereses que carezcan de apreciación económica –así, por ejemplo, lo que ocurre con la retractación en los delitos contra el honor–.

Por todo lo expuesto, debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazarse el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado. **ASÍ VOTO.**

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Comparto los fundamentos por los cuales mi colega preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa del acusado. En cuanto a las consideraciones realizadas en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género me remito, en lo pertinente, a lo que ya he referido en numerosos pronunciamientos (**ver «Galdeano Reyes», «González Pringles», «Ruiz Gutiérrez», «Alaniz Pineira» y más recientemente, «Vargas Riquelmes», «Scifo Ruffini» y «González Sosa», entre otros**).

Del mismo modo, y con relación a la violencia económica sufrida por la víctima, me remito –en lo que resulte concerniente– a lo referido en los **precedentes «Muñoz García» y «Rodríguez Ginestra»,** entre otros. **ASÍ VOTO.**

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido y el incidente de nulidad planteado por la defensa, coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante.

En cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género me remito, en lo pertinente, a lo oportunamente señalado en **«Di Cesare Morales», y «Mejía Salvador»** por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso. Por ello, estimo que debe contestarse de manera negativa a la primera cuestión planteada. **ASÍ VOTO.**

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. **ASÍ VOTO. S**

obre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO, adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. **ASÍ VOTO**

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO, adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de José María Casado y el incidente de nulidad planteado en esta instancia.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal efectuada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

2- FUENTES. 20-12-22.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														474
-	-	-	-	-	-	-	A	-	-	-	Inc3	-	-	353

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=985>

Lex: Art. 1 de la ley n° 13.944. Art. 59 inc. 3, 62 incs. 2 y 5 del CP. Art. 353 inc. 4, 417 quater del CPP.

Vox: Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar. Prescripción. Solicitud de audiencia de acusación. Delito de omisión. Delito permanente. Delito continuado. Cese del estado consumativo de la omisión punible. Nulidad del auto.

Summa:

El **JPC** rechazó el pedido de sobreseimiento por prescripción de la acción penal respecto del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, previsto y penado en el **art. 1 de la ley n° 13.944**.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 2 CPP). Entiende que la acción se encuentra extinguida de conformidad a lo dispuesto por el art. 59 inc. 3, 62, inc. 2 del CP.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa técnica del acusado, y en consecuencia anular el auto n° 3318 de fecha 30 de noviembre de 2021 y sus fundamentos orales, remitiendo las presentes actuaciones al tribunal de origen a fin de que –previa verificación de la inexistencia de otra causa interruptiva–, se pronuncie sobre el estado de la acción penal, de acuerdo a la interpretación que aquí se propicia.

Resolución cuestionada: Auto N° 3318 (30-11-21) pronunciado por JPC N° 1- 2° CJ.

Precedentes citados:

a-SCJM

- «Barra»,
- «Gutiérrez Centeno».

Parágrafos destacados:

Precisamente aquí aparece el error del juez de la instancia previa: no considerar actuaciones esenciales para la marcha del proceso que contienen referencias directas a las circunstancias temporales en que sucedieron los comportamientos omisivos investigados, individualizando el período de tiempo dentro del que se materializaron los incumplimientos alimentarios reprochados.

Precedentes relacionados:

a-SCJM

- López Guiñazu. 01-12-07
Lex: Art. 2 inc. d en función del art. 1 Ley 13.944. Ley 26485.
Vox: Incumplimiento de deberes de asistencia familiar.
- Dominguez. 02-10-20.: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=397>

Lex: Art. 1º y 2º de la Ley 13.944. ley n° 27.372. Art. 3 de la ley n° 26.061. CDN. - Convención Internacional de los Derechos del Niño- y CCCN - Código Civil y Comercial de la Nación-

Vox: Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar. VG. Delito de omisión.

- Casado. 29-12-20.: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=450>

Lex: Art. 5.4.c de la Ley Nº 26.485.

Vox: VG. Violencia económica.

- Buenanueva Aballay. 04-08-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=648>

Lex: Art. 1 de la ley 13.944. CDN. Ley 27372. Ley 26061. Ley 26485.

Vox: Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar. Intervención de la Asesora de NNA.

- Casado-Perdiguez. 23-08-22. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=873>

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro (Licencia). Palermo.

Fallo.

CUIJ: 13-06805339-5/1((028501-63876)) FC/ FUENTES ARIEL EUGENIO P/ AMENAZAS P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106059086*

En Mendoza, a los veinte días del mes de diciembre del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13- 06805339-5/1 caratulada “F. c/ F. H., A. E. P/ AMENAZAS S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa de A. E. F. H. interpone recurso de casación contra el auto n° 3318, emitido por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial.

Ello, en tanto rechazó el pedido de sobreseimiento por prescripción de la acción penal respecto del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, previsto y penado en el art. 1 de la ley n° 13.944, que se le atribuye en el marco de la causa n° P-63.876/17.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre honorarios y costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El tribunal impugnado rechazó el pedido de sobreseimiento por extinción de la acción penal formulado por la defensa técnica de F. H.

Para resolver en tal sentido, consideró que los elementos de prueba obrantes en la causa no acreditaban, de acuerdo con la **etapa procesal en la que transita la causa, que el delito atribuido al acusado – incumplimiento de los deberes de asistencia familiar– cesó de cometerse.**

Ello, en la especie, **impedía computar el plazo de prescripción bienal de la acción penal correspondiente, desde que el mismo no habría comenzado a correr.**

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa del acusado promueve su impugnación a tenor de lo previsto en ambos incisos del art. 474 del CPP, esto es, por entender que la resolución cuestionada adolece de vicios sustanciales y formales que la descalifican como acto jurisdiccional válido.

En primer lugar, refiere que el tribunal de la instancia previa ha inobservado o aplicado erróneamente normas contenidas en la ley penal de fondo y en la legislación procesal local, además de otras de orden constitucional y supranacional. Concretamente, **los arts. 59 inc. 3, 62 inc. 2 y 5 y 63 del CP, los arts. 351, 353 inc. 3, 354 373 ss. y cc. del CPP, los arts. 18, 31 y 75 inc. 22 de la CN y el art. 14 apart. 2 del P.I.D.C. y P..**

Argumenta que la conducta punible que se le atribuye a su representado cesó en el mes de junio de 2016 porque a partir de allí, como lo afirmó la propia denunciante a fs. 9 vta., F. H. comenzó cumplir con su deber asistencial de conformidad con lo convenido en el acuerdo por alimentos homologado judicialmente en la causa donde se tramitó el divorcio vincular de ambos. Destaca que ese cumplimiento se realizó de diferentes modos a través del tiempo. Así, el acusado primero le entregaba en mano a la

denunciante los montos correspondientes, contra recibo firmado. Luego, efectuó depósitos bancarios en una cuenta que él mismo abrió en la causa tramitada en el fuero de familia.

Finalmente, los pagos los hizo mediante depósitos en la cuenta de usuras pupilares cuya apertura promovió la madre de los menores, beneficiarios alimentarios, producida en el mes de noviembre de 2016. Refiere que los extractos bancarios obrantes en la causa acreditan estos extremos. Esto es, que desde el mes de junio de 2016 a la fecha, en forma continua, ininterrumpida y permanente, F. H. ha depositado en el proceso de divorcio la cuota alimentaria.

Mientras que los recibos firmados por la denunciante acreditan los pagos realizados en mano por el acusado, correspondientes a los meses de abril a septiembre del año 2020, es decir, durante la pandemia por COVID 19. Interpreta que, por ello, el plazo de prescripción bianual, que se corresponde con el delito enrostrado al acusado, debe computarse desde el momento a partir del mes de junio de 2016, ya que esa es la fecha en que ha quedado demostrado que cesó la permanencia del incumplimiento punible, según lo previsto en el art. **62 incs. 2 y 5 del CP**.

Por otro lado, advierte que si se toma en consideración la fecha en la que se realizó la audiencia de acusación solicitada por la representante del Ministerio Público Fiscal interviniente, la acción penal respectiva se extinguió el 31 de noviembre del año 2021.

Además, destaca que dos de las beneficiarias alimentarias alcanzaron la mayoría de edad, y que el acusado no se encontraba económicamente capacitado para cumplir con el deber alimentario porque, de acuerdo con los elementos de prueba aportados a la presente causa, fue notificado por su empleador de la rescisión de su relación laboral desde el 27/10/15.

Con cita de doctrina y jurisprudencia, interpreta que nuestra legislación solamente pune la conducta omisiva del obligado alimentante que, encontrándose económicamente capacitado, omite dolosamente la prestación en dinero o en especie de aquellos medios indispensables para la subsistencia de sus acreedores alimentarios.

Por lo tanto, le incumbe a la parte acusadora demostrar la presencia de los extremos de la figura penal en cuestión, esto es, la existencia del deber, la correcta capacidad económica del obligado, su doloso incumplimiento y la auténtica situación de necesidad por la que atraviesa el sujeto pasivo.

En segundo lugar, en cuanto a los alegados vicios formales, considera que la resolución impugnada resulta nula porque presenta una motivación falsa, aparente y contradictoria.

Resalta que el juez de grado no ha realizado un estudio pormenorizado de las pruebas colectadas, en base a las cuales se instó el sobreseimiento denegado.

En particular, de las manifestaciones realizadas por la madre de los beneficiarios alimentarios al momento de realizar la denuncia, obrante a fs. 9 y vta., donde señaló que F. H. comenzó a depositar dinero en el mes de junio de 2016.

Asimismo, que hasta el mes de diciembre de 2016 lo hizo en la cuenta n° 9902734047, que abrió a nombre de los autos n° 1746/15 caratulados "F. H., A. E. y M. R., E. P. p/Divorcio". Luego, señala que desde diciembre de 2016 hasta la fecha, realizó depósitos en la cuenta bancaria n° [...] a nombre de los autos de referencia. A lo que agrega que su representado también abrió la cuenta n° [...], donde depositó, en forma continua e ininterrumpida, respecto a los períodos de noviembre a mayo denunciados, además de realizar pagos contra recibo desde abril a setiembre de 2020 que la denunciante confirmó su recepción.

Señala omisión de valoración de prueba dirimente: por un lado, el acta notarial donde se le notifica al acusado la extinción de su vínculo laboral, y, por otro, las edades de dos de las hijas del acusado.

A criterio de la defensa, se trata de dos elementos probatorios que acreditan el cese del incumplimiento de los deberes de asistencia familiar del acusado.

Finalmente, cuestiona que el tribunal de la instancia previa no trató en la resolución cuestionada el pedido de la defensa de considerar procedente extinción por insubsistencia de la acción penal en plazo razonable. Advierte que, en ello, se encuentra comprometidas garantías constitucionales a favor del acusado. Formula reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

A fs. 6/8, el Procurador General contesta la vista de ley y **aconseja el rechazo del recurso de casación** interpuesto, desde que la resolución cuestionada no adolece de los vicios que le endilga el recurrente.

Advierte que las intervenciones de la acusación pública y privada durante la audiencia en que se resolvió el pedido de sobreseimiento por prescripción de la acción penal, cuyos argumentos fueron luego convalidados en la resolución impugnada, impiden acoger los agravios de la defensa.

En particular, cuando destacan que las pruebas que, según la defensa apoyarían la extinción de la acción penal, se encuentran controvertidas en el presente proceso, lo que demuestra la necesidad de realización del debate oral para que las partes defiendan sus respectivas pretensiones.

Con relación a la insubsistencia de la acción penal que reclama la defensa, receptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, parcialmente, en el **precedente «Barra»**, reitera la posición asumida al respecto por ese Procuración General en la causa **«Gutiérrez Centeno»**.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puestos en consideración los motivos de agravio expuestos por la defensa del acusado, debo anticipar que la vía impugnativa extraordinaria intentada resulta parcialmente procedente.

En efecto, sobre la base de los argumentos que serán expuestos a continuación, advierto que la confrontación del recurso de casación bajo análisis con el resolutivo en pugna y el derecho aplicable al caso, permite comprobar que la decisión adoptada por el tribunal de la instancia previa presenta un déficit de fundamentación que impide considerarla como una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobada de la causa.

Estas falencias, por su entidad, determinan la nulidad que aquí se propicia, conforme lo previsto en el art. 411 inc. 4 del CPP.

En apretada síntesis, la defensa del acusado considera que la acción penal por el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar que se le atribuye a F. H. en las presentes actuaciones se encuentra extinguida por haber operado el plazo bianual de prescripción previsto por **el art. 62, inc. 2 del CP y de conformidad con el art. 1 de la ley 13.944.**

Ello, sobre la base de argumentos que pueden ser agrupados del siguiente modo. Así, desde una perspectiva procesal, indica que la acusación fiscal le imputa a F. H. la **omisión de cumplimiento del pago de las cuotas alimentarias pactadas en el marco de la causa radicada en el fuero de familia –n° 1746/15 caratulada “F. H., A. E. y M. R., E. P. p/Divorcio”**–, a favor de sus hijos. Omisión que se habría extendido desde noviembre de dos mil quince hasta julio de dos mil dieciséis –junio del mismo año, según la denuncia–, cuando el acusado comenzó a efectuar los pagos correspondientes.

Esa es la fecha en que, según la tesis defensiva, el delito cesó y, por ende, comenzó a correr el plazo de prescripción que –a la fecha– se encuentra fenecido. Por otro lado, señala que el plazo de prescripción de

la acción penal también se encuentra cumplido desde la fecha en que se solicitó la audiencia de acusación fiscal –20/09/18– o, en su caso, desde que la misma se realizó –31/10/19–.

Mientras que, desde un plano de crítica a la valoración probatoria, considera que el juez de la instancia anterior ha omitido considerar prueba objetiva ofrecida por la defensa acredita la **cesación de la permanencia del incumplimiento que configura el delito**, y que permite iniciar el cómputo de la prescripción, a saber:

a) los extractos bancarios incorporados a la causa, que acreditan que el acusado cumplió en forma mensual, consecutiva y permanente con su deber asistencial para con sus hijos, desde el mes de junio de 2016 a la fecha; y,

b) el acta notarial que da cuenta del cese de la actividad laboral del acusado, ocurrida en fecha 27/10/15. Estos elementos, en su conjunto, respaldarían la pretensión de sobreseimiento por prescripción de la acción penal a los términos.

Resumidos de este modo los argumentos defensivos, y resultando atribución del tribunal de casación dar tratamiento al agravio que más convenga a la solución del caso, puesto que la ley adjetiva no establece un orden de precedencia que deba seguirse al examinar las causales de impugnación extraordinarias (L.S. 183-188; 202-001; 269-234, entre otros), entiendo que le asiste razón a la recurrente cuando destaca que el derrotero procesal por el que transitó la causa, hasta arribar a esta instancia extraordinaria, impide convalidar el razonamiento jurisdiccional impugnado.

Veamos Preliminarmente, resulta imperioso para la solución de la causa, reseñar los actos procesales cumplidos en el marco de la presente.

Ello, a los fines de destacar no sólo su contenido sino, y en especial, su cronología y su incidencia en el cómputo del plazo de prescripción de la acción penal.

En primer lugar, debe señalarse que con fecha **8 de agosto de 2016** el Ministerio Público Fiscal se avocó a la investigación de la presente causa (v. fs. 11) y, luego, con fecha **26 de septiembre de 2016** dispuso la citación del acusado para su **imputación** (v. fs. 13).

En segundo lugar, corresponde referir que la solicitud de audiencia acusación efectuada por la representante del Ministerio Público Fiscal fue realizada en fecha **20 de septiembre de 2018** (fs. 1/2, expediente digitalizado en soporte LeD, orden n° 1).

Mediante su lectura, se observa que al acusado A. E. F. H. se le atribuyó –en cuanto resulta pertinente para la solución del caso– el hecho que a continuación se detalla: «[q]ue en el departamento de San Rafael, provincia de Mendoza, en el período comprendido entre el mes de noviembre de dos mil quince hasta el mes de julio de dos mil dieciséis, el señor A. E. F. H. no hizo efectivo el pago de la cuota alimentaria, consistente en 6.500 pesos mensuales, que había sido pactado en el CONVENIO REGULADOR B) CUOTA ALIMENTARIA que fuera presentado en los autos N° P-1746/15 caratulado “F. H. A. E. y M. R. E. P. P/DIVORCIO”, tramitados por ante el Primer Juzgado de Familia de esta Circunscripción Judicial, acuerdo que fue homologado judicialmente en la sentencia dictada para fecha 19-02-2016.

Sustrayéndose a su obligación de prestar los medios indispensables para la subsistencia de sus hijos menores [...], quienes nacieron producto de la relación que mantuvo con la señora E. P. M. R.». Estos hechos fueron calificados provisoriamente en el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, previsto y penado en el art. 1 de la ley 13.944.

En tercer lugar, debe subrayarse que esa **audiencia de acusación se realizó en fecha 31 de octubre de 2019** (fs. 19/20 del expediente digitalizado en soporte LeD, orden n° 1).

Durante su desarrollo, la Fiscalía formuló la acusación en contra de F. H., a quien le atribuyó la comisión del mismo hecho que apareciera descrito en la solicitud previamente aludida, encuadrado típicamente en la misma norma penal.

La defensa solicitó la aplicación del principio de oportunidad previsto en el inc. 2 del art. 26 del CPP – solución del conflicto–, el que fue rechazado por el tribunal a instancia de su rechazo expresado por la acusación –pública y privada–.

Finalmente, las partes ofrecieron prueba y realizaron un acuerdo probatorio. Con lo cual, la causa quedó a la espera de que se fije fecha de debate.

En cuarto lugar, estimo importante referir que en fecha **23 de agosto de 2021** la defensa presentó un escrito mediante el cual solicitó al tribunal de juicio que declarare prescripta la acción penal por el delito de incumplimiento a los deberes de asistencia familiar que se le atribuye al acusado en estos autos n° P63876/17 y, en consecuencia, ordenara su sobreseimiento definitivo.

Ello, a los términos de los **artículos 59 inc. 3, y 62 inc. 2 del CP, y arts. 351, 353 inc. 4, 354 y 373 del CPP** (orden n° 22 del sistema LeD).

Con motivo de esa presentación, el tribunal de origen fijó fecha de audiencia en los términos que autoriza el art. 362 del CPP (orden n° 28).

Audiencia que, luego de sucesivas suspensiones y reprogramaciones por diversas causas (orden n° 38, 51 y 56), se realizó en fecha **30 de noviembre del año 2021** (orden n° 59).

Del soporte audiovisual respectivo se observa que la defensa formuló oralmente su pretensión desincriminante, exponiendo los argumentos en base a los cuales entendía que la acción penal por el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar que se le atribuye a Fuentes Fernández se encontraba extinguida por prescripción, lo que justificaba el sobreseimiento de F. H. respecto del mismo. Petición que fue rechazada por la acusación, tanto pública como privada, sobre la base de argumentos que, en general, aparecen enderezados a demostrar que la persistencia en la omisión de cumplimiento de los deberes asistenciales a cargo del acusado respecto de sus hijos menores impedía comenzar a computar el plazo de prescripción de la acción.

La controversia que fue resuelta por el juez de la instancia previa, quien rechazó la solicitud de la defensa. Ello, por considerar, a resumidas cuentas y en lo que aquí interesa, que **no existía prueba que acredite el cese del incumplimiento** de los deberes asistenciales que se le reprocha al acusado F. H. respecto de sus hijos menores de edad. Lo que, en el caso, **impedía iniciar el cómputo del plazo de prescripción** de la acción penal y, por ende, de ordenar el sobreseimiento petitionado (v. audiencia de fecha 30/11/21, “parte 2”, min. 00:10:50/00:21:58).

Ahora bien, efectuado ese breve recuento de lo actuado en el marco de la presente causa, y del modo en que se adelantara, se advierte claramente que los argumentos del juez en la resolución impugnada no se ajustan a las constancias comprobadas de la causa.

Ello así, ya que como se invoca en el escrito del recurso de casación interpuesto por la defensa técnica del acusado, el tribunal de la instancia previa rechazó el pedido de sobreseimiento por extinción de la acción penal por prescripción, sin considerar en su fundamentación el contenido de ciertos actos procesales cumplidos durante la tramitación de la presente causa, particularmente en cuanto tiene que ver con el efecto que los mismos han producido sobre el cómputo del plazo de prescripción de la acción por el delito acusado.

En efecto, la conclusión a la que arriba el juez es que la acción penal respecto del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar no se encuentra prescripta desde que **el término de la prescripción correspondiente no ha comenzado a correr.**

Sostiene esa afirmación luego de evaluar que no existe prueba en la causa que acredite el **cese del estado consumativo de la omisión punible**, es decir, que F. H. comenzó a actuar conforme su deber, cumpliendo con la obligación legal de prestar asistencia a sus hijos menores de edad.

Por lo tanto, a su criterio, la acción penal se encontraría plenamente vigente, y las cuestiones controvertidas por las partes, respecto del comportamiento del acusado en relación a los deberes a su cargo –cumplimiento o incumplimiento de los mismos–, deben ser ventiladas en el marco del debate.

No obstante ello, el vicio que invalida ese razonamiento se encuentra en la incorrecta afirmación que sostiene la premisa principal del razonamiento cuestionado. Esto, en tanto no resulta válido afirmar, como lo hace el juez de grado, que el término del plazo legal de la prescripción no comenzó a correr en autos, siendo que la compulsa de la causa demuestra la presencia de actuaciones procesales que acreditan exactamente lo contrario. Esto es, el inicio del plazo de prescripción, así como también, su interrupción (art. 67 del CP), conforme la reseña anteriormente realizada.

En ese sentido, cabe recordar que el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar es de los denominados **«delitos continuados»** que, como se trata de varias infracciones o acciones finalmente conectadas, concebidas como una unidad, el plazo de extinción de la acción penal por prescripción comienza a correr desde el momento en que se produjo el último hecho que se considera integrante de esa unidad de acción, o sea, desde que se ha producido la última consumación.

Precisamente aquí aparece el error del juez de la instancia previa: no considerar actuaciones esenciales para la marcha del proceso que contienen referencias directas a las circunstancias temporales en que sucedieron los comportamientos omisivos investigados, individualizando el período de tiempo dentro del que se materializaron los incumplimientos alimentarios reprochados.

Así, **el momento en que dejó de omitirse la prestación debida**, y, por ello, se inició el cómputo del plazo de prescripción de la acción penal se encuentra claramente definido en el escrito de solicitud de audiencia de acusación formulado por la representante del Ministerio Público Fiscal –art. 417 quater del CPP–, y en la formulación oral de la acusación en la aludida audiencia –art. 417 quinquies del CPP–.

En ambas intervenciones, conforme surge de la reseña anteriormente realizada, la acusación fiscal se limitó a reprocharle F. H. los sucesivos incumplimientos a las prestaciones alimentarias a las que resultó obligado de acuerdo al convenio de alimentos que fuera presentado por el acusado y la denunciante de autos, y luego homologado por el Primer juzgado de Familia de la Segunda Circunscripción Judicial en el marco de la causa donde aquellos tramitaron el divorcio vincular (n° 1746/15), por un período cierto de tiempo que se extendió desde el mes de noviembre de 2015, y que cesó de cometerse en el mes de julio del año 2016.

Plataforma fáctica que, como se observa, tampoco se ha modificado hasta esta instancia, dado que no existe constancia alguna en el expediente que acredite una ampliación de la acusación fiscal, por continuación del delito atribuido, a los términos del art. 391 del CPP.

El vicio detectado desacredita el decisorio cuestionado, desde que se asienta esencial y decisivamente, en una premisa que resulta falsa y errónea.

Esto es, afirmar que el plazo de prescripción no ha comenzado a transcurrir porque el incumplimiento reprochado al acusado no ha cesado, cuando las actuaciones procesales examinadas acreditan lo contrario.

Así, al no cumplir acabadamente con la exigencia de motivación prevista en el **art. 155 del CPP**, que impone ese deber legal al tribunal de juicio bajo sanción de nulidad, y que sirve no sólo a la publicidad y control republicano, sino que persigue la exclusión de decisiones irregulares o arbitrarias y pone límite a la libre discrecionalidad del juez, la ausencia de fundamentación como la observada en la resolución devenida en crisis, no resulta admisible por lo que debe ser anulada.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera afirmativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede. SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde **hacer lugar al recurso formulado** en autos, anular el auto n° 3318 de fecha 30 de noviembre de 2021 (orden n° 64) y sus fundamentos orales y, en consecuencia, remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a fin de que –previa verificación de la inexistencia de otra causa interruptiva–, se pronuncie sobre el estado de la acción penal, de acuerdo a la interpretación que aquí se propicia. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas por su orden y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa técnica del acusado A. E. F. H.
- 2.- Anular el auto n° 3318 de fecha 30 de noviembre de 2021 y sus fundamentos orales y, en consecuencia, remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a fin de que –previa verificación de la **inexistencia de otra causa interruptiva**–, se pronuncie sobre el estado de la acción penal, de acuerdo a la interpretación que aquí se propicia.

- 3.- Imponer las costas por su orden y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 20 de diciembre de 2022.

Capítulo XVI.

Remisión CPP.

CAPÍTULO XVI. REMISION CPP.

I- SJP. Art. 26 inc. 3, 30 y siguientes del CPP

1- REYES LARA y ot.. 17-08-22.

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=865>

Lex: Art. 26 y 30 del CPP. Art. 189 bis, inc. 2, 1° párrafo del CP.

Vox: SJP. Tenencia ilegal de arma de fuego de uso civil. Consentimiento vinculante.

2- GARCIA MANCA. 17-08-22.

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=866>

Lex: Art. 189 del CP. Art. 26 y 30 CPP

Vox: Portación. Suspensión de Juicio a prueba. SJP. Carácter vinculante del MPF.

3- GUAJARDO. 22-09-22.

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=896>

Lex: Arts. 92 en función del 89 y 80 incs. 1 y 11, 54 del CP. Art. 76 Bis CP. Art. 26 inc. 3 y 30 y ccs. CPP. CEDAW. Convención Belem Do Pará. Ley 26.485. Res. de la Procuración General N° 16/20. Ley 27.499 «Ley Micaela». Acordada n° 29.318.

Vox: VG. SJP. Lesiones leves dolosas calificadas por la relación de pareja preexistente y por mediar violencia de género. Suspensión de Juicio a prueba. Falta de consentimiento fiscal. Víctima.

4- CASTILLO ORDONEZ. 11-05-22.

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=895>

Lex: Art. 128, 3° párrafo del CP. Ley 26061. CDN

Vox: Suministro de material pornográfico. Perspectiva de edad. No revictimización. tecnologías de la información y la comunicación (TICs). Masculinidad hegemónica y los roles asignados tradicionalmente. Condena de ejecución condicional. Dictamen negativo del MPF a la SJP solicitada.

II- JAI cuestionados. Art. 26 inc. 4, 359, 418 y siguientes del CPP

1- OLGUIN HERRERA. 25-03-22.

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=767>

Lex: Art. 166, inc. 2, primer párrafo, primer supuesto, 167, inc. 2, 54, 184 inc. 1 del CP

Vox: Robo. Arma impropia. Poblado y banda. Concurso ideal o aparente de leyes penales. Daño agravado. JAI cuestionado.

2- MONTERO ARANCIBIA. 27-07-22.

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=874>

Lex: Art. 164, 42, 239 y 55 del CP. Art. 4 Ley 26485. Art. 25 de la ley 4.976 de Ejercicio de la Abogacía y la Procuración.

Vox: Robo simple en grado de tentativa. Desobediencia a una orden judicial en contexto de violencia de género. Juicio abreviado cuestionado.

3- GIOVARRUSCI BONACORCI. 12-08-22.

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=887>

Lex: Art. 277 inc. 1 letra c del CP

Vox: Encubrimiento. JAI cuestionado. Buena fe procesal.

4- LOBATO BARROSO y ot.. 19-08-22.

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=869>

Lex: Art. 166, inc. 2°, 2° párrafo, 167, inc. 2°, 54, 55, 90 del CP. Art. 359 CPP.

Vox: Robo. Arma impropia. Poblado y banda. Concurso ideal. Lesiones graves. Concurso real. JAI cuestionado.

5- MALDONADO JOSE LUIS. 19-08-22.

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=885>

Lex: Art. 167, inc. 2° del CP

Vox: Robo. Poblado y banda. JAI cuestionado.

6- PARRAGUEZ. 29-11-22.

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=969>

Lex: Art. 277 inc. 1 letra c del CP

Vox: Encubrimiento. JAI cuestionado. Pena de cumplimiento efectivo. Modalidad domiciliaria.

7- CHIAFFITELLI LOPEZ. 21-12-22.

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=964>

Lex: Art. 166 inc. 2, 3° párrafo, 167 inc. 2, 55 del CP

Vox: Robo agravado. Arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada. Poblado y en banda. Partícipe primaria. JAI cuestionado. Retracción –manifestación contraria al reconocimiento- antes de la lectura de fundamentos.

III-Unificación. Art. 41 del CPP y 58 del CP.

UNIFICACIÓN. Art. 58 del CP

- Distefano: 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Vega Ríos. 27-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Curia Bruera. 01-07-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210701_FcCuria.pdf
- Giménez. 23-06-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=606>
- Oros Macedo. 23-06-21 : https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210623_FcOroz.pdf
- Olguin Herrera. 25-03-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=767>
- Domínguez. 17-05-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=827>
- Ríos Fernández. 27-05-22: : <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=830>
- Godoy Echenique. 14-06-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=853>
- Montero Arancibia. 27-07-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=874>
- Mercado Tapia. 28-09-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=890>

IV-Falta de registro audio visual. Art. 147, 155 CPP

1- PARISI. 28-11-22.

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=971>

Lex: Art. 172 del CP. Art. 475, 353 del CPP.

Vox: Estafa genérica. Control de impugnabilidad objetiva. Sobreseimiento. principio de taxatividad legal del art. 475 del CPP. Defectos en la captación digital advertidos. Ausencia de fundamentos.

2- FERNANDEZ HERRERA. 12-10-22

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=927>

Lex: Art. 166, inc. 2°, 1° párrafo, 1°s.; 167, inc. 2°, 54 del CP

Vox: Robo. Arma impropia. Poblado y banda. Concurso ideal. Concurso aparente. Reincidencia. Falta de coincidencia entre la protocolización y el registro audiovisual. Error material en el protocolo.

Precedentes relacionados.

3- SANCHEZ GUTIERREZ. 29-06-21.

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=664>

Lex: Art. 119 del CP.

Vox: Abuso sexual. Debate. Defectos en la captación digital advertidos. Ausencia de fundamentos.

4- ROS IBARRA. 29-05-20.

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=312>

Lex: Art. 94 del CP.

Vox: Lesiones culposas. Defectos en la captación digital advertidos. Ausencia de fundamentos.

V- Nulidades. Art. 197 y concordantes del CPP

1- LADISLAO GUTIERREZ. 01-12-22.

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=942>

Lex: Art. 189 Bis, inc. 2°, 4° y 5° párrafo del CP. Art. 147, 2, 414, 474, 221, 201 y 202 del CPP. Art. 43 inc. c) de la ley 9204

Vox: Portación. Arma de fuego de guerra. Nulidad. Testigo de actuación. Requisita sin orden.

Precedentes relacionados.

a-Nulidad. En principio, no son recurribles a través de la vía del recurso de casación, salvo que circunstancias excepcionales permitan hacer excepción de aquella regla.

- «Guajardo»,
- «Paz Parra»
- «Garrido Olivares»
- «Cruz Juárez»
- Aguirre, Mauro. 07-02-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=278>

b-Interpretación restrictiva de las nulidades. Evita las nulidades formales.

- Ver Llorente, Martínez Cabrera, Brizuela Garro
- Villegas Calabreto. 15-11-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=741>

VI-Valoración de la prueba. Art. 205 del CPP. Retracción de la víctima en casos de VG-

- Aguilera
- «Calderón Polo». 17-05-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=65>

- «Di Cesare Morales» 26-06-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- «Mejía Salvador». 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>
- «Gómez Alcaraz». 12-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=252>
- «Ortíz Agüero». 16-04-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=637>
- «Agüero Pérez». 25-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=777>
- Tello Sanchez. 21-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=819>
- Baina Mandril. 16-05-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=839>
- Salguero Guzmán. 28-11-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=953>

VII-Pericias. Informe técnico. Art. 250 y concordantes del CPP

1- FERNANDEZ QUISPES. 21-06-22.

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=859>

Lex: art. 119, 1°, 4° inc. d y 5° párrafo del C.P . Art. 255 CPP.

Vox: Abuso sexual simple. Dos o más SA. Dictamen pericial. Pericia e informe técnico. Diferencias. Firma digital.

Precedentes relacionados.

El examen técnico supone la constatación de cosas, personas o lugares por parte del personal policial o de auxiliares especialistas sin realizar algún tipo de valoración –es decir, tiene un carácter de tipo descriptivo y no requiere el mismo grado de fundamentación que la pericia– ver al respecto, «Quiroga», -informe técnico de balística-, «Zubieta Duchén» y «Di Garbo» -informe por abuso.

- Gatica Toledo. 04-11-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=454>
- Di Garbo. 04-04-19 : <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=28>
- Mc Garry. 14-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=175>

VIII-Reconocimiento en rueda de personas. Art. 262, 264 y concordantes del CPP

1-ROMERO ARCE. 18-03-22

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=765>

Lex: Art. 166, inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto; art. 167, inc. 4° en función con el art. 163, inc. 4°, art. 167, inc. 2°, art. 54 y art. 45 del CP. Art. 72 inc. 2 y 197 CPP. Art. 262 CPP.

Vox: Robo. Arma impropia. Escalamiento. Poblado y banda. Lesiones graves. Concurso ideal. Nulidad. Recusación por parentesco. Rueda de personas. Unidad de la prueba.

2-GANLINDO. 16-08-22

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=870>

Lex: Art. 166, inc. 2°, 3° párrafo, 1° supuesto, 50 del CP. Art. 206 CPP.

Vox: Robo. Arma sin aptitud acreditada. Reincidencia. Fotografías. Reconocimiento en rueda de personas. Exclusión probatoria.

3-CAMPILLAY. 12-12-22

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=946>

Lex: Art. 166 inc. 2, 2º párrafo, art. 54, art. 167 inc. 2 del CP. Art. 2, 414, 416 inc. 4 del CPP

Vox: Robo. Arma de fuego apta para el disparo. Concurso ideal. Poblado y en banda. Absolución por duda.

Principio in dubio pro reo. Reconocimiento positivo en rueda de personas.

IX- Sobreseimiento. Art. 353 del CPP

1- PATTI GOBBI. 07-04-22.

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=801>

Lex: Art. 181, 59, 62, 67 del CP. Art. 353 inc. 4, 417 quarter del CPP.

Vox: Usurpación. Prescripción. Audiencia de acusación. Virtualidad interruptiva. Procedimiento correccional.

Precedentes relacionados:

- Asat Haltky. 23-08-18. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=393>
- «Galfo Ramírez» 16-10-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=405>
- «Prieto, Marin»: 26-11-20. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=452>

2- CASTILLO ORDOÑEZ. 11-05-22.

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=835>

Lex: Art. 125 tercer párrafo en función con el primer párrafo, 55, 119 tercer párrafo en función con el cuarto párrafo inciso b y 55 del CP. Art. 59 inc. 3 del CP.

Vox: Promoción de la corrupción de un menor de 18 años de edad agravada por el vínculo en la modalidad de delito continuado en concurso real con abuso sexual agravado por ser con acceso carnal y por el vínculo. CR. Prescripción.

3- PANDOLFINO. 12-05-22.

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=824>

Lex: Art. 109 del CP. Art. 59, 62, 67 del CP. Art. 353 inc. 4 del CPP

Vox: Calumnias. Prescripción. Actos interruptivos.

X-Inadmisibilidad formal del recurso de casación por el Querellante particular. Art. 475 del CPP

1- GRAIN y ot. 23-05-22

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=836>

Lex: Art. 119 inc. 3 y 4 inc d, 45 y 47 CP. Art. 475 y concordantes del CPP. Ley 26485.

Vox: VG. Abuso sexual con acceso carnal. Dos o más SA. Violación en grupo. Participación primaria.

Impugnación de sentencia condenatoria. El querellante particular. Legitimidad subjetiva. Dolo eventual.

Teoría cognitivo-volitiva. Teoría cognitiva. Determinación de la pena.

2- VALSECCHI VARGAS. 16-10-22.

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=933>

Lex: 119, 1° párrafo en función con el 5° párrafo, 4° párrafo inc. b del CP. Art. 474 y 477 CPP.

Vox: VG. NNA. ASI. Abuso sexual simple. Vínculo. Cambio de calificación legal por el juez de instancia anterior. Querellante particular. Impugnabilidad subjetiva. Inadmisibilidad formal.

Precedentes relacionados.

«Sánchez, Fernando», «Yaciófano», «Cruz Juárez»

APÉNDICE NORMATIVO

CODIGO PENAL DE LA NACION ARGENTINA

LIBRO PRIMERO. DISPOSICIONES GENERALES

TÍTULO I. APLICACION DE LA LEY PENAL

ARTÍCULO 1º.- Este Código se aplicará:

1) Por delitos cometidos o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación Argentina, o en los lugares sometidos a su jurisdicción.

2) Por delitos cometidos en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en desempeño de su cargo.

3) Por el delito previsto en el artículo 258 bis cometido en el extranjero, por ciudadanos argentinos o personas jurídicas con domicilio en la República Argentina, ya sea aquel fijado en sus estatutos o el correspondiente a los establecimientos o sucursales que posea en el territorio argentino.

(Artículo sustituido por art. 29 de la Ley N° 27.401 B.O. 1/12/2017. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina)

ARTÍCULO 2º.- Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna.

Si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley. En todos los casos del presente artículo, los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho.

ARTÍCULO 3º.- En el cómputo de la prisión preventiva se observará separadamente la ley más favorable al procesado.

ARTÍCULO 4º.- Las disposiciones generales del presente código se aplicarán a todos los delitos previstos por leyes especiales, en cuanto éstas no dispusieran lo contrario.

TÍTULO II. DE LAS PENAS

ARTÍCULO 5º.- Las penas que este Código establece son las siguientes: reclusión, prisión, multa e inhabilitación.

ARTÍCULO 6º.- La pena de reclusión, perpetua o temporal, se cumplirá con trabajo obligatorio en los establecimientos destinados al efecto. Los reclusos podrán ser empleados en obras públicas de cualquier clase con tal que no fueren contratadas por particulares.

ARTÍCULO 7º.- Los hombres débiles o enfermos y los mayores de sesenta años que merecieren reclusión, sufrirán la condena en prisión, no debiendo ser sometidos sino a la clase de trabajo especial que determine la dirección del establecimiento.

ARTÍCULO 8º.- Los menores de edad y las mujeres sufrirán las condenas en establecimientos especiales.

ARTÍCULO 9º.- La pena de prisión, perpetua o temporal, se cumplirá con trabajo obligatorio, en establecimientos distintos de los destinados a los reclusos.

ARTÍCULO 10.- Podrán, a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria:

a) El interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impide recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario;

b) El interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal;

c) El interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel;

d) El interno mayor de setenta (70) años;

e) La mujer embarazada;

f) La madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad a su cargo.

(Artículo sustituido por art. 4º de la Ley N° 26.472, B.O. 20/1/2009)

ARTÍCULO 11.- El producto del trabajo del condenado a reclusión o prisión se aplicará simultáneamente:

1º. A indemnizar los daños y perjuicios causados por el delito que no satisficiera con otros recursos;

2º. A la prestación de alimentos según el Código Civil;

3º. A costear los gastos que causare en el establecimiento;

4º. A formar un fondo propio, que se le entregará a su salida.

ARTÍCULO 12.- La reclusión y la prisión por más de tres años llevan como inherente la inhabilitación absoluta, por el tiempo de la condena, la que podrá durar hasta tres años más, si así lo resuelve el tribunal, de acuerdo con la índole del delito. Importan además la privación, mientras dure la pena, de la patria

potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos. El penado quedará sujeto a la curatela establecida por el Código Civil para los incapaces.

ARTÍCULO 13.- El condenado a reclusión o prisión perpetua que hubiere cumplido treinta y cinco (35) años de condena, el condenado a reclusión o a prisión por más de tres (3) años que hubiere cumplido los dos tercios, y el condenado a reclusión o prisión, por tres (3) años o menos, que hubiere cumplido un (1) año de reclusión u ocho (8) meses de prisión, observando con regularidad los reglamentos carcelarios, podrán obtener la libertad por resolución judicial, previo informe de la dirección del establecimiento e informe de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social, bajo las siguientes condiciones:

1º.- Residir en el lugar que determine el auto de soltura;

2º.- Observar las reglas de inspección que fije el mismo auto, especialmente la obligación de abstenerse de consumir bebidas alcohólicas o utilizar sustancias estupefacientes;

3º.- Adoptar en el plazo que el auto determine, oficio, arte, industria o profesión, si no tuviere medios propios de subsistencia;

4º.- No cometer nuevos delitos;

5º.- Someterse al cuidado de un patronato, indicado por las autoridades competentes;

6º.- Someterse a tratamiento médico, psiquiátrico o psicológico, que acrediten su necesidad y eficacia de acuerdo al consejo de peritos.

Estas condiciones, a las que el juez podrá añadir cualquiera de las reglas de conducta contempladas en el artículo 27 bis, regirán hasta el vencimiento de los términos de las penas temporales y hasta diez (10) años más en las perpetuas, a contar desde el día del otorgamiento de la libertad condicional.

(Artículo sustituido por art. 1º de la Ley N° 25.892 B.O.26/5/2004)

ARTÍCULO 14 — La libertad condicional no se concederá a los reincidentes. Tampoco se concederá cuando la condena fuera por:

1) Homicidios agravados previstos en el artículo 80 del Código Penal.

2) Delitos contra la integridad sexual, previstos en los arts. 119, 120, 124, 125, 125 bis, 126, 127, 128 primer y segundo párrafos, y 130 del Código Penal.

3) Privación ilegal de la libertad coactiva, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el artículo 142 bis, anteúltimo párrafo, del Código Penal.

- 4) Tortura seguida de muerte, artículo 144 ter, inciso 2, del Código Penal.
- 5) Delitos previstos en los artículos 165 y 166, inciso 2, segundo párrafo, del Código Penal.
- 6) Secuestro extorsivo, si se causare la muerte de la persona ofendida, conforme a los supuestos previstos en el artículo 170, antepenúltimo y anteúltimo párrafos, del Código Penal.
- 7) Delitos previstos en los artículos 145 bis y ter del Código Penal.
- 8) Casos en que sea aplicable el artículo 41 quinquies del Código Penal.
- 9) Financiamiento del terrorismo previsto en el artículo 306 del Código Penal.
- 10) Delitos previstos en los artículos 5°, 6° y 7° de la ley 23.737 o la que en el futuro la reemplace.
- 11) Delitos previstos en los artículos 865, 866 y 867 del Código Aduanero.

(Artículo sustituido por art. 38 de la Ley N° 27.375 B.O.28/07/2017)

ARTÍCULO 15.- La libertad condicional será revocada cuando el penado cometiere un nuevo delito o violare la obligación de residencia. En estos casos no se computará, en el término de la pena, el tiempo que haya durado la libertad.

En los casos de los incisos 2º, 3º, 5º y 6º del artículo 13, el Tribunal podrá disponer que no se compute en el término de la condena todo o parte del tiempo que hubiere durado la libertad, hasta que el condenado cumpliera con lo dispuesto en dichos incisos. (Párrafo sustituido por art. 3º de la Ley N° 25.892 B.O.26/5/2004)

ARTÍCULO 16.- Transcurrido el término de la condena, o el plazo de cinco años señalado en el artículo 13 sin que la libertad condicional haya sido revocada, la pena quedará extinguida, lo mismo que la inhabilitación absoluta del artículo 12.

ARTÍCULO 17.- Ningún penado cuya libertad condicional haya sido revocada, podrá obtenerla nuevamente.

ARTÍCULO 18.- Los condenados por tribunales provinciales a reclusión o prisión por más de cinco años serán admitidos en los respectivos establecimientos nacionales. Las provincias podrán mandarlos siempre que no tuvieren establecimientos adecuados.

ARTÍCULO 19.- La inhabilitación absoluta importa:

- 1º. La privación del empleo o cargo público que ejercía el penado aunque provenga de elección popular;

2º. La privación del derecho electoral;

3º. La incapacidad para obtener cargos, empleos y comisiones públicas;

4º. La suspensión del goce de toda jubilación, pensión o retiro, civil o militar, cuyo importe será percibido por los parientes que tengan derecho a pensión.

El tribunal podrá disponer, por razones de carácter asistencial, que la víctima o los deudos que estaban a su cargo concurren hasta la mitad de dicho importe, o que lo perciban en su totalidad, cuando el penado no tuviere parientes con derecho a pensión, en ambos casos hasta integrar el monto de las indemnizaciones fijadas.

ARTÍCULO 20.- La inhabilitación especial producirá la privación del empleo, cargo, profesión o derecho sobre que recayere y la incapacidad para obtener otro del mismo género durante la condena. La inhabilitación especial para derechos políticos producirá la incapacidad de ejercer durante la condena aquellos sobre que recayere.

ARTÍCULO 20 bis.- Podrá imponerse inhabilitación especial de seis meses a diez años, aunque esa pena no esté expresamente prevista, cuando el delito cometido importe:

1º. Incompetencia o abuso en el ejercicio de un empleo o cargo público;

2º. Abuso en el ejercicio de la patria potestad, adopción, tutela o curatela;

3º. Incompetencia o abuso en el desempeño de una profesión o actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o habilitación del poder público.

En caso de los delitos previstos en los artículos 119, 120, 124, 125, 125 bis, 128, 129 —in fine—, 130 —párrafos segundo y tercero—, 145 bis y 145 ter del Código Penal, la inhabilitación especial será perpetua cuando el autor se hubiere valido de su empleo, cargo, profesión o derecho para la comisión. (Último párrafo incorporado por art. 1º de la Ley N° 27.206 B.O. 10/11/2015)

ARTÍCULO 20 ter.- El condenado a inhabilitación absoluta puede ser restituido al uso y goce de los derechos y capacidades de que fue privado, si se ha comportado correctamente durante la mitad del plazo de aquélla, o durante diez años cuando la pena fuera perpetua, y ha reparado los daños en la medida de lo posible.

El condenado a inhabilitación especial puede ser rehabilitado, transcurrida la mitad del plazo de ella, o cinco años cuando la pena fuere perpetua, si se ha comportado correctamente, ha remediado su incompetencia o no es de temer que incurra en nuevos abusos y, además, ha reparado los daños en la medida de lo posible.

Cuando la inhabilitación importó la pérdida de un cargo público o de una tutela o curatela, la rehabilitación no comportará la reposición en los mismos cargos.

Para todos los efectos, en los plazos de inhabilitación no se computará el tiempo en que el inhabilitado haya estado prófugo, internado o privado de su libertad.

ARTÍCULO 21.- La multa obligará al reo a pagar la cantidad de dinero que determinare la sentencia, teniendo en cuenta además de las causas generales del artículo 40, la situación económica del penado.

Si el reo no pagare la multa en el término que fije la sentencia, sufrirá prisión que no excederá de año y medio.

El tribunal, antes de transformar la multa en la prisión correspondiente, procurará la satisfacción de la primera, haciéndola efectiva sobre los bienes, sueldos u otras entradas del condenado. Podrá autorizarse al condenado a amortizar la pena pecuniaria, mediante el trabajo libre, siempre que se presente ocasión para ello.

También se podrá autorizar al condenado a pagar la multa por cuotas. El tribunal fijará el monto y la fecha de los pagos, según la condición económica del condenado.

ARTÍCULO 22.- En cualquier tiempo que se satisficiera la multa, el reo quedará en libertad.

Del importe se descontará, de acuerdo con las reglas establecidas para el cómputo de la prisión preventiva, la parte proporcional al tiempo de detención que hubiere sufrido.

ARTÍCULO 22 bis.- Si el hecho ha sido cometido con ánimo de lucro, podrá agregarse a la pena privativa de libertad una multa, aun cuando no esté especialmente prevista o lo esté sólo en forma alternativa con aquélla. Cuando no esté prevista, la multa no podrá exceder de noventa mil pesos.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 23.- En todos los casos en que recayese condena por delitos previstos en este Código o en leyes penales especiales, la misma decidirá el decomiso de las cosas que han servido para cometer el hecho y de las cosas o ganancias que son el producto o el provecho del delito, en favor del Estado nacional, de las provincias o de los municipios, salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros.

Si las cosas son peligrosas para la seguridad común, el comiso puede ordenarse aunque afecte a terceros, salvo el derecho de éstos, si fueren de buena fe, a ser indemnizados.

Cuando el autor o los partícipes han actuado como mandatarios de alguien o como órganos, miembros o administradores de una persona de existencia ideal, y el producto o el provecho del delito ha beneficiado al mandante o a la persona de existencia ideal, el comiso se pronunciará contra éstos.

Cuando con el producto o el provecho del delito se hubiese beneficiado un tercero a título gratuito, el comiso se pronunciará contra éste.

Si el bien decomisado tuviere valor de uso o cultural para algún establecimiento oficial o de bien público, la autoridad nacional, provincial o municipal respectiva podrá disponer su entrega a esas entidades. Si así no fuere y tuviera valor comercial, aquélla dispondrá su enajenación. Si no tuviera valor lícito alguno, se lo destruirá.

En el caso de condena impuesta por alguno de los delitos previstos por los artículos 125, 125 bis, 127, 140, 142 bis, 145 bis, 145 ter y 170 de este Código, queda comprendido entre los bienes a decomisar la cosa mueble o inmueble donde se mantuviera a la víctima privada de su libelad u objeto de explotación. Los bienes decomisados con motivo de tales delitos, según los términos del presente artículo, y el producido de las multas que se impongan, serán afectados a programas de asistencia a la víctima. (Párrafo sustituido por art. 20 de la Ley N° 26.842 B.O. 27/12/2012)

En caso de los delitos previstos en el artículo 213 ter y quáter y en el Título XIII del libro Segundo de éste Código, serán decomisados de modo definitivo, sin necesidad de condena penal, cuando se hubiere podido comprobar la ilicitud de su origen, o del hecho material al que estuvieren vinculados, y el imputado no pudiere ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga, prescripción o cualquier otro motivo de suspensión o extinción de la acción penal, o cuando el imputado hubiere reconocido la procedencia o uso ilícito de los bienes. (Párrafo incorporado por art. 6º de la Ley N° 26.683 B.O. 21/06/2011)

Todo reclamo o litigio sobre el origen, naturaleza o propiedad de los bienes se realizará a través de una acción administrativa o civil de restitución. Cuando el bien hubiere sido subastado sólo se podrá reclamar su valor monetario. (Párrafo incorporado por art. 6º de la Ley N° 26.683 B.O. 21/06/2011)

El juez podrá adoptar desde el inicio de las actuaciones judiciales las medidas cautelares suficientes para asegurar el decomiso del o de los inmuebles, fondos de comercio, depósitos, transportes, elementos informáticos, técnicos y de comunicación, y todo otro bien o derecho patrimonial sobre los que, por tratarse de instrumentos o efectos relacionados con el o los delitos que se investigan, el decomiso presumiblemente pueda recaer.

El mismo alcance podrán tener las medidas cautelares destinadas a hacer cesar la comisión del delito o sus efectos, o a evitar que se consolide su provecho o a obtaculizar la impunidad de sus partícipes. En todos los casos se deberá dejar a salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros

(Artículo sustituido por art. 1º de la Ley N° 25.815 B.O.1/12/2003)

ARTÍCULO 24.- La prisión preventiva se computará así: por dos días de prisión preventiva, uno de reclusión; por un día de prisión preventiva, uno de prisión o dos de inhabilitación o la cantidad de multa que el tribunal fijase entre pesos treinta y cinco y pesos ciento setenta y cinco.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 25.- Si durante la condena el penado se volviere loco, el tiempo de la locura se computará para el cumplimiento de la pena, sin que ello obste a lo dispuesto en el apartado tercero del inciso 1º del artículo 34.

TÍTULO III. CONDENACION CONDICIONAL

ARTÍCULO 26.- En los casos de primera condena a pena de prisión que no exceda de tres años, será facultad de los tribunales disponer en el mismo pronunciamiento que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena. Esta decisión deberá ser fundada, bajo sanción de nulidad, en la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad. El tribunal requerirá las informaciones pertinentes para formar criterio, pudiendo las partes aportar también la prueba útil a tal efecto.

Igual facultad tendrán los tribunales en los casos de concurso de delitos si la pena impuesta al reo no excediese los tres años de prisión.

No procederá la condenación condicional respecto de las penas de multa o inhabilitación.

ARTÍCULO 27.- La condenación se tendrá como no pronunciada si dentro del término de cuatro años, contados a partir de la fecha de la sentencia firme, el condenado no cometiere un nuevo delito. Si cometiere un nuevo delito, sufrirá la pena impuesta en la primera condenación y la que le correspondiere por el segundo delito, conforme con lo dispuesto sobre acumulación de penas.

La suspensión podrá ser acordada por segunda vez si el nuevo delito ha sido cometido después de haber transcurrido ocho años a partir de la fecha de la primera condena firme. Este plazo se elevará a diez años, si ambos delitos fueran dolosos.

En los casos de sentencias recurridas y confirmadas, en cuanto al carácter condicional de la condena, los plazos se computarán desde la fecha del pronunciamiento originario.

ARTÍCULO 27 bis.- Al suspender condicionalmente la ejecución de la pena, el Tribunal deberá disponer que, durante un plazo que fijará entre dos y cuatro años según la gravedad del delito, el condenado cumpla todas o alguna de las siguientes reglas de conducta, en tanto resulten adecuadas para prevenir la comisión de nuevos delitos:

1. Fijar residencia y someterse al cuidado de un patronato.
2. Abstenerse de concurrir a determinados lugares o de relacionarse con determinadas personas.
3. Abstenerse de usar estupefacientes o de abusar de bebidas alcohólicas.

4. Asistir a la escolaridad primaria, si no la tuviere cumplida.
5. Realizar estudios o prácticas necesarios para su capacitación laboral o profesional.
6. Someterse a un tratamiento médico o psicológico, previo informe que acredite su necesidad y eficacia.
7. Adoptar oficio, arte, industria o profesión, adecuado a su capacidad.
8. Realizar trabajos no remunerados en favor del estado o de instituciones de bien público, fuera de sus horarios habituales de trabajo.

Las reglas podrán ser modificadas por el Tribunal según resulte conveniente al caso.

Si el condenado no cumpliera con alguna regla, el Tribunal podrá disponer que no se compute como plazo de cumplimiento todo o parte del tiempo transcurrido hasta ese momento. Si el condenado persistiere o reiterare el incumplimiento, el Tribunal podrá revocar la condicionalidad de la condena. El condenado deberá entonces cumplir la totalidad de la pena de prisión impuesta en la sentencia.

(Artículo incorporado por art. 1° de la Ley N° 24.316 B.O. 19/5/1994)

ARTÍCULO 28.- La suspensión de la pena no comprenderá la reparación de los daños causados por el delito y el pago de los gastos del juicio.

TÍTULO IV. REPARACION DE PERJUICIOS

ARTÍCULO 29.- La sentencia condenatoria podrá ordenar:

1. La reposición al estado anterior a la comisión del delito, en cuanto sea posible, disponiendo a ese fin las restituciones y demás medidas necesarias.
2. La indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero, fijándose el monto prudencialmente por el juez en defecto de plena prueba.
3. El pago de las costas.

(Artículo sustituido por art. 27 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999.)

ARTÍCULO 30.- La obligación de indemnizar es preferente a todas las que contrajere el responsable después de cometido el delito, a la ejecución de la pena de decomiso del producto o el provecho del delito y al pago de la multa. Si los bienes del condenado no fueren suficientes para cubrir todas sus responsabilidades pecuniarias, éstas se satisfarán en el orden siguiente:

1. La indemnización de los daños y perjuicios.
2. El resarcimiento de los gastos del juicio.
3. El decomiso del producto o el provecho del delito.
4. El pago de la multa.

(Artículo sustituido por art. 28 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999.)

ARTÍCULO 31.- La obligación de reparar el daño es solidaria entre todos los responsables del delito.

ARTÍCULO 32.- El que por título lucrativo participare de los efectos de un delito, estará obligado a la reparación hasta la cuantía en que hubiere participado.

ARTÍCULO 33.- En caso de insolvencia total o parcial, se observarán las reglas siguientes:

- 1º. Tratándose de condenados a reclusión o prisión, la reparación se hará en la forma determinada en el artículo 11;
- 2º. Tratándose de condenados a otras penas, el tribunal señalará la parte de sus entradas o emolumentos que deban depositar periódicamente hasta el pago total.

TÍTULO V. IMPUTABILIDAD

ARTÍCULO 34.- No son punibles:

1º. El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.

En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás.

En los demás casos en que se absolviera a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso;

- 2º. El que obrare violentado por fuerza física irresistible o amenazas de sufrir un mal grave e inminente;
- 3º. El que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño;

4º. El que obrare en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo;

5º. El que obrare en virtud de obediencia debida;

6º. El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias:

a) Agresión ilegítima;

b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla;

c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

Se entenderá que concurren estas circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor.

Igualmente respecto de aquél que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia;

7º. El que obrare en defensa de la persona o derechos de otro, siempre que concurren las circunstancias a) y b) del inciso anterior y caso de haber precedido provocación suficiente por parte del agredido, la de que no haya participado en ella el tercero defensor.

ARTÍCULO 35.- El que hubiere excedido los límites impuestos por la Ley, por la autoridad o por la necesidad, será castigado con la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia.

ARTÍCULO 36.- Derogado.

ARTÍCULO 37.- Derogado.

ARTÍCULO 38.- Derogado.

ARTÍCULO 39.- Derogado.

ARTÍCULO 40.- En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente.

ARTÍCULO 41.- A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta:

1º. La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados;

2º. La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.

ARTÍCULO 41 bis — Cuando alguno de los delitos previstos en este Código se cometiera con violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de **un arma de fuego** la escala penal prevista para el delito de que se trate **se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo**, sin que ésta pueda exceder el máximo legal de la especie de pena que corresponda.

Este agravante no será aplicable cuando la circunstancia mencionada en ella ya se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate.

(Artículo incorporado por art. 1º de la Ley N° 25.297 B.O. 22/9/2000)

ARTÍCULO 41 ter — Las escalas penales podrán reducirse a las de la tentativa respecto de los partícipes o autores por algún delito de los detallados a continuación en este artículo, cuando durante la sustanciación del proceso del que sean parte, brinden información o datos precisos, comprobables y verosímiles.

El proceso sobre el cual se aporten datos o información deberá estar vinculado con alguno de los siguientes delitos:

- a) Delitos de producción, tráfico, transporte, siembra, almacenamiento y comercialización de estupefacientes, precursores químicos o cualquier otra materia prima para su producción o fabricación previstos en la ley 23.737 o la que en el futuro la reemplace, y la organización y financiación de dichos delitos;
- b) Delitos previstos en la sección XII, título I del Código Aduanero;
- c) Todos los casos en los que sea aplicable el artículo 41 quinquies del Código Penal;
- d) Delitos previstos en los artículos 125, 125 bis, 126, 127 y 128 del Código Penal;
- e) Delitos previstos en los artículos 142 bis, 142 ter y 170 del Código Penal;
- f) Delitos previstos en los artículos 145 bis y 145 ter del Código Penal;
- g) Delitos cometidos en los términos de los artículos 210 y 210 bis del Código Penal;

h) Delitos previstos en los capítulos VI, VII, VIII, IX, IX bis y X del título XI y en el inciso 5 del artículo 174, del Código Penal;

i) Delitos previstos en el título XIII, del libro segundo, del Código Penal.

Para la procedencia de este beneficio será necesario que los datos o información aportada contribuyan a evitar o impedir el comienzo, la permanencia o consumación de un delito; esclarecer el hecho objeto de investigación u otros conexos; revelar la identidad o el paradero de autores, coautores, instigadores o partícipes de estos hechos investigados o de otros conexos; proporcionar datos suficientes que permitan un significativo avance de la investigación o el paradero de víctimas privadas de su libertad; averiguar el destino de los instrumentos, bienes, efectos, productos o ganancias del delito; o indicar las fuentes de financiamiento de organizaciones criminales involucradas en la comisión de los delitos previstos en el presente artículo.

Cuando el delito atribuido al imputado estuviere reprimido con prisión y/o reclusión perpetua, la pena sólo podrá reducirse hasta los quince (15) años de prisión.

La reducción de pena no procederá respecto de las penas de inhabilitación o multa.

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 27.304 B.O. 2/11/2016)

ARTÍCULO 41 quater — Cuando alguno de los delitos previstos en este Código sea cometido con la intervención de menores de dieciocho años de edad, la escala penal correspondiente se incrementará en un tercio del mínimo y del máximo, respecto de los mayores que hubieren participado en el mismo.

(Artículo incorporado por art. 1° de la Ley N° 25.767 B.O. 1/9/2003)

ARTÍCULO 41 quinquies — Cuando alguno de los delitos previstos en este Código hubiere sido cometido con la finalidad de aterrorizar a la población u obligar a las autoridades públicas nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo, la escala se incrementará en el doble del mínimo y el máximo.

Las agravantes previstas en este artículo no se aplicarán cuando el o los hechos de que se traten tuvieren lugar en ocasión del ejercicio de derechos humanos y/o sociales o de cualquier otro derecho constitucional.

(Artículo incorporado por art. 3° de la Ley N° 26.734 B.O. 28/12/2011)

TÍTULO VI. TENTATIVA

ARTÍCULO 42.- El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad, sufrirá las penas determinadas en el artículo 44.

ARTÍCULO 43.- El autor de tentativa no estará sujeto a pena cuando desistiere voluntariamente del delito.

ARTÍCULO 44.- La pena que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad.

Si la pena fuere de reclusión perpetua, la pena de la tentativa será reclusión de quince a veinte años. Si la pena fuese de prisión perpetua, la de tentativa será prisión de diez a quince años.

Si el delito fuera imposible, la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducirse al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelada por el delincuente.

TÍTULO VII. PARTICIPACION CRIMINAL

ARTÍCULO 45.- Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo.

ARTÍCULO 46.- Los que cooperen de cualquier otro modo a la ejecución del hecho y los que presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo, serán reprimidos con la pena correspondiente al delito, disminuida de un tercio a la mitad. Si la pena fuere de reclusión perpetua, se aplicará reclusión de quince a veinte años y si fuere de prisión perpetua, se aplicará prisión de diez a quince años.

ARTÍCULO 47.- Si de las circunstancias particulares de la causa resultare que el acusado de complicidad no quiso cooperar sino en un hecho menos grave que el cometido por el autor, la pena será aplicada al cómplice solamente en razón del hecho que prometió ejecutar.

Si el hecho no se consumase, la pena del cómplice se determinará conforme a los preceptos de este artículo y a los del título de la tentativa.

ARTÍCULO 48.- Las relaciones, circunstancias y calidades personales, cuyo efecto sea disminuir o excluir la penalidad, no tendrán influencia sino respecto al autor o cómplice a quienes correspondan. Tampoco tendrán influencia aquéllas cuyo efecto sea agravar la penalidad, salvo el caso en que fueren conocidas por el partícipe.

ARTÍCULO 49.- No se considerarán partícipes de los delitos cometidos por la prensa a las personas que solamente prestaren al autor del escrito o grabado la cooperación material necesaria para su publicación, difusión o venta.

TÍTULO VIII. REINCIDENCIA

ARTÍCULO 50.- Habrá reincidencia siempre que quien hubiera cumplido, total o parcialmente, pena privativa de libertad impuesta por un tribunal del país cometiere un nuevo delito punible también con esa clase de pena.

La condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta para la reincidencia si ha sido pronunciada por razón de un delito que pueda, según la ley argentina, dar lugar a extradición.

No dará lugar a reincidencia la pena cumplida por delitos políticos, los previstos exclusivamente en el Código de Justicia Militar, los amnistiados o los cometidos por menores de dieciocho años de edad. La pena sufrida no se tendrá en cuenta a los efectos de la reincidencia cuando desde su cumplimiento hubiera transcurrido un término igual a aquél por la que fuera impuesta, que nunca excederá de diez ni será inferior a cinco años.

ARTÍCULO 51.- Todo ente oficial que lleve registros penales se abstendrá de informar sobre datos de un proceso terminado por sobreseimiento o sentencia absolutoria. En ningún caso se informará la existencia de detenciones que no provengan de la formación de causa, salvo que los informes se requieran para resolver un hábeas corpus o en causas por delitos de que haya sido víctima el detenido.

El registro de las sentencias condenatorias caducará a todos sus efectos:

1. Después de transcurridos diez años desde la sentencia (art. 27) para las condenas condicionales;
2. Después de transcurridos diez años desde su extinción para las demás condenas a penas privativas de la libertad;
3. Después de transcurridos cinco años desde su extinción para las condenas a pena de multa o inhabilitación.

En todos los casos se deberá brindar la información cuando mediare expreso consentimiento del interesado. Asimismo, los jueces podrán requerir la información, excepcionalmente, por resolución que sólo podrá fundarse en la necesidad concreta del antecedente como elemento de prueba de los hechos en un proceso judicial.

Los tribunales deberán comunicar a los organismos de registro la fecha de caducidad:

1. Cuando se extingan las penas perpetuas;
2. Cuando se lleve a cabo el cómputo de las penas temporales, sean condicionales o de cumplimiento efectivo;
3. Cuando se cumpla totalmente la pena de multa o, en caso de su sustitución por prisión (art. 21, párr. 2º), al efectuar el cómputo de la prisión impuesta;
4. Cuando declaren la extinción de las penas en los casos previstos por los artículos 65, 68 y 69.

La violación de la prohibición de informar será considerada como violación de secreto en los términos del artículo 157, si el hecho no constituyere un delito más severamente penado.

ARTÍCULO 52.- Se impondrá reclusión por tiempo indeterminado como accesoria de la última condena, cuando la reincidencia fuere múltiple en forma tal que mediaren las siguientes penas anteriores:

1. Cuatro penas privativas de libertad, siendo una de ellas mayor de tres años;
2. Cinco penas privativas de libertad, de tres años o menores.

Los tribunales podrán, por una única vez, dejar en suspenso la aplicación de esta medida accesoria, fundando expresamente su decisión en la forma prevista en el artículo 26.

ARTÍCULO 53.- En los casos del artículo anterior, transcurridos cinco años del cumplimiento de la reclusión accesoria, el tribunal que hubiera dictado la última condena o impuesto la pena única estará facultado para otorgarle la libertad condicional, previo informe de la autoridad penitenciaria, en las condiciones compromisorias previstas en el artículo 13, y siempre que el condenado hubiera mantenido buena conducta, demostrando aptitud y hábito para el trabajo, y demás actitudes que permitan suponer verosímelmente que no constituirá un peligro para la sociedad. Transcurridos cinco años de obtenida la libertad condicional el condenado podrá solicitar su libertad definitiva al tribunal que la concedió, el que decidirá según sea el resultado obtenido en el período de prueba y previo informe del patronato, institución o persona digna de confianza, a cuyo cargo haya estado el control de la actividad del liberado. Los condenados con la reclusión accesoria por tiempo indeterminado deberán cumplirla en establecimientos federales.

La violación por parte del liberado de cualquiera de las condiciones establecidas en el artículo 13 podrá determinar la revocatoria del beneficio acordado y su reintegro al régimen carcelario anterior. Después de transcurridos cinco años de su reintegro al régimen carcelario podrá en los casos de los incisos 1º, 2º, 3º y 5º del artículo 13, solicitar nuevamente su libertad condicional.

TÍTULO IX. CONCURSO DE DELITOS

ARTÍCULO 54.- Cuando un hecho cayere bajo más de una sanción penal, se aplicará solamente la que fijare pena mayor.

ARTÍCULO 55.- Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con una misma especie de pena, la pena aplicable al reo tendrá como mínimo, el mínimo mayor y como máximo, la suma aritmética de las penas máximas correspondientes a los diversos hechos.

Sin embargo, esta suma no podrá exceder de (50) cincuenta años de reclusión o prisión.

(Artículo sustituido por art. 1º de la Ley N° 25.928 B.O. 10/9/2004)

ARTÍCULO 56.- Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con penas divisibles de reclusión o prisión se aplicará la pena más grave, teniendo en cuenta los delitos de pena menor.

Si alguna de las penas no fuere divisible, se aplicará ésta únicamente, salvo el caso en que concurrieren la de prisión perpetua y la de reclusión temporal, en que se aplicará reclusión perpetua. La inhabilitación y la multa se aplicarán siempre, sin sujeción a lo dispuesto en el párrafo primero.

ARTÍCULO 57.- A los efectos del artículo anterior, la gravedad relativa de las penas de diferente naturaleza se determinará por el orden en que se hallan enumeradas en el artículo 5º.

ARTÍCULO 58.- Las reglas precedentes se aplicarán también en el caso en que después de una condena pronunciada por sentencia firme se deba juzgar a la misma persona que esté cumpliendo pena por otro hecho distinto; o cuando se hubieren dictado dos o más sentencias firmes con violación de dichas reglas. Corresponderá al juez que haya aplicado la pena mayor dictar, a pedido de parte, su única sentencia, sin alterar las declaraciones de hechos contenidas en las otras.

Cuando por cualquier causa la justicia federal, en autos en que ella haya intervenido, no pueda aplicar esta regla, lo hará la justicia ordinaria nacional o provincial que conoció de la infracción penal, según sea el caso.

TÍTULO X. EXTINCION DE ACCIONES Y DE PENAS

ARTÍCULO 59.- La acción penal se extinguirá:

- 1) Por la muerte del imputado;
- 2) Por la amnistía;
- 3) Por la prescripción;
- 4) Por la renuncia del agraviado, respecto de los delitos de acción privada;
- 5) Por aplicación de un criterio de oportunidad, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes;
- 6) Por conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes;
- 7) Por el cumplimiento de las condiciones establecidas para la suspensión del proceso a prueba, de conformidad con lo previsto en este Código y las leyes procesales correspondientes.

(Artículo sustituido por art. 1º de la Ley N° 27.147 B.O. 18/06/2015)

ARTÍCULO 60.- La renuncia de la persona ofendida al ejercicio de la acción penal sólo perjudicará al renunciante y a sus herederos.

ARTÍCULO 61.- La amnistía extinguirá la acción penal y hará cesar la condena y todos sus efectos, con excepción de las indemnizaciones debidas a particulares.

ARTÍCULO 62.- La acción penal se prescribirá durante el tiempo fijado a continuación:

1º. A los quince años, cuando se tratare de delitos cuya pena fuere la de reclusión o prisión perpetua;

2º. Después de transcurrido el máximo de duración de la pena señalada para el delito, si se tratare de hechos reprimidos con reclusión o prisión, no pudiendo, en ningún caso, el término de la prescripción exceder de doce años ni bajar de dos años;

3º. A los cinco años, cuando se tratare de un hecho reprimido únicamente con inhabilitación perpetua;

4º. Al año, cuando se tratare de un hecho reprimido únicamente con inhabilitación temporal;

5º. A los dos años, cuando se tratare de hechos reprimidos con multa.

ARTÍCULO 63.- La prescripción de la acción empezará a correr desde la medianoche del día en que se cometió el delito o, si éste fuese continuo, en que cesó de cometerse.

(Segundo y tercer párrafos derogados por art. 3º de la Ley N° 27.206 B.O. 10/11/2015)

ARTÍCULO 64.- La acción penal por delito reprimido con multa se extinguirá en cualquier estado de la instrucción y mientras no se haya iniciado el juicio, por el pago voluntario del mínimo de la multa correspondiente y la reparación de los daños causados por el delito.

Si se hubiese iniciado el juicio deberá pagarse el máximo de la multa correspondiente, además de repararse los daños causados por el delito.

En ambos casos el imputado deberá abandonar en favor del estado, los objetos que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayera condena.

El modo de extinción de la acción penal previsto en este artículo podrá ser admitido por segunda vez si el nuevo delito ha sido cometido después de haber transcurrido ocho años a partir de la fecha de la resolución que hubiese declarado la extinción de la acción penal en la causa anterior.

(Artículo sustituido por art. 6º de la Ley N° 24.316 B.O. 19/5/1994)

ARTÍCULO 65.- Las penas se prescriben en los términos siguientes:

1º. La de reclusión perpetua, a los veinte años;

2º. La de prisión perpetua, a los veinte años;

3º. La de reclusión o prisión temporal, en un tiempo igual al de la condena;

4º. La de multa, a los dos años.

ARTÍCULO 66.- La prescripción de la pena empezará a correr desde la medianoche del día en que se notificare al reo la sentencia firme o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiese empezado a cumplirse.

ARTÍCULO 67.- La prescripción se suspende en los casos de los delitos para cuyo juzgamiento sea necesaria la resolución de cuestiones previas o prejudiciales, que deban ser resueltas en otro juicio. Terminada la causa de la suspensión, la prescripción sigue su curso.

La prescripción también se suspende en los casos de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, para todos los que hubiesen participado, mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público.

El curso de la prescripción de la acción penal correspondiente a los delitos previstos en los artículos 226 y 227 bis, se suspenderá hasta el restablecimiento del orden constitucional.

En los delitos previstos en los artículos 119, 120, 125, 125 bis, 128, 129 —in fine—, 130 —párrafos segundo y tercero—, 145 bis y 145 ter del Código Penal, se suspende la prescripción mientras la víctima sea menor de edad y hasta que habiendo cumplido la mayoría de edad formule por sí la denuncia o ratifique la formulada por sus representantes legales durante su minoría de edad.

Si como consecuencia de cualquiera de los delitos indicados hubiera ocurrido la muerte del menor de edad, comenzará a correr desde la medianoche del día en que aquél hubiera alcanzado la mayoría de edad.

La prescripción se interrumpe solamente por:

- a) La comisión de otro delito;
- b) El primer llamado efectuado a una persona, en el marco de un proceso judicial, con el objeto de recibirle declaración indagatoria por el delito investigado;
- c) El requerimiento acusatorio de apertura o elevación a juicio, efectuado en la forma que lo establezca la legislación procesal correspondiente;
- d) El auto de citación a juicio o acto procesal equivalente; y
- e) El dictado de sentencia condenatoria, aunque la misma no se encuentre firme.

La prescripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada delito y para cada uno de sus partícipes, con la excepción prevista en el segundo párrafo de este artículo.

(Artículo sustituido por art. 2° de la Ley N° 27.206 B.O. 10/11/2015)

ARTÍCULO 68.- El indulto del reo extinguirá la pena y sus efectos, con excepción de las indemnizaciones debidas a particulares.

ARTÍCULO 69.- El perdón de la parte ofendida extinguirá la pena impuesta por delito de los enumerados en el artículo 73.

Si hubiere varios partícipes, el perdón en favor de uno de ellos aprovechará a los demás.

ARTÍCULO 70.- Las indemnizaciones pecuniarias inherentes a las penas, podrán hacerse efectivas sobre los bienes propios del condenado, aun después de muerto.

TÍTULO XI. DEL EJERCICIO DE LAS ACCIONES

ARTÍCULO 71.- Sin perjuicio de las reglas de disponibilidad de la acción penal previstas en la legislación procesal, deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las siguientes:

- 1) Las que dependieren de instancia privada;
- 2) Las acciones privadas.

(Artículo sustituido por art. 2° de la Ley N° 27.147 B.O. 18/06/2015)

ARTÍCULO 72.- Son acciones **dependientes de instancia privada** las que nacen de los siguientes delitos:

1. Los previstos en los artículos 119, 120 y 130 del Código Penal cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones de las mencionadas en el artículo 91.
2. Lesiones leves, sean dolosas o culposas.
3. Impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes.

En los casos de este artículo, no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia del agraviado, de su tutor, guardador o representantes legales. Sin embargo, se procederá **de oficio**:

- a) En los casos del inciso 1, cuando la víctima fuere **menor de 18 años de edad** o haya sido declarada incapaz;
- b) En los casos del inciso 2, cuando mediaren razones de **seguridad o interés público**;

c) En los casos de los incisos 2 y 3, cuando el delito fuere cometido **contra un menor** que no tenga padres, tutor ni guardador, o que lo fuere por uno de sus ascendientes, tutor o guardador, o cuando existieren intereses gravemente contrapuestos entre éstos y el menor, siempre que resultare más conveniente para el interés superior de aquél.

(Artículo sustituido por Ley N° 27.455 B.O. 25/10/2018)

ARTÍCULO 73.- Son acciones privadas las que nacen de los siguientes delitos:

- 1) Calumnias e injurias;
- 2) Violación de secretos, salvo en los casos de los artículos 154 y 157;
- 3) Concurrencia desleal, prevista en el artículo 159;
- 4) **Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar**, cuando la víctima fuere el cónyuge.

Asimismo, son acciones privadas las que de conformidad con lo dispuesto por las leyes procesales correspondientes, surgen de la conversión de la acción pública en privada o de la prosecución de la acción penal por parte de la víctima.

La acción por calumnia e injuria, podrá ser ejercitada sólo por el ofendido y después de su muerte por el cónyuge, hijos, nietos o padres sobrevivientes.

En los demás casos, se procederá únicamente por querrela del agraviado o de sus guardadores o representantes legales.

(Artículo sustituido por art. 3° de la Ley N° 27.147 B.O. 18/06/2015)

ARTÍCULO 74.- (Artículo derogado por art. 2° de la Ley N°24.453 B.O. 7/3/1995)

ARTÍCULO 75.- (Artículo derogado por art. 5° de la Ley N° 27.147 B.O. 18/06/2015)

TÍTULO XII. SJP

(Título incorporado por art. 3° de la Ley N°24.316 B.O. 19/5/1994)

De la suspensión del juicio a prueba

ARTÍCULO 76.- La suspensión del juicio a prueba se regirá de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes. Ante la falta de regulación total o parcial, se aplicarán las disposiciones de este Título.

(Artículo sustituido por art. 4° de la Ley N° 27.147 B.O. 18/06/2015)

ARTÍCULO 76 bis.- El imputado de un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años, podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba.

En casos de concurso de delitos, el imputado también podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba si el máximo de la pena de reclusión o prisión aplicable no excediese de tres años.

Al presentar la solicitud, el imputado deberá ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible, sin que ello implique confesión ni reconcimimiento de la responsabilidad civil correspondiente. El juez decidirá sobre la razonabilidad del ofrecimiento en resolución fundada. La parte damnificada podrá aceptar o no la reparación ofrecida, y en este último caso, si la realización del juicio se suspendiere, tendrá habilitada la acción civil correspondiente.

Si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y hubiese consentimiento del fiscal, el Tribunal podrá suspender la realización del juicio.

Si el delito o alguno de los delitos que integran el concurso estuviera reprimido con pena de multa aplicable en forma conjunta o alternativa con la de prisión, será condición, además, que se pague el mínimo de la multa correspondiente.

El imputado deberá abandonar en favor del estado, los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayera condena.

No procederá la suspensión del juicio cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese participado en el delito.

Tampoco procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los delitos reprimidos con pena de inhabilitación.

Tampoco procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los ilícitos reprimidos por las Leyes 22.415 y 24.769 y sus respectivas modificaciones. (Párrafo incorporado por art. 19 de la Ley N° 26.735 B.O. 28/12/2011)

(Artículo incorporado por art. 3° de la Ley N° 24.316 B.O. 19/5/1994)

ARTÍCULO 76 ter.- El tiempo de la suspensión del juicio será fijado por el Tribunal entre uno y tres años, según la gravedad del delito. El Tribunal establecerá las reglas de conducta que deberá cumplir el imputado, conforme las previsiones del artículo 27 bis.

Durante ese tiempo se suspenderá la prescripción de la acción penal.

La suspensión del juicio será dejada sin efecto si con posterioridad se conocieran circunstancias que modifiquen el máximo de la pena aplicable o la estimación acerca de la condicionalidad de la ejecución de la posible condena.

Si durante el tiempo fijado por el Tribunal el imputado no comete un delito, repara los daños en la medida ofrecida y cumple con las reglas de conducta establecidas, se extinguirá la acción penal. En caso contrario, se llevará a cabo el juicio y si el imputado fuere absuelto se le devolverán los bienes abandonados en favor del Estado y la multa pagada, pero no podrá pretender el reintegro de las reparaciones cumplidas.

Cuando la realización del juicio fuese determinada por la comisión de un nuevo delito, la pena que se imponga no podrá ser dejada en suspenso.

La suspensión de un juicio a prueba podrá ser concedida por segunda vez si el nuevo delito ha sido cometido después de haber transcurrido ocho años a partir de la fecha de expiración del plazo por el cual hubiera sido suspendido el juicio en el proceso anterior.

No se admitirá una nueva suspensión de juicio respecto de quien hubiese incumplido las reglas impuestas en una suspensión anterior.

(Artículo incorporado por art. 4° de la Ley N° 24.316 B.O. 19/5/1994)

ARTÍCULO 76 quater.- La suspensión del juicio a prueba hará inaplicables al caso las reglas de prejudicialidad de los artículos 1101 y 1102 del Código Civil, y no obstará a la aplicación de las sanciones contravencionales, disciplinarias o administrativas que pudieran corresponder.

(Artículo incorporado por art. 5° de la Ley N° 24.316 B.O. 19/5/1994)

TÍTULO XIII. SIGNIFICACION DE CONCEPTOS EMPLEADOS EN EL CODIGO

(Numeración del capítulo sustituida por art. 2° de la Ley N° 24.316 B.O. 19/5/1994)

ARTÍCULO 77.- Para la inteligencia del texto de este código se tendrán presente las siguientes reglas:

Los plazos a que este código se refiere serán contados con arreglo a las disposiciones del Código Civil. Sin embargo, la liberación de los condenados a penas privativas de libertad se efectuará al mediodía del día correspondiente.

La expresión “reglamentos” u “ordenanzas”, comprende todas las disposiciones de carácter general dictadas por la autoridad competente en la materia de que traten.

Por los términos “funcionario público” y “empleado público”, usados en este código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente.

Por el término “militar” se designa a toda persona que revista estado militar en el momento del hecho conforme la ley orgánica para el personal militar.

Los funcionarios públicos civiles que integran la cadena de mando se encuentran asimilados al personal militar con relación a los delitos que cometan en su carácter de tales, cuando produzcan actos o impartan órdenes o instrucciones como integrantes de la cadena de mando si las mismas implican comisión de delito o participación en el mismo.

Con la palabra “mercadería”, se designa toda clase de efectos susceptibles de expendio.

El término “capitán” comprende a todo comandante de embarcación o al que le sustituye.

El término “tripulación” comprende a todos los que se hallan a bordo como oficiales o marineros.

El término “estupefacientes” comprende los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias susceptibles de producir dependencia física o psíquica, que se incluyan en las listas que se elaboren y actualicen periódicamente por decreto del Poder Ejecutivo nacional.

El término “establecimiento rural” comprende todo inmueble que se destine a la cría, mejora o engorde del ganado, actividades de tambo, granja o cultivo de la tierra, a la avicultura u otras crianzas, fomento o aprovechamiento semejante.

El término “documento” comprende toda representación de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento, archivo o transmisión.

Los términos “firma” y “suscripción” comprenden la firma digital, la creación de una firma digital o firmar digitalmente.

Los términos “instrumento privado” y “certificado” comprenden el documento digital firmado digitalmente.

El término “información privilegiada” comprende toda información no disponible para el público cuya divulgación podría tener significativa influencia en el mercado de valores.

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011)

ARTÍCULO 78.- Queda comprendido en el concepto de "violencia", el uso de medios hipnóticos o narcóticos.

ARTÍCULO 78 bis. — (Artículo derogado por art. 14 de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

LIBRO SEGUNDO. DE LOS DELITOS

TÍTULO I. DELITOS CONTRA LAS PERSONAS. Art. 79 a 108

Capítulo I. Delitos contra la vida

ARTÍCULO 79. - Se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro siempre que en este código no se estableciere otra pena.

ARTÍCULO 80. - Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare:

1º A su ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia. (inciso sustituido por art. 1º de la Ley N° 26.791 B.O. 14/12/2012)

2º Con ensañamiento, alevosía, veneno u otro procedimiento insidioso.

3º Por precio o promesa remuneratoria.

4º Por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión. (inciso sustituido por art. 1º de la Ley N° 26.791 B.O. 14/12/2012)

5º Por un medio idóneo para crear un peligro común.

6º Con el concurso premeditado de dos o más personas.

7º Para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito.

8º A un miembro de las fuerzas de seguridad pública, policiales o penitenciarias, por su función, cargo o condición. (Inciso incorporado por art. 1º de la Ley N° 25.601 B.O.11/6/2002)

9º Abusando de su función o cargo, cuando fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario. (Inciso incorporado por art. 1º de la Ley N° 25.816 B.O.9/12/2003)

10 A su superior militar frente a enemigo o tropa formada con armas. (Inciso incorporado por art. 2º del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

11. A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género. (inciso incorporado por art. 2º de la Ley N° 26.791 B.O. 14/12/2012)

12. Con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación en los términos del inciso 1°. (inciso incorporado por art. 2° de la Ley N° 26.791 B.O. 14/12/2012)

Cuando en el caso del inciso 1° de este artículo, mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación, el juez podrá aplicar prisión o reclusión de ocho (8) a veinticinco (25) años. Esto no será aplicable a quien anteriormente hubiera realizado actos de violencia contra la mujer víctima. (Párrafo sustituido por art. 3° de la Ley N° 26.791 B.O. 14/12/2012)

ARTÍCULO 81. - 1º Se impondrá reclusión de tres a seis años, o prisión de uno a tres años:

a) Al que matare a otro, encontrándose en un estado de emoción violenta y que las circunstancias hicieren excusable.

b) Al que, con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud, produjere la muerte de alguna persona, cuando el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte.

2º (Inciso derogado por art. 1° de la Ley N° 24.410 B.O. 2/1/1995)

ARTÍCULO 82. - Cuando en el caso del inciso 1º del artículo 80 concurriese alguna de las circunstancias del inciso 1º del artículo anterior, la pena será de reclusión o prisión de diez a veinticinco años.

ARTÍCULO 83. - Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el que instigare a otro al suicidio o le ayudare a cometerlo, si el suicidio se hubiese tentado o consumado.

ARTÍCULO 84. - Será reprimido con prisión de uno (1) a cinco (5) años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco (5) a diez (10) años el que por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo causare a otro la muerte.

El mínimo de la pena se elevará a dos (2) años si fueren más de una las víctimas fatales.

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 27.347 B.O. 6/1/2017).

ARTÍCULO 84 bis. - Será reprimido con prisión de dos (2) a cinco (5) años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco (5) a diez (10) años el que por la conducción imprudente, negligente o antirreglamentaria de un vehículo con motor causare a otro la muerte.

La pena será de prisión de tres (3) a seis (6) años, si se diera alguna de las circunstancias previstas en el párrafo anterior y el conductor se diere a la fuga o no intentase socorrer a la víctima siempre y cuando no incurriere en la conducta prevista en el artículo 106, o estuviese bajo los efectos de estupefacientes o con un nivel de alcoholemia igual o superior a quinientos (500) miligramos por litro de sangre en el caso de conductores de transporte público o un (1) gramo por litro de sangre en los demás casos, o estuviese conduciendo en exceso de velocidad de más de treinta (30) kilómetros por encima de la máxima permitida

en el lugar del hecho, o si condujese estando inhabilitado para hacerlo por autoridad competente, o violare la señalización del semáforo o las señales de tránsito que indican el sentido de circulación vehicular o cuando se dieran las circunstancias previstas en el artículo 193 bis, o con culpa temeraria, o cuando fueren más de una las víctimas fatales.

(Artículo incorporado por art. 2° de la Ley N° 27.347 B.O. 6/1/2017).

ARTÍCULO 85. - El o la que causare un aborto será reprimido:

1. Con prisión de tres (3) a diez (10) años, si obrare sin consentimiento de la persona gestante. Esta pena podrá elevarse hasta quince (15) años si el hecho fuere seguido de la muerte de la persona gestante.

2. Con prisión de tres (3) meses a un (1) año, si obrare con consentimiento de la persona gestante, luego de la semana catorce (14) de gestación y siempre que no mediaren los supuestos previstos en el artículo 86.

(Artículo sustituido por art. 14 de la Ley N° 27.610 B.O. 15/01/2021)

ARTÍCULO 85 bis. - Será reprimido o reprimida con prisión de tres (3) meses a un (1) año e inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena, el funcionario público o la funcionaria pública o la autoridad del establecimiento de salud, profesional, efector o personal de salud que dilatara injustificadamente, obstaculizare o se negare, en contravención de la normativa vigente, a practicar un aborto en los casos legalmente autorizados.

(Artículo incorporado por art. 15 de la Ley N° 27.610 B.O. 15/01/2021)

ARTÍCULO 86. - No es delito el aborto realizado con consentimiento de la persona gestante hasta la semana catorce (14) inclusive del proceso gestacional.

Fuera del plazo establecido en el párrafo anterior, no será punible el aborto practicado con el consentimiento de la persona gestante:

1. Si el embarazo fuere producto de una violación. En este caso, se debe garantizar la práctica con el requerimiento y la declaración jurada de la persona gestante ante el o la profesional o personal de salud interviniente.

En los casos de niñas menores de trece (13) años de edad, la declaración jurada no será requerida.

2. Si estuviera en riesgo la vida o la salud integral de la persona gestante.

(Artículo sustituido por art. 16 de la Ley N° 27.610 B.O. 15/01/2021) (El término "...integral..." del texto del inciso 2) fue observado por art. 1º del Decreto N° 14/2021 B.O. 15/01/2021)

ARTÍCULO 87. - Será reprimido o reprimida con prisión de seis (6) meses a tres (3) años, el o la que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado del embarazo de la persona gestante fuere notorio o le constare.

(Artículo sustituido por art. 17 de la Ley N° 27.610 B.O. 15/01/2021)

ARTÍCULO 88. - Será reprimida con prisión de tres (3) meses a un (1) año, la persona gestante que, luego de la semana catorce (14) de gestación y siempre que no mediaren los supuestos previstos en el artículo 86, causare su propio aborto o consintiera que otro se lo causare. Podrá eximirse la pena cuando las circunstancias hicieren excusable la conducta.

La tentativa de la persona gestante no es punible.

(Artículo sustituido por art. 18 de la Ley N° 27.610 B.O. 15/01/2021)

Capítulo II

Lesiones

ARTÍCULO 89. - Se impondrá prisión de un mes a un año, al que causare a otro, en el cuerpo o en la salud, un daño que no esté previsto en otra disposición de este código.

ARTÍCULO 90. - Se impondrá reclusión o prisión de uno a seis años, si la lesión produjere una debilitación permanente de la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro o una dificultad permanente de la palabra o si hubiere puesto en peligro la vida del ofendido, le hubiere inutilizado para el trabajo por más de un mes o le hubiere causado una deformación permanente del rostro.

ARTÍCULO 91. - Se impondrá reclusión o prisión de tres a diez años, si la lesión produjere una enfermedad mental o corporal, cierta o probablemente incurable, la inutilidad permanente para el trabajo, la pérdida de un sentido, de un órgano, de un miembro, del uso de un órgano o miembro, de la palabra o de la capacidad de engendrar o concebir.

ARTÍCULO 92. - Si concurriere alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 80, la pena será: en el caso del artículo 89, de seis meses a dos años; en el caso del artículo 90, de tres a diez años; y en el caso del artículo 91, de tres a quince años.

ARTÍCULO 93. - Si concurriere la circunstancia enunciada en el inciso 1º letra a) del artículo 81, la pena será: en el caso del artículo 89, de quince días a seis meses; en el caso del artículo 90, de seis meses a tres años; y en el caso del artículo 91, de uno a cuatro años.

ARTÍCULO 94. - Se impondrá prisión de un (1) mes a tres (3) años o multa de mil (1.000) a quince mil (15.000) pesos e inhabilitación especial por uno (1) a cuatro (4) años, el que por imprudencia o negligencia,

por impericia en su arte o profesión, o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, causare a otro un daño en el cuerpo o en la salud.

Si las lesiones fueran de las descritas en los artículos 90 o 91 y fueren más de una las víctimas lesionadas, el mínimo de la pena prevista en el primer párrafo, será de seis (6) meses o multa de tres mil (3.000) pesos e inhabilitación especial por dieciocho (18) meses.

(Artículo sustituido por art. 3° de la Ley N° 27.347 B.O. 6/1/2017).

ARTÍCULO 94 bis. - Será reprimido con prisión de uno (1) a tres (3) años e inhabilitación especial por dos (2) a cuatro (4) años, si las lesiones de los artículos 90 o 91 fueran ocasionadas por la conducción imprudente, negligente o antirreglamentaria de un vehículo con motor.

La pena será de dos (2) a cuatro (4) años de prisión si se verificase alguna de las circunstancias previstas en el párrafo anterior y el conductor se diese a la fuga, o no intentare socorrer a la víctima siempre y cuando no incurriera en la conducta prevista en el artículo 106, o estuviese bajo los efectos de estupefacientes o con un nivel de alcoholemia igual o superior a quinientos (500) miligramos por litro de sangre en el caso de conductores de transporte público o un (1) gramo por litro de sangre en los demás casos, o estuviese conduciendo en exceso de velocidad de más de treinta (30) kilómetros por encima de la máxima permitida en el lugar del hecho, o si condujese estando inhabilitado para hacerlo por autoridad competente, o violare la señalización del semáforo o las señales de tránsito que indican el sentido de circulación vehicular, o cuando se dieran las circunstancias previstas en el artículo 193 bis, o con culpa temeraria, o cuando fueren más de una las víctimas lesionadas.

(Artículo incorporado por art. 4° de la Ley N° 27.347 B.O. 6/1/2017).

Capítulo III

Homicidio o lesiones en riña

ARTÍCULO 95. - Cuando en riña o agresión en que tomaren parte más de dos personas, resultare muerte o lesiones de las determinadas en los artículos 90 y 91, sin que constare quiénes las causaron, se tendrá por autores a todos los que ejercieron violencia sobre la persona del ofendido y se aplicará reclusión o prisión de dos a seis años en caso de muerte y de uno a cuatro en caso de lesión.

ARTÍCULO 96. - Si las lesiones fueren las previstas en el artículo 89, la pena aplicable será de cuatro a ciento veinte días de prisión.

Capítulo IV

Duelo

ARTÍCULO 97. - Los que se batieren en duelo, con intervención de dos o más padrinos, mayores de edad, que elijan las armas y arreglen las demás condiciones del desafío, serán reprimidos:

1º Con prisión de uno a seis meses, al que no infiriere lesión a su adversario o sólo le causare una lesión de las determinadas en el artículo 89.

2º Con prisión de uno a cuatro años, al que causare la muerte de su adversario o le infiriere lesión de las determinadas en los artículos 90 y 91.

ARTÍCULO 98. - Los que se batieren, sin la intervención de padrinos, mayores de edad, que elijan las armas y arreglen las demás condiciones del desafío, serán reprimidos:

1º El que matare a su adversario, con la pena señalada para el homicida;

2º El que causare lesiones, con la pena señalada para el autor de lesiones;

3º El que no causare lesiones, con prisión de un mes a un año.

ARTÍCULO 99. - El que instigare a otro a provocar o a aceptar un duelo y el que desacreditare públicamente a otro por no desafiar o por rehusar un desafío, serán reprimidos:

1 Con multa de pesos mil a pesos quince mil si el duelo no se realizare o si realizándose, no se produjere muerte ni lesiones o sólo lesiones de las comprendidas en el artículo 89. (Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1º de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

2 Con prisión de uno a cuatro años, si se causare muerte o lesiones de las mencionadas en los artículos 90 y 91.

ARTÍCULO 100. - El que provocare o diere causa a un desafío, proponiéndose un interés pecuniario u otro objeto inmoral, será reprimido:

1º Con prisión de uno a cuatro años, si el duelo no se verificare o si efectuándose, no resultare muerte ni lesiones.

2 Con reclusión o prisión de tres a diez años, si el duelo se realizare y resultaren lesiones;

3 Con reclusión o prisión de diez a veinticinco años, si se produjere la muerte.

ARTÍCULO 101. - El combatiente que faltare, en daño de su adversario, a las condiciones ajustadas por los padrinos, será reprimido:

1º Con reclusión o prisión de tres a diez años, si causare lesiones a su adversario.

2º Con reclusión o prisión de diez a veinticinco años, si le causare la muerte.

ARTÍCULO 102. - Los padrinos de un duelo que usaren cualquier género de alevosía en la ejecución del mismo, serán reprimidos con las penas señaladas en el artículo anterior, según fueren las consecuencias que resultaren.

ARTÍCULO 103. - Cuando los padrinos concertaren un duelo a muerte o en condiciones tales que de ellas debiere resultar la muerte, serán reprimidos con reclusión o prisión de uno a cuatro años, si se verificare la muerte de alguno de los combatientes. Si no se verificare la muerte de alguno de ellos, la pena será de multa de pesos mil a pesos quince mil.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N°24.286 B.O. 29/12/1993)

Capítulo V

Abuso de armas

ARTÍCULO 104. - Será reprimido con uno a tres años de prisión, el que disparare un arma de fuego contra una persona sin hierla.

Esta pena se aplicará aunque se causare herida a que corresponda pena menor, siempre que el hecho no importe un delito más grave.

Será reprimida con prisión de quince días a seis meses, la agresión con toda arma, aunque no se causare herida.

ARTÍCULO 105. - Si concurriera alguna de las circunstancias previstas en los artículos 80 y 81, inciso 1º, letra a), la pena se aumentará o disminuirá en un tercio respectivamente.

Capítulo VI

Abandono de personas

ARTÍCULO 106.- El que pusiere en peligro la vida o la salud de otro, sea colocándolo en situación de desamparo, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado, será reprimido con prisión de 2 a 6 años.

La pena será de reclusión o prisión de 3 a 10 años, si a consecuencia del abandono resultare grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima.

Si ocurriere la muerte, la pena será de 5 a 15 años de reclusión o prisión.

(Artículo sustituido por art. 2° de la Ley N° 24.410 B.O. 2/1/1995)

ARTÍCULO 107.- El máximo y el mínimo de las penas establecidas en el artículo precedente, serán aumentados en un tercio cuando el delito fuera cometido por los padres contra sus hijos y por éstos contra aquéllos o por el cónyuge..

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 24.410 B.O. 2/1/1995)

ARTÍCULO 108. - Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos el que encontrando perdido o desamparado a un menor de diez años o a una persona herida o inválida o amenazada de un peligro cualquiera; omitiere prestarle el auxilio necesario, cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal o no diere aviso inmediatamente a la autoridad.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

TÍTULO II. DELITOS CONTRA EL HONOR. Art. 109 a 117

ARTÍCULO 109. - La calumnia o falsa imputación a una persona física determinada de la comisión de un delito concreto y circunstanciado que dé lugar a la acción pública, será reprimida con multa de pesos tres mil (\$ 3.000.-) a pesos treinta mil (\$ 30.000.-). En ningún caso configurarán delito de calumnia las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas.

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 26.551 B.O. 27/11/2009)

ARTÍCULO 110. - El que intencionalmente deshonrar o desacreditar a una persona física determinada será reprimido con multa de pesos mil quinientos (\$ 1.500.-) a pesos veinte mil (\$ 20.000.-). En ningún caso configurarán delito de injurias las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas. Tampoco configurarán delito de injurias los calificativos lesivos del honor cuando guardasen relación con un asunto de interés público.

(Artículo sustituido por art. 2° de la Ley N° 26.551 B.O. 27/11/2009)

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 111. - El acusado de injuria, en los casos en los que las expresiones de ningún modo estén vinculadas con asuntos de interés público, no podrá probar la verdad de la imputación salvo en los casos siguientes:

- 1) Si el hecho atribuido a la persona ofendida, hubiere dado lugar a un proceso penal.
- 2) Si el querellante pidiera la prueba de la imputación dirigida contra él.

En estos casos, si se probare la verdad de las imputaciones, el acusado quedará exento de pena.

(Artículo sustituido por art. 3° de la Ley N° 26.551 B.O. 27/11/2009)

ARTÍCULO 112. - (Artículo derogado por art. 4° de la Ley N° 26.551 B.O. 27/11/2009)

ARTÍCULO 113. - El que publicare o reprodujere, por cualquier medio, injurias o calumnias inferidas por otro, será reprimido como autor de las injurias o calumnias de que se trate, siempre que su contenido no fuera atribuido en forma sustancialmente fiel a la fuente pertinente. En ningún caso configurarán delito de calumnia las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas.

(Artículo sustituido por art. 5° de la Ley N° 26.551 B.O. 27/11/2009)

ARTÍCULO 114. - Cuando la injuria o calumnia se hubiere propagado por medio de la prensa, en la capital y territorios nacionales, sus autores quedarán sometidos a las sanciones del presente código y el juez o tribunal ordenará, si lo pidiere el ofendido, que los editores inserten en los respectivos impresos o periódicos, a costa del culpable, la sentencia o satisfacción.

ARTÍCULO 115. - Las injurias proferidas por los litigantes, apoderados o defensores, en los escritos, discursos o informes producidos ante los tribunales y no dados a publicidad, quedarán sujetas únicamente a las correcciones disciplinarias correspondientes.

ARTÍCULO 116. - Cuando las injurias fueren recíprocas, el tribunal podrá, según las circunstancias, declarar exentas de pena a las dos partes o a alguna de ellas.

ARTÍCULO 117. - El acusado de injuria o calumnia quedará exento de pena si se retractare públicamente, antes de contestar la querrela o en el acto de hacerlo. La retractación no importará para el acusado la aceptación de su culpabilidad.

(Artículo sustituido por art. 6° de la Ley N° 26.551 B.O. 27/11/2009)

ARTÍCULO 117 bis.

1°. (Inciso derogado por art. 14 de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

2°. La pena será de seis meses a tres años, al que proporcionara a un tercero a sabiendas información falsa contenida en un archivo de datos personales.

3°. La escala penal se aumentará en la mitad del mínimo y del máximo, cuando del hecho se derive perjuicio a alguna persona.

4°. Cuando el autor o responsable del ilícito sea funcionario público en ejercicio de sus funciones, se le aplicará la accesoria de inhabilitación para el desempeño de cargos públicos por el doble del tiempo que el de la condena.

(Artículo incorporado por art. 32 de la Ley N° 25.326 B.O. 2/11/2000)

TÍTULO III. DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL. Art. 119 a 133

(Rúbrica del Título sustituida por art. 1° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999)

(Nota Infoleg: Capítulo I y su rúbrica: Adulterio, derogados por art. 3° de la Ley N° 24.453 B.O. 7/3/1995)

ARTÍCULO 118.- (Artículo derogado por art. 4° de la Ley N° 24.453 B.O. 7/3/1995)

Capítulo II

ARTÍCULO 119. - Será reprimido con reclusión o prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que abusare sexualmente de una persona cuando ésta fuera menor de trece (13) años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.

La pena será de cuatro (4) a diez (10) años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima.

La pena será de seis (6) a quince (15) años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por vía anal, vaginal u oral o realizare otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías.

En los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de ocho (8) a veinte (20) años de reclusión o prisión si:

- a) Resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima;
- b) El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda;
- c) El autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio;
- d) El hecho fuere cometido por dos o más personas, o con armas;
- e) El hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones;
- f) El hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho (18) años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo.

En el supuesto del primer párrafo, la pena será de tres (3) a diez (10) años de reclusión o prisión si concurren las circunstancias de los incisos a), b), d), e) o f).

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 27.352 B.O. 17/5/2017)

ARTÍCULO 120 — Será reprimido con prisión o reclusión de tres a seis años el que realizare algunas de las acciones previstas en el segundo o en el tercer párrafo del artículo 119 con una persona menor de dieciséis años, aprovechándose de su inmadurez sexual, en razón de la mayoría de edad del autor, su relación de preeminencia respecto de la víctima, u otra circunstancia equivalente, siempre que no resultare un delito más severamente penado.

La pena será de prisión o reclusión de seis a diez años si mediare alguna de las circunstancias previstas en los incisos a), b), c), e) o f) del cuarto párrafo del artículo 119

(Artículo sustituido por art. 3° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999)

ARTÍCULO 121. - (Artículo derogado por art. 4° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999)

ARTÍCULO 122. - (Artículo derogado por art. 4° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999)

ARTÍCULO 123. - (Artículo derogado por art. 4° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999)

ARTÍCULO 124. - Se impondrá reclusión o prisión perpetua, cuando en los casos de los artículos 119 y 120 resultare la muerte de la persona ofendida.

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 25.893 B.O. 26/5/2004)

Capítulo III

ARTÍCULO 125. - El que promoviere o facilitare la corrupción de menores de dieciocho años, aunque mediare el consentimiento de la víctima será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años.

La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando la víctima fuera menor de trece años.

Cualquiera que fuese la edad de la víctima, la pena será de reclusión o prisión de diez a quince años, cuando mediare engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, como también si el autor fuera ascendiente, cónyuge, hermano, tutor o persona conviviente o encargada de su educación o guarda.

(Artículo sustituido por art. 5° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999)

ARTÍCULO 125 bis — El que promoviere o facilitare la prostitución de una persona será penado con prisión de cuatro (4) a seis (6) años de prisión, aunque mediare el consentimiento de la víctima.

(Artículo sustituido por art. 21 de la Ley N° 26.842 B.O. 27/12/2012)

ARTÍCULO 126 — En el caso del artículo anterior, la pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión, si concurriere alguna de las siguientes circunstancias:

1. Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima.
2. El autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima.
3. El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria.

Cuando la víctima fuere menor de dieciocho (18) años la pena será de diez (10) a quince (15) años de prisión.

(Artículo sustituido por art. 22 de la Ley N° 26.842 B.O. 27/12/2012)

ARTÍCULO 127 — Será reprimido con prisión de cuatro (4) a seis (6) años, el que explotare económicamente el ejercicio de la prostitución de una persona, aunque mediare el consentimiento de la víctima.

La pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión, si concurriere alguna de las siguientes circunstancias:

1. Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima.
2. El autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima.
3. El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria.

Cuando la víctima fuere menor de dieciocho (18) años la pena será de diez (10) a quince (15) años de prisión.

(Artículo sustituido por art. 23 de la Ley N° 26.842 B.O. 27/12/2012)

ARTÍCULO 127 bis. - (Artículo derogado por art. 17 de la Ley N° 26.364, B.O. 30/4/2008)

ARTÍCULO 127 ter. - (Artículo derogado por art. 17 de la Ley N° 26.364, B.O. 30/4/2008)

ARTÍCULO 128 — Será reprimido con prisión de tres (3) a seis (6) años el que produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgare o distribuyere, por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho (18) años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, al igual que el que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores.

Será reprimido con prisión de cuatro (4) meses a un (1) año el que a sabiendas tuviere en su poder representaciones de las descritas en el párrafo anterior.

Será reprimido con prisión de seis (6) meses a dos (2) años el que tuviere en su poder representaciones de las descritas en el primer párrafo con fines inequívocos de distribución o comercialización.

Será reprimido con prisión de un (1) mes a tres (3) años el que facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de catorce (14) años.

Todas las escalas penales previstas en este artículo se elevarán en un tercio en su mínimo y en su máximo cuando la víctima fuere menor de trece (13) años.

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 27.436 B.O. 23/4/2018)

ARTÍCULO 129 — Será reprimido con multa de mil a quince mil pesos el que ejecutare o hiciese ejecutar por otros actos de exhibiciones obscenas expuestas a ser vistas involuntariamente por terceros.

Si los afectados fueren menores de dieciocho años la pena será de prisión de seis meses a cuatro años. Lo mismo valdrá, con independencia de la voluntad del afectado, cuando se tratare de un menor de trece años.

(Artículo sustituido por art. 10° de la Ley N° 25.087, B.O. 14/5/1999)

(Nota Infoleg: multa actualizada anteriormente por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

Capítulo IV

ARTÍCULO 130 — Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el que sustrajere o retuviere a una persona por medio de la fuerza, intimidación o fraude, con la intención de menoscabar su integridad sexual.

La pena será de seis meses a dos años, si se tratare de una persona menor de dieciséis años, con su consentimiento.

La pena será de dos a seis años si se sustrajere o retuviere mediante fuerza, intimidación o fraude a una persona menor de trece años, con el mismo fin.

(Artículo sustituido por art. 11° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999)

ARTÍCULO 131. - Será penado con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma.

(Artículo incorporado por art. 1° de la Ley N° 26.904 B.O. 11/12/2013)

Capítulo V

ARTÍCULO 132. - En los delitos previstos en los artículos 119: 1°, 2°, 3° párrafos, 120: 1° párrafo, y 130 la víctima podrá instar el ejercicio de la acción penal pública con el asesoramiento o representación de instituciones oficiales o privadas sin fines de lucro de protección o ayuda a las víctimas.

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 26.738 B.O. 7/4/2012)

ARTÍCULO 133. - Los ascendientes, descendientes, cónyuges, convivientes, afines en línea recta, hermanos, tutores, curadores y cualesquiera persona que, con abuso de una relación de dependencia, de autoridad, de poder, de confianza o encargo, cooperaren a la perpetración de los delitos comprendidos en este título serán reprimidos con la pena de los autores.

(Artículo sustituido por art. 13 de la Ley N° 25.087 B.O.14/5/1999)

(Nota Infoleg: Rúbricas de los Capítulos II, III, IV y V derogadas por art. 1° de la Ley N° 25.087 B.O.14/5/1999)

TÍTULO IV. DELITOS CONTRA EL ESTADO CIVIL. Art. 134 a 140

Capítulo I. Matrimonios ilegales

ARTÍCULO 134. - Serán reprimidos con prisión de uno a cuatro años, los que contrajeran matrimonio sabiendo ambos que existe impedimento que cause su nulidad absoluta.

ARTÍCULO 135. - Serán reprimidos con prisión de dos a seis años:

1º. El que contrajere matrimonio cuando, sabiendo que existe impedimento que cause su nulidad absoluta, ocultare esta circunstancia al otro contrayente;

2º. El que engañando a una persona, simulare matrimonio con ella.

ARTÍCULO 136. - El oficial público que a sabiendas autorizare un matrimonio de los comprendidos en los artículos anteriores, sufrirá, en su caso, la pena que en ellos se determina.

Si lo autorizare sin saberlo, cuando su ignorancia provenga de no haber llenado los requisitos que la ley prescribe para la celebración del matrimonio, la pena será de multa de setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos e inhabilitación especial por seis meses a dos años.

Sufrirá multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos el oficial público que, fuera de los demás casos de este artículo, procediere a la celebración de un matrimonio sin haber observado todas las formalidades exigidas por la ley.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1º de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 137. - En la misma pena incurrirá el representante legítimo de un menor impúber que diere el consentimiento para el matrimonio del mismo.

Capítulo II. Supresión y suposición del estado civil y de la Identidad

ARTÍCULO 138.- Se aplicará prisión de 1 a 4 años al que, por un acto cualquiera, **hiciera incierto, alterare o suprimiere el estado civil de otro.**

(Artículo sustituido por art. 5º de la Ley N° 24.410 B.O. 2/1/1995)

ARTÍCULO 139.- Se impondrá prisión de 2 a 6 años:

1. A la mujer que fingiere preñez o parto para dar a su supuesto hijo derechos que no le correspondan.

2. Al que, por un acto cualquiera, **hiciera incierto, alterare o suprimiere la identidad** de un menor de 10 años, y el que lo retuviere u ocultare.

(Artículo sustituido por art. 6º de la Ley N° 24.410 B.O. 2/1/1995)

ARTÍCULO 139 bis - Será reprimido con reclusión o prisión de 3 a 10 años, el que facilitare, promoviere o de cualquier modo intermediare en la perpetración de los delitos comprendidos en este Capítulo, haya mediado o no precio o promesa remuneratoria o ejercido amenaza o abuso de autoridad.

Incurrirán en las penas establecidas en el párrafo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, el funcionario público o profesional de la salud que cometa alguna de las conductas previstas en este Capítulo.

(Artículo incorporado por art. 7º de la Ley N° 24.410 B.O. 2/1/1995)

TÍTULO V. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD

Capítulo I

Delitos contra la libertad individual

ARTÍCULO 140. - Serán reprimidos con reclusión o prisión de cuatro (4) a quince (15) años el que redujere a una persona a esclavitud o servidumbre, bajo cualquier modalidad, y el que la recibiere en tal condición para mantenerla en ella. En la misma pena incurrirá el que obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados o a contraer matrimonio servil.

(Artículo sustituido por art. 24 de la Ley N° 26.842 B.O. 27/12/2012)

ARTÍCULO 141. - Será reprimido con prisión o reclusión de seis meses a tres años; el que ilegalmente privare a otro de su libertad personal.

ARTÍCULO 142. - Se aplicará prisión o reclusión de dos a seis años, al que privare a otro de su libertad personal, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1. Si el hecho se cometiere con violencias o amenazas o con fines religiosos o de venganza;
2. Si el hecho se cometiere en la persona de un ascendiente, de un hermano, del cónyuge o de otro individuo a quien se deba respeto particular;
3. Si resultare grave daño a la persona, a la salud o a los negocios del ofendido, siempre que el hecho no importare otro delito por el cual la ley imponga pena mayor;
4. Si el hecho se cometiere simulando autoridad pública u orden de autoridad pública;
5. Si la privación de la libertad durare más de un mes.

ARTÍCULO 142 bis. - Se impondrá prisión o reclusión de cinco (5) a quince (15) años, al que sustrajere, retuviere u ocultare a una persona con el fin de obligar a la víctima o a un tercero, a hacer, no hacer, o tolerar algo contra su voluntad. Si el autor lograre su propósito, el mínimo de la pena se elevará a ocho (8) años.

La pena será de diez (10) a veinticinco (25) años de prisión o reclusión:

1. Si la víctima fuese una mujer embarazada; un menor de dieciocho (18) años de edad; o un mayor de setenta (70) años de edad.

2. Si el hecho se cometiere en la persona de un ascendiente; de un hermano; del cónyuge o conviviente; o de otro individuo a quien se deba respeto particular.

3. Si se causare a la víctima lesiones graves o gravísimas.

4. Cuando la víctima sea una persona discapacitada, enferma o que no pueda valerse por sí misma.

5. Cuando el agente sea funcionario o empleado público o pertenezca o haya pertenecido al momento de comisión del hecho a una fuerza armada, de seguridad u organismo de inteligencia del Estado. (Inciso sustituido por art. 3° del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

6. Cuando participaran en el hecho tres (3) o más personas.

La pena será de quince (15) a veinticinco (25) años de prisión a reclusión si del hecho resultara la muerte de la persona ofendida, como consecuencia no querida por el autor.

La pena será de prisión o reclusión perpetua si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida.

La pena del partícipe que, desvinculándose de los otros, se esforzare de modo que la víctima recupere la libertad, sin que tal resultado fuese la consecuencia del logro del propósito del autor, se reducirá de un tercio a la mitad.

(Artículo sustituido por art. 3° de la Ley N° 25.742 B.O. 20/6/2003)

ARTÍCULO 142 ter. - Se impondrá prisión de DIEZ (10) a VEINTICINCO (25) años e inhabilitación absoluta y perpetua para el ejercicio de cualquier función pública y para tareas de seguridad privada, al funcionario público o a la persona o miembro de un grupo de personas que, actuando con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, de cualquier forma, privare de la libertad a una o más personas, cuando este accionar fuera seguido de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona.

La pena será de prisión perpetua si resultare la muerte o si la víctima fuere una mujer embarazada, una persona menor de DIECIOCHO (18) años, una persona mayor de SETENTA (70) años o una persona con discapacidad. La misma pena se impondrá cuando la víctima sea una persona nacida durante la desaparición forzada de su madre.

La escala penal prevista en el presente artículo podrá reducirse en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo respecto de los autores o partícipes que liberen con vida a la víctima o proporcionen información que permita su efectiva aparición con vida.

(Artículo incorporado por art. 1º de la Ley Nº 26.679 B.O. 09/05/2011)

ARTÍCULO 143. - Será reprimido con reclusión o prisión de uno a tres años e inhabilitación especial por doble tiempo:

1º. El funcionario que retuviera a un detenido o preso, cuya soltura haya debido decretar o ejecutar;

2º. El funcionario que prolongare indebidamente la detención de una persona, sin ponerla a disposición del juez competente;

3º. El funcionario que incomunicare indebidamente a un detenido;

4º. El jefe de prisión u otro establecimiento penal, o el que lo reemplace, que recibiera algún reo sin testimonio de la sentencia firme en que se le hubiere impuesto la pena o lo colocare en lugares del establecimiento que no sean los señalados al efecto;

5º. El alcaide o empleado de las cárceles de detenidos y seguridad que recibiere un preso sin orden de autoridad competente, salvo el caso de flagrante delito;

6º. El funcionario competente que teniendo noticias de una detención ilegal omitiere, retardare o rehusare hacerla cesar o dar cuenta a la autoridad que deba resolver.

ARTÍCULO 144. - Cuando en los casos del artículo anterior concurriere alguna de las circunstancias enumeradas en los incisos 1, 2, 3 y 5 del artículo 142, el máximo de la pena privativa de la libertad se elevará a cinco años.

ARTÍCULO 144 bis. - Será reprimido con prisión o reclusión de uno a cinco años e inhabilitación especial por doble tiempo:

1. El funcionario público que, con abuso de sus funciones o sin las formalidades prescriptas por la ley, privase a alguno de su libertad personal;

2. El funcionario que desempeñando un acto de servicio cometiera cualquier vejación contra las personas o les aplicare apremios ilegales;

3. El funcionario público que impusiere a los presos que guarde, severidades, vejaciones, o apremios ilegales.

Si concurriere alguna de las circunstancias enumeradas en los incisos 1, 2, 3 y 5 del artículo 142, la pena privativa de la libertad será de reclusión o prisión de dos a seis años.

ARTÍCULO 144 ter.- 1. Será reprimido con reclusión o prisión de ocho a veinticinco años e inhabilitación absoluta y perpetua el funcionario público que impusiere a personas, legítima o ilegítimamente privadas de su libertad, cualquier clase de tortura.

Es indiferente que la víctima se encuentre jurídicamente a cargo del funcionario, bastando que éste tenga sobre aquélla poder de hecho.

Igual pena se impondrá a particulares que ejecutaren los hechos descritos.

2. Si con motivo u ocasión de la tortura resultare la muerte de la víctima, la pena privativa de libertad será de reclusión o prisión perpetua. Si se causare alguna de las lesiones previstas en el artículo 91, la pena privativa de libertad será de reclusión o prisión de diez a veinticinco años.

3. Por tortura se entenderá no solamente los tormentos físicos, sino también la imposición de sufrimientos psíquicos, cuando éstos tengan gravedad suficiente.

ARTÍCULO 144 quater. - 1º. Se impondrá prisión de tres a diez años al funcionario que omitiese evitar la comisión de alguno de los hechos del artículo anterior, cuando tuviese competencia para ello.

2º. La pena será de uno a cinco años de prisión para el funcionario que en razón de sus funciones tomase conocimiento de la comisión de alguno de los hechos del artículo anterior y, careciendo de la competencia a que alude el inciso precedente, omitiese denunciar dentro de las veinticuatro horas el hecho ante el funcionario, ministerio público o juez competente. Si el funcionario fuera médico se le impondrá, además, inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión por doble tiempo de la pena de prisión.

3º. Sufrirá la pena prevista en el inciso 1º de este artículo el juez que, tomando conocimiento en razón de su función de alguno de los hechos a que se refiere el artículo anterior, no instruyere sumario o no denunciare el hecho al juez competente dentro de las veinticuatro horas.

4º. En los casos previstos en este artículo, se impondrá, además, inhabilitación especial perpetua para desempeñarse en cargos públicos. La inhabilitación comprenderá la de tener o portar armas de todo tipo.

ARTÍCULO 144 quinto.- Si se ejecutase el hecho previsto en el artículo 144 tercero, se impondrá prisión de seis meses a dos años e inhabilitación especial de tres a seis años al funcionario a cargo de la repartición, establecimiento, departamento, dependencia o cualquier otro organismo, si las circunstancias del caso permiten establecer que el hecho no se hubiese cometido de haber mediado la debida vigilancia o adoptado los recaudos necesarios por dicho funcionario.

ARTÍCULO 145. - Será reprimido con prisión de dos a seis años, el que condujere a una persona fuera de las fronteras de la República, con el propósito de someterla ilegalmente al poder de otro o de alistarla en un ejército extranjero.

ARTÍCULO 145 bis. - Será reprimido con prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, el que ofreciere, captare, trasladare, recibiere o acogiere personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países, aunque mediere el consentimiento de la víctima.

(Artículo sustituido por art. 25 de la Ley N° 26.842 B.O. 27/12/2012)

ARTÍCULO 145 ter. - En los supuestos del artículo 145 bis la pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión, cuando:

1. Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima.
2. La víctima estuviere embarazada, o fuere mayor de setenta (70) años.
3. La víctima fuera una persona discapacitada, enferma o que no pueda valerse por sí misma.
4. Las víctimas fueren tres (3) o más.
5. En la comisión del delito participaren tres (3) o más personas.
6. El autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima.
7. El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria.

Cuando se lograra consumir la explotación de la víctima objeto del delito de trata de personas la pena será de ocho (8) a doce (12) años de prisión.

Cuando la víctima fuere menor de dieciocho (18) años la pena será de diez (10) a quince (15) años de prisión.

(Artículo sustituido por art. 26 de la Ley N° 26.842 B.O. 27/12/2012)

ARTÍCULO 146.- Será reprimido con prisión o reclusión de 5 a 15 años, el que sustrajere a un menor de 10 años del poder de sus padres, tutor o persona encargada de él, y el que lo retuviere u ocultare.

(Artículo sustituido por art. 8° de la Ley N° 24.410 B.O. 2/1/1995)

ARTÍCULO 147. - En la misma pena incurrirá el que, hallándose encargado de la persona de un menor de diez años, no lo presentara a los padres o guardadores que lo solicitaren o no diere razón satisfactoria de su desaparición.

ARTÍCULO 148. - Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que indujere a un mayor de diez años y menor de quince, a fugar de casa de sus padres, guardadores o encargados de su persona.

ARTÍCULO 148: bis: Será reprimido con prisión de 1 (uno) a (cuatro) años el que aprovechar económicamente el trabajo de un niño o niña en violación de las normas nacionales que prohíben el trabajo infantil, siempre que el hecho no importare un delito más grave.

Quedan exceptuadas las tareas que tuvieren fines pedagógicos o de capacitación exclusivamente.

No será punible el padre, madre, tutor o guardador del niño o niña que incurriere en la conducta descripta.

(Artículo incorporado por art. 1° de la Ley N° 26.847 B.O. 12/4/2013)

ARTÍCULO 149. - Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que ocultare a las investigaciones de la justicia o de la policía, a un menor de quince años que se hubiere substraído a la potestad o guarda a que estaba legalmente sometido.

La pena será de seis meses a dos años, si el menor no tuviera diez años.

ARTÍCULO 149 bis. - Será reprimido con prisión de seis meses a dos años el que hiciera uso de amenazas para alarmar o amedrentar a una o más personas. En este caso la pena será de uno a tres años de prisión si se emplearen armas o si las amenazas fueren anónimas.

Será reprimido con prisión o reclusión de dos a cuatro años el que hiciera uso de amenazas con el propósito de obligar a otro a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad.

ARTÍCULO 149 ter. - En el caso del último apartado del artículo anterior, la pena será:

1) De tres a seis años de prisión o reclusión si se emplearen armas o si las amenazas fueren anónimas;

2) De cinco a diez años de prisión o reclusión en los siguientes casos:

a) Si las amenazas tuvieren como propósito la obtención de alguna medida o concesión por parte de cualquier miembro de los poderes públicos;

b) Si las amenazas tuvieren como propósito el de compeler a una persona a hacer abandono del país, de una provincia o de los lugares de su residencia habitual o de trabajo.

Capítulo II

Violación de domicilio

ARTÍCULO 150. - Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, si no resultare otro delito más severamente penado, el que entrare en morada o casa de negocio ajena, en sus dependencias o en el recinto habitado por otro, contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho de excluirlo.

ARTÍCULO 151. - Se impondrá la misma pena e inhabilitación especial de seis meses a dos años, al funcionario público o agente de la autoridad que allanare un domicilio sin las formalidades prescriptas por la ley o fuera de los casos que ella determina.

ARTÍCULO 152. - Las disposiciones de los artículos anteriores no se aplicarán al que entrare en los sitios expresados, para evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero, ni al que lo hiciere para cumplir un deber de humanidad o prestar auxilio a la justicia.

Capítulo III

Violación de Secretos y de la Privacidad

(Epígrafe sustituido por art. 3° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

ARTÍCULO 153. - Será reprimido con prisión de quince (15) días a seis (6) meses el que abriere o accediere indebidamente a una comunicación electrónica, una carta, un pliego cerrado, un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, que no le esté dirigido; o se apoderare indebidamente de una comunicación electrónica, una carta, un pliego, un despacho u otro papel privado, aunque no esté cerrado; o indebidamente suprimiere o desviare de su destino una correspondencia o una comunicación electrónica que no le esté dirigida.

En la misma pena incurrirá el que indebidamente interceptare o captare comunicaciones electrónicas o telecomunicaciones provenientes de cualquier sistema de carácter privado o de acceso restringido.

La pena será de prisión de un (1) mes a un (1) año, si el autor además comunicare a otro o publicare el contenido de la carta, escrito, despacho o comunicación electrónica.

Si el hecho lo cometiere un funcionario público que abusare de sus funciones, sufrirá además, inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena.

(Artículo sustituido por art. 4° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

ARTÍCULO 153 BIS. - Será reprimido con prisión de quince (15) días a seis (6) meses, si no resultare un delito más severamente penado, el que a sabiendas accediere por cualquier medio, sin la debida autorización o excediendo la que posea, a un sistema o dato informático de acceso restringido.

La pena será de un (1) mes a un (1) año de prisión cuando el acceso fuese en perjuicio de un sistema o dato informático de un organismo público estatal o de un proveedor de servicios públicos o de servicios financieros.

(Artículo incorporado por art. 5° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

ARTÍCULO 154. - Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el empleado de correos o telégrafos que, abusando de su empleo, se apoderare de una carta, de un pliego, de un telegrama o de otra pieza de correspondencia, se impusiere de su contenido, la entregare o comunicare a otro que no sea el destinatario, la suprimiere, la ocultare o cambiare su texto.

ARTÍCULO 155. - Será reprimido con multa de pesos un mil quinientos (\$ 1.500) a pesos cien mil (\$ 100.000), el que hallándose en posesión de una correspondencia, una comunicación electrónica, un pliego cerrado, un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, no destinados a la publicidad, los hiciere publicar indebidamente, si el hecho causare o pudiere causar perjuicios a terceros.

Está exento de responsabilidad penal el que hubiere obrado con el propósito inequívoco de proteger un interés público.

(Artículo sustituido por art. 6° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

ARTÍCULO 156. - Será reprimido con multa de pesos mil quinientos a pesos noventa mil e inhabilitación especial, en su caso, por seis meses a tres años, el que teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 157. - Será reprimido con prisión de un (1) mes a dos (2) años e inhabilitación especial de un (1) a cuatro (4) años, el funcionario público que revelare hechos, actuaciones, documentos o datos, que por ley deben ser secretos.

(Artículo sustituido por art. 7° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

ARTÍCULO 157 bis. -Será reprimido con la pena de prisión de un (1) mes a dos (2) años el que:

1. A sabiendas e ilegítimamente, o violando sistemas de confidencialidad y seguridad de datos, accediere, de cualquier forma, a un banco de datos personales;
2. Ilegítimamente proporcionare o revelare a otro información registrada en un archivo o en un banco de datos personales cuyo secreto estuviere obligado a preservar por disposición de la ley.
3. Ilegítimamente insertare o hiciere insertar datos en un archivo de datos personales.

Cuando el autor sea funcionario público sufrirá, además, pena de inhabilitación especial de un (1) a cuatro (4) años.

(Artículo sustituido por art. 8° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

Capítulo IV

Delitos contra la libertad de trabajo y asociación

ARTÍCULO 158. - Será reprimido con prisión de un mes a un año; el obrero que ejerciere violencia sobre otro para compelerlo a tomar parte en una huelga o boycott. La misma pena sufrirá el patrón, empresario o empleado que, por sí o por cuenta de alguien, ejerciere coacción para obligar a otro a tomar parte en un lock-out y a abandonar o ingresar a una sociedad obrera o patronal determinada.

ARTÍCULO 159. - Será reprimido con multa de pesos dos mil quinientos a pesos treinta mil, el que, por maquinaciones fraudulentas, sospechas malévolas o cualquier medio de propaganda desleal, tratare de desviar, en su provecho, la clientela de un establecimiento comercial o industrial.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

Capítulo V

Delitos contra la libertad de reunión

ARTÍCULO 160. - Será reprimido con prisión de quince días a tres meses, el que impidiere materialmente o turbare una reunión lícita, con insultos o amenazas al orador o a la institución organizadora del acto.

Capítulo VI

Delitos contra la libertad de prensa

ARTÍCULO 161. - Sufrirá prisión de uno a seis meses, el que impidiere o estorbare la libre circulación de un libro o periódico.

TÍTULO VI. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD

Capítulo I

Hurto

ARTÍCULO 162. - Será reprimido con prisión de un mes a dos años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena.-

ARTÍCULO 163. - Se aplicará prisión de uno a seis años en los casos siguientes:

1º Cuando el hurto fuere de productos separados del suelo o de máquinas, instrumentos de trabajo o de productos agroquímicos, fertilizantes u otros insumos similares, dejados en el campo, o de alambres u otros elementos de los cercos.

(Inciso sustituido por art. 2º de la Ley N° 25.890 B.O.21/5/2004)

2º Cuando el hurto se cometiere con ocasión de un incendio, explosión, inundación, naufragio, accidente de ferrocarril, asonada o motín o aprovechando las facilidades provenientes de cualquier otro desastre o conmoción pública o de un infortunio particular del damnificado;

3º Cuando se hiciere uso de ganzúa, llave falsa u otro instrumento semejante o de llave verdadera que hubiere sido sustraída, hallada o retenida; (Inciso sustituido por art. 1º de la Ley N° 24.721 B.O. 18/11/1996)

4º Cuando se perpetrare con escalamiento.

5º Cuando el hurto fuese de mercaderías u otras cosas muebles transportadas por cualquier medio y se cometiere entre el momento de su carga y el de su destino o entrega, o durante las escalas que se realizaren. . (Inciso incorporado por art. 1º de la Ley N° 23.468 B.O. 26/1/1987)

6º Cuando el hurto fuere de vehículos dejados en la vía pública o en lugares de acceso público. . (Inciso incorporado por art. 1º de la Ley N° 24.721 B.O. 18/11/1996)

ARTÍCULO 163 bis — En los casos enunciados en el presente Capítulo, la pena se aumentará en un tercio en su mínimo y en su máximo, cuando quien ejecutare el delito fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario.

(Artículo incorporado por art. 2º de la Ley N° 25.816 B.O.9/12/2003)

Capítulo II

Robo

ARTÍCULO 164. - Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, con fuerza en las cosas o con violencia física en las personas, sea que la violencia tenga lugar antes del robo para facilitararlo, en el acto de cometerlo o después de cometido para procurar su impunidad.

ARTÍCULO 165. - Se impondrá reclusión o prisión de diez a veinticinco años, si con motivo u ocasión del robo resultare un homicidio.

ARTÍCULO 166. -Se aplicará reclusión o prisión de CINCO a QUINCE años:

1. Si por las violencias ejercidas para realizar el robo, se causare alguna de las lesiones previstas en los artículos 90 y 91.

2. Si el robo se cometiere con armas, o en despoblado y en banda.

Si el arma utilizada fuera de fuego, la escala penal prevista se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo.

Si se cometiere el robo con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada, o con un arma de utilería, la pena será de TRES a DIEZ años de reclusión o prisión.

(Artículo sustituido por art. 1º de la Ley N° 25.882 B.O. 26/4/2004)

ARTÍCULO 167. - Se aplicará reclusión o prisión de tres a diez años:

1º. Si se cometiere el robo en despoblado;

2º. Si se cometiere en lugares poblados y en banda;

3º. Si se perpetrare el robo con perforación o fractura de pared, cerco, techo o piso, puerta o ventana de un lugar habitado o sus dependencias inmediatas;

4º. Si concurriere alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 163.

ARTÍCULO 167 bis — En los casos enunciados en el presente Capítulo, la pena se aumentará en un tercio en su mínimo y en su máximo, cuando quien ejecutare el delito fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario.

(Artículo incorporado por art. 3º de la Ley N° 25.816 B.O.9/12/2003)

Capítulo 2 bis: Abigeato

(Capítulo incorporado por art. 3º de la Ley N° 25.890 B.O.21/5/2004)

ARTÍCULO 167 ter.- Será reprimido con prisión de DOS (2) a SEIS (6) años el que se apoderare ilegítimamente de UNA (1) o más cabezas de ganado mayor o menor, total o parcialmente ajeno, que se encontrare en establecimientos rurales o, en ocasión de su transporte, desde el momento de su carga hasta el de su destino o entrega, incluyendo las escalas que se realicen durante el trayecto.

La pena será de TRES (3) a OCHO (8) años de prisión si el abigeato fuere de CINCO (5) o más cabezas de ganado mayor o menor y se utilizare un medio motorizado para su transporte.

(Artículo incorporado por art. 3º de la Ley N° 25.890 B.O.21/5/2004)

ARTÍCULO 167 quater.- Se aplicará reclusión o prisión de CUATRO (4) a DIEZ (10) años cuando en el abigeato concurriere alguna de las siguientes circunstancias:

- 1.- El apoderamiento se realizare en las condiciones previstas en el artículo 164.
- 2.- Se alteraren, suprimieren o falsificaren marcas o señales utilizadas para la identificación del animal.
- 3.- Se falsificaren o se utilizaren certificados de adquisición, guías de tránsito, boletos de marca o señal, o documentación equivalente, falsos.
- 4.- Participare en el hecho una persona que se dedique a la crianza, cuidado, faena, elaboración, comercialización o transporte de ganado o de productos o subproductos de origen animal.
- 5.- Participare en el hecho un funcionario público quien, violando los deberes a su cargo o abusando de sus funciones, facilitare directa o indirectamente su comisión.
- 6.- Participaren en el hecho TRES (3) o más personas.

(Artículo incorporado por art. 3° de la Ley N° 25.890 B.O.21/5/2004)

ARTÍCULO 167 quinque.- En caso de condena por un delito previsto en este Capítulo, el culpable, si fuere funcionario público o reuniere las condiciones personales descriptas en el artículo 167 quater inciso 4, sufrirá, además, inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena.

En todos los casos antes previstos también se impondrá conjuntamente una multa equivalente de DOS (2) a DIEZ (10) veces del valor del ganado sustraído".

(Artículo incorporado por art. 3° de la Ley N° 25.890 B.O.21/5/2004)

Capítulo III

Extorsión

ARTÍCULO 168. - Será reprimido con reclusión o prisión de cinco a diez años, el que con intimidación o simulando autoridad pública o falsa orden de la misma, obligue a otro a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición o a la de un tercero, cosas, dinero o documentos que produzcan efectos jurídicos.

Incurrirá en la misma pena el que por los mismos medios o con violencia, obligue a otro a suscribir o destruir documentos de obligación o de crédito.

ARTÍCULO 169. - Será reprimido con prisión o reclusión de tres a ocho años, el que, por amenaza de imputaciones contra el honor o de violación de secretos, cometiere alguno de los hechos expresados en el artículo precedente.

ARTÍCULO 170. - Se impondrá reclusión o prisión de cinco (5) a quince (15) años, al que sustrajere, retuviere u ocultare a una persona para sacar rescate. Si el autor lograre su propósito, el mínimo de la pena se elevará a ocho (8) años.

La pena será de diez (10) a veinticinco (25) años de prisión o reclusión:

1. Si la víctima fuese una mujer embarazada; un menor de dieciocho (18) años de edad o un mayor de setenta (70) años de edad.
2. Si el hecho se cometiere en la persona de un ascendiente; de un hermano; del cónyuge o conviviente; o de otro individuo a quien se deba respeto particular.
3. Si se causare a la víctima lesiones graves o gravísimas.
4. Cuando la víctima sea una persona discapacitada; enferma; o que no pueda valerse por sí misma.
5. Cuando el agente sea funcionario o empleado público; o pertenezca o haya pertenecido a alguna fuerza de seguridad u organismo de inteligencia del Estado.
6. Cuando participaran en el hecho tres (3) o más personas.

La pena será de quince (15) a veinticinco (25) años de prisión o reclusión si del hecho resultare la muerte de la persona ofendida, como consecuencia no querida por el autor.

La pena será de prisión o reclusión perpetua si se causara intencionalmente la muerte de la persona ofendida.

La pena del partícipe que, desvinculándose de los otros, se esforzare de modo que la víctima recupere la libertad, sin que tal resultado fuese la consecuencia del pago del precio de la libertad, se reducirá de un tercio a la mitad.

(Artículo sustituido por art. 4° de la Ley N° 25.742 B.O. 20/6/2003)

ARTÍCULO 171. - Sufrirá prisión de dos a seis años, el que sustrajere un cadáver para hacerse pagar su devolución.

Capítulo IV

Estafas y otras defraudaciones

ARTÍCULO 172. - Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño.

ARTÍCULO 173.- Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se considerarán casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece:

1. El que defraudare a otro en la substancia, calidad o cantidad de las cosas que le entregue en virtud de contrato o de un título obligatorio;
2. El que con perjuicio de otro se negare a restituir o no restituyere a su debido tiempo, dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que se le haya dado en depósito, comisión, administración u otro título que produzca obligación de entregar o devolver;
3. El que defraudare, haciendo suscribir con engaño algún documento;
4. El que cometiere alguna defraudación abusando de firma en blanco, extendiendo con ella algún documento en perjuicio del mismo que la dio o de tercero;
5. El dueño de una cosa mueble que la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio del mismo o de tercero;
6. El que otorgare en perjuicio de otro, un contrato simulado o falsos recibidos;
7. El que, por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico, tuviera a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos, y con el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o para causar daño, violando sus deberes perjudicare los intereses confiados u obligare abusivamente al titular de éstos;
8. El que cometiere defraudación, substituyendo, ocultando o mutilando algún proceso, expediente, documento u otro papel importante;
9. El que vendiere o gravare como bienes libres, los que fueren litigiosos o estuvieren embargados o gravados; y el que vendiere, gravare o arrendare como propios, bienes ajenos;
10. El que defraudare, con pretexto de supuesta remuneración a los jueces u otros empleados públicos;
11. El que tornare imposible, incierto o litigioso el derecho sobre un bien o el cumplimiento, en las condiciones pactadas, de una obligación referente al mismo, sea mediante cualquier acto jurídico relativo al mismo bien, aunque no importe enajenación, sea removiéndolo, reteniéndolo, ocultándolo o dañándolo, siempre que el derecho o la obligación hubieran sido acordados a otro por un precio o como garantía;

12. El titular fiduciario, el administrador de fondos comunes de inversión o el dador de un contrato de leasing, que en beneficio propio o de un tercero dispusiere, gravare o perjudicare los bienes y de esta manera defraudare los derechos de los cocontratantes; (Inciso incorporado por art. 82 de la Ley N° 24.441 B.O. 16/1/1995)

13. El que encontrándose autorizado para ejecutar extrajudicialmente un inmueble lo ejecutara en perjuicio del deudor, a sabiendas de que el mismo no se encuentra en mora, o maliciosamente omitiera cumplimentar los recaudos establecidos para la subasta mediante dicho procedimiento especial; (Inciso incorporado por art. 82 de la Ley N° 24.441 B.O. 16/1/1995)

14. El tenedor de letras hipotecarias que en perjuicio del deudor o de terceros omitiera consignar en el título los pagos recibidos. (Inciso incorporado por art. 82 de la Ley N° 24.441 B.O. 16/1/1995)

15. El que defraudare mediante el uso de una tarjeta de compra, crédito o débito, cuando la misma hubiere sido falsificada, adulterada, hurtada, robada, perdida u obtenida del legítimo emisor mediante ardid o engaño, o mediante el uso no autorizado de sus datos, aunque lo hiciera por medio de una operación automática. (Inciso incorporado por art. 1° de la Ley N° 25.930 B.O. 21/9/2004)

16. El que defraudare a otro mediante cualquier técnica de manipulación informática que altere el normal funcionamiento de un sistema informático o la transmisión de datos. (Inciso incorporado por art. 9° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

ARTÍCULO 174. - Sufrirá prisión de dos a seis años:

1º. El que para procurarse a sí mismo o procurar a otro un provecho ilegal en perjuicio de un asegurador o de un dador de préstamo a la gruesa, incendiare o destruyere una cosa asegurada o una nave asegurada o cuya carga o flete estén asegurados o sobre la cual se haya efectuado un préstamo a la gruesa;

2º El que abusare de las necesidades, pasiones o inexperiencia de un menor o de un incapaz, declarado o no declarado tal, para hacerle firmar un documento que importe cualquier efecto jurídico, en daño de él o de otro, aunque el acto sea civilmente nulo;

3º. El que defraudare usando de pesas o medidas falsas;

4º. El empresario o constructor de una obra cualquiera o el vendedor de materiales de construcción que cometiere, en la ejecución de la obra o en la entrega de los materiales, un acto fraudulento capaz de poner en peligro la seguridad de las personas, de los bienes o del Estado;

5º. El que cometiere fraude en perjuicio de alguna administración pública.-

6º.- El que maliciosamente afectare el normal desenvolvimiento de un establecimiento o explotación comercial, industrial, agropecuaria, minera o destinado a la prestación de servicios; destruyere, dañare,

hiciera desaparecer, ocultare o fraudulentamente disminuyere el valor de materias primas, productos de cualquier naturaleza, máquinas, equipos u otros bienes de capital. (Inciso incorporado por art. 2° de la Ley N° 25.602 B.O.20/6/2002)

En los casos de los tres incisos precedentes, el culpable, si fuere funcionario o empleado público, sufrirá además inhabilitación especial perpetua. (Párrafo sustituido por art. 3° de la Ley N° 25.602 B.O.20/6/2002)

(Nota Infoleg: Por art. 4° de la Ley N° 25.602 B.O. 20/6/2002 se incorporó el art. 174 bis pero fue vetado por Decreto N° 1059/2002 B.O. 20/6/2002)

ARTÍCULO 175. - Será reprimido con multa de mil pesos a quince mil pesos:

1º. El que encontrare perdida una cosa que no le pertenezca o un tesoro y se apropiare la cosa o la parte del tesoro correspondiente al propietario del suelo, sin observar las prescripciones del Código Civil;

2º. El que se apropiare una cosa ajena, en cuya tenencia hubiere entrado a consecuencia de un error o de un caso fortuito;

3º. El que vendiere la prenda sobre que prestó dinero o se la apropiare o dispusiere de ella, sin las formalidades legales;

4º. El acreedor que a sabiendas exija o acepte de su deudor, a título de documento, crédito o garantía por una obligación no vencida, un cheque o giro de fecha posterior o en blanco.-

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

Capítulo IV bis

Usura

ARTÍCULO 175 bis. - El que, aprovechando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de una persona le hiciera dar o prometer, en cualquier forma, para sí o para otro, intereses u otras ventajas pecuniarias evidentemente desproporcionadas con su prestación, u otorgar recaudos o garantías de carácter extorsivo, será reprimido con prisión de uno a tres años y con multa de pesos tres mil a pesos treinta mil.

La misma pena será aplicable al que a sabiendas adquiriere, transfiriere o hiciera valer un crédito usurario.

La pena de prisión será de tres a seis años, y la multa de pesos quince mil a pesos ciento cincuenta mil, si el autor fuere prestamista o comisionista usurario profesional o habitual.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

Capítulo V

Quebrados y otros deudores punibles

ARTÍCULO 176. - Será reprimido, como quebrado fraudulento, con prisión de dos a seis años e inhabilitación especial de tres a diez años, el comerciante declarado en quiebra que, en fraude de sus acreedores, hubiere incurrido en algunos de los hechos siguientes:

1º Simular o suponer deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas;

2º No justificar la salida o existencia de bienes que debiera tener; substraer u ocultar alguna cosa que correspondiere a la masa;

3º Conceder ventajas indebidas a cualquier acreedor.

ARTÍCULO 177. - Será reprimido, como quebrado culpable, con prisión de un mes a un año e inhabilitación especial de dos a cinco años, el comerciante que hubiere causado su propia quiebra y perjudicado a sus acreedores, por sus gastos excesivos con relación al capital y al número de personas de su familia, especulaciones ruinosas, juego, abandono de sus negocios o cualquier otro acto de negligencia o imprudencia manifiesta.

ARTÍCULO 178. - Cuando se tratare de la quiebra de una sociedad comercial o de una persona jurídica que ejerza el comercio, o se hubiere abierto el procedimiento de liquidación sin quiebra de un banco u otra entidad financiera, todo director, síndico, administrador, miembro de la comisión fiscalizadora o gerente de la sociedad o establecimiento fallido o del banco o entidad financiera en liquidación sin quiebra, o contador o tenedor de libros de los mismos, que hubiere cooperado a la ejecución de alguno de los actos a que se refieren los artículos anteriores, será reprimido con la pena de la quiebra fraudulenta o culpable, en su caso. Con la misma pena será reprimido el miembro del consejo de administración o directivo, síndico, miembro de la junta fiscalizadora o de vigilancia, o gerente, tratándose de una sociedad cooperativa o mutual.

ARTÍCULO 179. - Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el deudor no comerciante concursado civilmente que, para defraudar a sus acreedores, hubiere cometido o cometiere alguno de los actos mencionados en el artículo 176.

Será reprimido con prisión de seis meses a tres años, el que durante el curso de un proceso o después de una sentencia condenatoria, maliciosamente destruyere, inutilizare, dañare, ocultare o hiciere desaparecer bienes de su patrimonio o fraudulentamente disminuyere su valor, y de esta manera frustrare, en todo o en parte, el cumplimiento de las correspondientes obligaciones civiles.

ARTÍCULO 180. - Será reprimido con prisión de un mes a un año, el acreedor que consintiere en un concordato, convenio o transacción judicial, en virtud de una connivencia con el deudor o con un tercero, por la cual hubiere estipulado ventajas especiales para el caso de aceptación del concordato, convenio o transacción.

La misma pena sufrirá, en su caso, todo deudor o director, gerente o administrador de una sociedad anónima o cooperativa o de una persona jurídica de otra índole, en estado de quiebra o de concurso judicial de bienes, que concluyere un convenio de este género.

Capítulo VI

Usurpación

ARTÍCULO 181.- Será reprimido con prisión de seis meses a tres años:

1º el que por violencia, amenazas, engaños, abusos de confianza o clandestinidad despojare a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes;

2º el que, para apoderarse de todo o parte de un inmueble, destruyere o alterare los términos o límites del mismo;

3º el que, con violencias o amenazas, turbare la posesión o tenencia de un inmueble.

(Artículo sustituido por art. 2º Ley N° 24.454 B.O. 7/3/1995)

ARTÍCULO 182. - Será reprimido con prisión de quince días a un año:

1º El que ilícitamente y con el propósito de causar perjuicio a otro sacare aguas de represas, estanques u otros depósitos, ríos, arroyos, fuentes, canales o acueductos o las sacare en mayor cantidad que aquella a que tenga derecho;

2º El que estorbare el ejercicio de los derechos que un tercero tuviere sobre dichas aguas;

3º El que ilícitamente y con el propósito de causar perjuicio a otro represare, desviare o detuviere las aguas de los ríos, arroyos, canales o fuentes o usurpare un derecho cualquiera referente al curso de ellas.

La pena se aumentará hasta dos años, si para cometer los delitos expresados en los números anteriores, se rompieren o alteraren diques, esclusas, compuertas u otras obras semejantes hechas en los ríos, arroyos, fuentes, depósitos, canales o acueductos.

Capítulo VII

Daños

ARTÍCULO 183. - Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que destruyere, inutilizare, hiciere desaparecer o de cualquier modo dañare una cosa mueble o inmueble o un animal, total o parcialmente ajeno, siempre que el hecho no constituya otro delito más severamente penado.

En la misma pena incurrirá el que alterare, destruyere o inutilizare datos, documentos, programas o sistemas informáticos; o vendiere, distribuyere, hiciere circular o introdujere en un sistema informático, cualquier programa destinado a causar daños. (Párrafo incorporado por art. 10 de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

ARTÍCULO 184. - La pena será de tres (3) meses a cuatro (4) años de prisión, si mediare cualquiera de las circunstancias siguientes:

1. Ejecutar el hecho con el fin de impedir el libre ejercicio de la autoridad o en venganza de sus determinaciones;
2. Producir infección o contagio en aves u otros animales domésticos;
3. Emplear sustancias venenosas o corrosivas;
4. Cometer el delito en despoblado y en banda;
5. Ejecutarlo en archivos, registros, bibliotecas, museos o en puentes, caminos, paseos u otros bienes de uso público; o en tumbas, signos conmemorativos, monumentos, estatuas, cuadros u otros objetos de arte colocados en edificios o lugares públicos; o en datos, documentos, programas o sistemas informáticos públicos;
6. Ejecutarlo en sistemas informáticos destinados a la prestación de servicios de salud, de comunicaciones, de provisión o transporte de energía, de medios de transporte u otro servicio público.

(Artículo sustituido por art. 11 de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

Capítulo VIII

Disposiciones generales

ARTÍCULO 185. - Están exentos de responsabilidad criminal, sin perjuicio de la civil, por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren:

1. Los cónyuges, ascendientes, descendientes y afines en la línea recta;
2. El consorte viudo, respecto de las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de otro;

3. Los hermanos y cuñados, si viviesen juntos.

La excepción establecida en el párrafo anterior, no es aplicable a los extraños que participen del delito.

TÍTULO VII. DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PÚBLICA. Art. 186 a 208

Capítulo I

Incendios y otros estragos

ARTÍCULO 186. - El que causare incendio, explosión o inundación, será reprimido:

1º Con reclusión o prisión de tres a diez años, si hubiere peligro común para los bienes;

2º Con reclusión o prisión de tres a diez años el que causare incendio o destrucción por cualquier otro medio:

a) De cereales en parva, gavillas o bolsas, o de los mismos todavía no cosechados;

b) De bosques, viñas, olivares, cañaverales, algodinales, yerbatales o cualquiera otra plantación de árboles o arbustos en explotación, ya sea con sus frutos en pie o cosechados;

c) De ganado en los campos o de sus productos amontonados en el campo o depositados;

d) De la leña o carbón de leña, apilados o amontonados en los campos de su explotación y destinados al comercio;

e) De alfalfares o cualquier otro cultivo de forrajes, ya sea en pie o emparvados, engavillados, ensilados o enfardados;

f) De los mismos productos mencionados en los párrafos anteriores, cargados, parados o en movimiento;

3º Con reclusión o prisión de tres a quince años, si hubiere peligro para un archivo público, biblioteca, museo, arsenal, astillero, fábrica de pólvora o de pirotecnia militar o parque de artillería;

4º Con reclusión o prisión de tres a quince años, si hubiere peligro de muerte para alguna persona;

5º Con reclusión o prisión de ocho a veinte años, si el hecho fuere causa inmediata de la muerte de alguna persona.

ARTÍCULO 187. - Incurrirá, según los casos, en las penas señaladas en el artículo precedente, el que causare estrago por medio de sumersión o varamiento de nave, derrumbe de un edificio, inundación, de una mina o cualquier otro medio poderoso de destrucción.

ARTÍCULO 188. - Será reprimido con prisión de uno a seis años el que, destruyendo o inutilizando diques u otras obras destinadas a la defensa común contra las inundaciones u otros desastres, hiciere surgir el peligro de que éstos se produzcan.

La misma pena se aplicará al que, para impedir la extinción de un incendio o las obras de defensa contra una inundación, sumersión, naufragio u otro desastre, sustrajere, ocultare o hiciere inservibles, materiales, instrumentos u otros medios destinados a la extinción o a la defensa referida.

ARTÍCULO 189. - Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que, por imprudencia o negligencia, por impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas, causare un incendio u otros estragos.

Si el hecho u omisión culpable pusiere en peligro de muerte a alguna persona o causare la muerte de alguna persona, el máximo de la pena podrá elevarse hasta cinco años.

(Artículo sustituido por art. 3° de la Ley N° 25.189 B.O. 28/10/1999)

ARTÍCULO 189 bis . - (1) El que, con el fin de contribuir a la comisión de delitos contra la seguridad común o causar daños en las máquinas o en la elaboración de productos, adquiriere, fabricare, suministrare, sustrajere o tuviere en su poder bombas, materiales o aparatos capaces de liberar energía nuclear, materiales radiactivos o sustancias nucleares, o sus desechos, isótopos radiactivos, materiales explosivos, inflamables, asfixiantes, tóxicos o biológicamente peligrosos, o sustancias o materiales destinados a su preparación, será reprimido con reclusión o prisión de CINCO (5) a QUINCE (15) años.

La misma pena se impondrá al que, sabiendo o debiendo saber que contribuye a la comisión de delitos contra la seguridad común o destinados a causar daños en las máquinas o en la elaboración de productos, diere instrucciones para la preparación de sustancias o materiales mencionados en el párrafo anterior.

La simple tenencia de los materiales a los que se refiere el párrafo que antecede, sin la debida autorización legal, o que no pudiere justificarse por razones de su uso doméstico o industrial, será reprimida con prisión de TRES (3) a SEIS (6) años.

(2) La simple tenencia de armas de fuego de uso civil, sin la debida autorización legal, será reprimida con prisión de **6 (SEIS) meses** a 2 (DOS) años y multa de MIL PESOS (\$ 1.000.-) a DIEZ MIL PESOS (\$ 10.000.-).

Si las armas fueren de guerra, la pena será de DOS (2) a SEIS (6) años de prisión.

La portación de armas de fuego de uso civil, sin la debida autorización legal, será reprimida con prisión de UN (1) año a CUATRO (4) años.

Si las armas fueren de guerra, la pena será de TRES (3) años y SEIS (6) meses a OCHO (8) años y SEIS (6) meses de reclusión o prisión.

Si el portador de las armas a las cuales se refieren los dos párrafos que anteceden, fuere tenedor autorizado del arma de que se trate, la escala penal correspondiente se reducirá en un tercio del mínimo y del máximo.

La misma reducción prevista en el párrafo anterior podrá practicarse cuando, por las circunstancias del hecho y las condiciones personales del autor, resultare evidente la falta de intención de utilizar las armas portadas con fines ilícitos.

En los dos casos precedentes, se impondrá, además, inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena.

El que registrare antecedentes penales por delito doloso contra las personas o con el uso de armas, o se encontrare gozando de una excarcelación o exención de prisión anterior y portare un arma de fuego de cualquier calibre, será reprimido con prisión de CUATRO (4) a DIEZ (10) años.

(Nota Infoleg: Por art. 4° de la Ley N° 25.886 B.O. 5/5/2004, se establece que el primer párrafo del punto 2 del artículo 189 bis entrará en vigencia a partir del término del plazo establecido de SEIS MESES, en el cual el Poder Ejecutivo Nacional dispondrá, las medidas pertinentes para facilitar el registro gratuito y sencillo de las armas de fuego de uso civil o uso civil condicionado. Asimismo, en el mismo término, se arbitrarán en todo el territorio de la Nación, con contralor de la máxima autoridad judicial que en cada jurisdicción se designe, los medios para recepcionar de parte de la población, la entrega voluntaria de toda arma de fuego que su propietario o tenedor decida realizar.)

(3) El acopio de armas de fuego, piezas o municiones de éstas, o la tenencia de instrumental para producirlas, sin la debida autorización, será reprimido con reclusión o prisión de CUATRO (4) a DIEZ (10) años.

El que hiciere de la fabricación ilegal de armas de fuego una actividad habitual será reprimido con reclusión o prisión de CINCO (5) a DIEZ (10) años.

(4) Será reprimido con prisión de UN (1) año a SEIS (6) años el que entregare un arma de fuego, por cualquier título, a quien no acredite su condición de legítimo usuario.

La pena será de TRES (3) años y SEIS (6) meses a DIEZ (10) años de prisión si el arma fuera entregada a un menor de DIECIOCHO (18) años.

Si el autor hiciere de la provisión ilegal de armas de fuego una actividad habitual, la pena será de CUATRO (4) a QUINCE (15) años de reclusión o prisión.

Si el culpable de cualquiera de las conductas contempladas en los tres párrafos anteriores contare con autorización para la venta de armas de fuego, se le impondrá, además, inhabilitación especial absoluta y perpetua, y multa de DIEZ MIL PESOS (\$ 10.000.-).

(5) Será reprimido con prisión de TRES (3) a OCHO (8) años e inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena el que, contando con la debida autorización legal para fabricar armas, omitiere su número o grabado conforme a la normativa vigente, o asignare a DOS (2) o más armas idénticos números o grabados.

En la misma pena incurrirá el que adulterare o suprimiere el número o el grabado de un arma de fuego.

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 25.886 B.O. 5/5/2004.)

ARTÍCULO 189 ter .- (Artículo derogado por art. 2° de la Ley N° 25.886 B.O. 5/5/2004.)

Capítulo II

Delitos contra la seguridad del tránsito y de los medios de transporte y de comunicación

(Denominación sustituida por art. 1° de la Ley N° 26.362, B.O. 16/4/2008)

ARTÍCULO 190. - Será reprimido con prisión de dos a ocho años, el que a sabiendas ejecutare cualquier acto que ponga en peligro la seguridad de una nave, construcción flotante o aeronave.

Si el hecho produjere naufragio, varamiento o desastre aéreo, la pena será de seis a quince años de reclusión o prisión.

Si el hecho causare lesión a alguna persona, la pena será de seis a quince años de reclusión o prisión, y si ocasionare la muerte, de diez a veinticinco años de reclusión o prisión.

Las disposiciones precedentes se aplicarán aunque la acción recaiga sobre una cosa propia, si del hecho deriva peligro para la seguridad común.

ARTÍCULO 191. - El que empleare cualquier medio para detener o entorpecer la marcha de un tren o para hacerle descarrilar, será reprimido:

1º Con prisión de seis meses a tres años, si no se produjere descarrilamiento u otro accidente;

2º Con prisión de dos a seis años, si se produjere descarrilamiento u otro accidente;

3º Con reclusión o prisión de tres a diez años, si a consecuencia del accidente, resultare lesionada alguna persona;

4º Con reclusión o prisión de diez a veinticinco años, si resultare la muerte de alguna persona.

ARTÍCULO 192. - Será reprimido con las penas establecidas en el artículo anterior en sus casos respectivos, el que ejecutare cualquier acto tendiente a interrumpir el funcionamiento de un telégrafo o teléfono destinado al servicio de un ferrocarril.

ARTÍCULO 193. - Será reprimido con prisión de un mes a un año, si el hecho no importare un delito más severamente penado, el que arrojare cuerpos contundentes o proyectiles contra un tren o tranvía en marcha.

ARTÍCULO 193 bis. - Será reprimido con prisión de seis (6) meses a tres (3) años e inhabilitación especial para conducir por el doble del tiempo de la condena, el conductor que creare una situación de peligro para la vida o la integridad física de las personas, mediante la participación en una prueba de velocidad o de destreza con un vehículo con motor, realizada sin la debida autorización de la autoridad competente.

La misma pena se aplicará a quien organizare o promocionare la conducta prevista en el presente artículo, y a quien posibilitare su realización por un tercero mediante la entrega de un vehículo con motor de su propiedad o confiado a su custodia, sabiendo que será utilizado para ese fin.

(Artículo sustituido por art. 5° de la Ley N° 27.347 B.O. 6/1/2017).

ARTÍCULO 194. - El que, sin crear una situación de peligro común, impidiere, estorbare o entorpeciere el normal funcionamiento de los transportes por tierra, agua o aire o los servicios públicos de comunicación, de provisión de agua, de electricidad o de sustancias energéticas, será reprimido con prisión de tres meses a dos años.

ARTÍCULO 195. - Serán reprimidos con prisión de un mes a un año, si el hecho no importare un delito más severamente penado, los conductores, capitanes, pilotos, mecánicos y demás empleados de un tren o de un buque, que abandonaren sus puestos durante sus servicios respectivos antes de llegar a puerto o al término del viaje ferroviario.

ARTÍCULO 196. - Será reprimido con prisión de seis meses a tres años el que por imprudencia o negligencia o por impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas, causare un descarrilamiento, naufragio u otro accidente previsto en este capítulo.

Si del hecho resultare lesionada o muerta alguna persona, se impondrá prisión de uno a cinco años.

(Artículo sustituido por art. 4° de la Ley N° 25.189 28/10/1999)

ARTÍCULO 197. - Será reprimido con prisión de seis (6) meses a dos (2) años, el que interrumpiere o entorpeciere la comunicación telegráfica, telefónica o de otra naturaleza o resistiere violentamente el restablecimiento de la comunicación interrumpida.

(Artículo sustituido por art. 12 de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

Capítulo III

Piratería

ARTÍCULO 198. - Será reprimido con reclusión o prisión de tres a quince años:

1º El que practicare en el mar o en ríos navegables, algún acto de depredación o violencia contra un buque o contra personas o cosas que en él se encuentren, sin estar autorizado por alguna potencia beligerante o excediendo los límites de una autorización legítimamente concedida;

2º El que practicare algún acto de depredación o violencia contra una aeronave en vuelo o mientras realiza las operaciones inmediatamente anteriores al vuelo, o contra personas o cosas que en ellas se encuentren, sin estar autorizado por alguna potencia beligerante o excediendo los límites de una autorización legítimamente concedida;

3º El que mediante violencia, intimidación o engaño, usurpare la autoridad de un buque o aeronave, con el fin de apoderarse de él o de disponer de las cosas o de las personas que lleva;

4º El que, en connivencia con piratas, les entregare un buque o aeronave, su carga o lo que perteneciere a su pasaje o tripulación;

5º El que, con amenazas o violencia, se opusiere a que el comandante o la tripulación defiendan el buque o aeronave atacado por piratas;

6º El que, por cuenta propia o ajena, equipare un buque o aeronave destinados a la piratería;

7º El que, desde el territorio de la República, a sabiendas traficare con piratas o les suministrare auxilio.

ARTÍCULO 199. - Si los actos de violencia u hostilidad mencionados en el artículo anterior, fueren seguidos de la muerte de alguna persona que se encontrare en el buque o aeronave atacados, la pena será de diez a veinticinco años de reclusión o prisión.

Capítulo IV

Delitos contra la salud pública. Envenenar o adulterar aguas potables o alimentos o medicinas

ARTÍCULO 200. - Será reprimido con reclusión o prisión de TRES (3) a DIEZ (10) años y multa de PESOS DIEZ MIL (\$ 10.000) a PESOS DOSCIENTOS MIL (\$ 200.000), el que envenenare, adulterare o falsificare de un modo peligroso para la salud, aguas potables o sustancias alimenticias o medicinales destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas.

(Artículo sustituido por art. 1º de la Ley N° 26.524 B.O. 5/11/2009)

ARTÍCULO 201. - Las penas del artículo precedente se aplicarán al que vendiere, pusiere en venta, suministrare, distribuyere o almacenare con fines de comercialización aguas potables, sustancias alimenticias o medicinales o mercaderías peligrosas para la salud, disimulando su carácter nocivo.

(Artículo sustituido por art. 2° de la Ley N° 26.524 B.O. 5/11/2009)

ARTÍCULO 201 bis. - Si como consecuencia del envenenamiento, adulteración o falsificación de aguas potables o sustancias alimenticias o medicinales, resultare la muerte de alguna persona, la pena será de DIEZ (10) a VEINTICINCO (25) años de reclusión o prisión; si resultaren lesiones gravísimas, la pena será de TRES (3) a QUINCE (15) años de reclusión o prisión; si resultaren lesiones graves, la pena será de TRES (3) a DIEZ (10) años de reclusión o prisión.

En todos los casos se aplicará además multa de PESOS DIEZ MIL (\$ 10.000) a PESOS DOSCIENTOS MIL (\$ 200.000).

(Artículo incorporado por art. 3° de la Ley N° 26.524 B.O. 5/11/2009)

ARTÍCULO 202. - Será reprimido con reclusión o prisión de tres a quince años, el que propagare una enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas.

ARTÍCULO 203. - Cuando alguno de los hechos previstos en los artículos anteriores fuere cometido por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los deberes a su cargo, se impondrá multa de PESOS CINCO MIL (\$ 5.000) a PESOS CIEN MIL (\$ 100.000); si tuviere como resultado enfermedad o muerte se aplicará prisión de SEIS (6) meses a CINCO (5) años.

(Artículo sustituido por art. 4° de la Ley N° 26.524 B.O. 5/11/2009)

ARTÍCULO 204.- Será reprimido con prisión de SEIS (6) meses a TRES (3) años el que estando autorizado para la venta de sustancias medicinales, las suministrare en especie, calidad o cantidad no correspondiente a la receta médica, o diversa de la declarada o convenida, o excediendo las reglamentaciones para el reemplazo de sustancias medicinales, o sin la presentación y archivo de la receta de aquellos productos que, según las reglamentaciones vigentes, no pueden ser comercializados sin ese requisito.

(Artículo sustituido por art. 5° de la Ley N° 26.524 B.O. 5/11/2009)

ARTÍCULO 204 bis.- Cuando el delito previsto en el artículo anterior se cometiere por negligencia, la pena será de multa de PESOS CINCO MIL (\$ 5.000) a PESOS CIEN MIL (\$ 100.000).

(Artículo sustituido por art. 6° de la Ley N° 26.524 B.O. 5/11/2009)

ARTÍCULO 204 ter.- Será reprimido con prisión de UNO (1) a CUATRO (4) años y multa de PESOS DIEZ MIL (\$ 10.000) a PESOS DOSCIENTOS MIL (\$ 200.000), el que produjere o fabricare sustancias medicinales en establecimientos no autorizados.

(Artículo sustituido por art. 7° de la Ley N° 26.524 B.O. 5/11/2009)

ARTÍCULO 204 quater.- Será reprimido con multa de PESOS DIEZ MIL (\$ 10.000) a PESOS DOSCIENTOS MIL (\$ 200.000), el que teniendo a su cargo la dirección, administración, control o vigilancia de un establecimiento destinado al expendio, almacenamiento, distribución, producción o fabricación de sustancias medicinales, a sabiendas, incumpliere con los deberes a su cargo posibilitando la comisión de alguno de los hechos previstos en el artículo 204.

(Artículo sustituido por art. 8° de la Ley N° 26.524 B.O. 5/11/2009)

ARTÍCULO 204 quinquies: Será reprimido con prisión de SEIS (6) meses a TRES (3) años el que sin autorización vendiere sustancias medicinales que requieran receta médica para su comercialización.

(Artículo incorporado por art. 9° de la Ley N° 26.524 B.O. 5/11/2009)

ARTÍCULO 205. - Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia.

ARTÍCULO 206. - Será reprimido con prisión de UNO (1) a SEIS (6) meses el que violare las reglas establecidas por las leyes de policía sanitaria animal.

(Artículo sustituido por art. 4° de la Ley N° 25.890 B.O. 21/5/2004)

ARTÍCULO 207. - En el caso de condenación por un delito previsto en este Capítulo, el culpable, si fuere funcionario público o ejerciere alguna profesión o arte, sufrirá, además, inhabilitación especial por doble tiempo del de la condena. Si la pena impuesta fuere la de multa, la inhabilitación especial durará de un mes a un año.

ARTÍCULO 208. - Será reprimido con prisión de quince días a un año:

1º El que, sin título ni autorización para el ejercicio de un arte de curar o excediendo los límites de su autorización, anunciare, prescribiere, administrare o aplicare habitualmente medicamentos, aguas, electricidad, hipnotismo o cualquier medio destinado al tratamiento de las enfermedades de las personas, aun a título gratuito;

2º El que, con título o autorización para el ejercicio de un arte de curar, anunciare o prometiere la curación de enfermedades a término fijo o por medios secretos o infalibles;

3º El que, con título o autorización para el ejercicio de un arte de curar, prestare su nombre a otro que no tuviere título o autorización, para que ejerza los actos a que se refiere el inciso 1º de este artículo.

TÍTULO VIII. DELITOS CONTRA EL ORDEN PUBLICO. Art. 209 a

Capítulo I

Instigación a cometer delitos

ARTÍCULO 209. - El que públicamente instigare a cometer un delito determinado contra una persona o institución, será reprimido, por la sola instigación, con prisión de dos a seis años, según la gravedad del delito y las demás circunstancias establecidas en el artículo 41.

ARTÍCULO 209 bis - En igual pena incurrirá quien en tiempo de conflicto armado incite públicamente a la sustracción al servicio militar legalmente impuesto o asumido. Si el autor fuese un militar, el máximo de la pena se elevará a diez (10) años. (Artículo incorporado por art. 4º del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

Capítulo II

Asociación ilícita

ARTÍCULO 210. - Será reprimido con prisión o reclusión de tres a diez años, el que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación. Para los jefes u organizadores de la asociación el mínimo de la pena será de cinco años de prisión o reclusión.

ARTÍCULO 210 bis. - Se impondrá reclusión o prisión de cinco a veinte años al que tomare parte, cooperare o ayudare a la formación o al mantenimiento de una asociación ilícita destinada a cometer delitos cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional, siempre que ella reúna por lo menos dos de las siguientes características:

- a) Estar integrada por diez o más individuos;
- b) Poseer una organización militar o de tipo militar;
- c) Tener estructura celular;
- d) Disponer de armas de guerra o explosivos de gran poder ofensivo;
- e) Operar en más de una de las jurisdicciones políticas del país;

- f) Estar compuesta por uno o más oficiales o suboficiales de las fuerzas armadas o de seguridad;
- g) Tener notorias conexiones con otras organizaciones similares existentes en el país o en el exterior;
- h) Recibir algún apoyo, ayuda o dirección de funcionarios públicos.

Capítulo III

Intimidación pública

ARTÍCULO 211. - Será reprimido con prisión de dos a seis años, el que, para infundir un temor público o suscitar tumultos o desórdenes, hiciere señales, diere voces de alarma, amenazare con la comisión de un delito de peligro común, o empleare otros medios materiales normalmente idóneos para producir tales efectos.

Cuando para ello se empleare explosivos, agresivos químicos o materias afines, siempre que el hecho no constituya delito contra la seguridad pública, la pena será de prisión de tres a diez años.

ARTÍCULO 212. - Será reprimido con prisión de tres a seis años el que públicamente incitare a la violencia colectiva contra grupos de personas o instituciones, por la sola incitación.

Capítulo IV

Apología del crimen

ARTÍCULO 213. - Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que hiciere públicamente y por cualquier medio la apología de un delito o de un condenado por delito.

Capítulo V

Otros atentados contra el orden público

ARTÍCULO 213 bis. - Será reprimido con reclusión o prisión de tres a ocho años el que organizare o tomare parte en agrupaciones permanentes o transitorias que, sin estar comprendidas en el artículo 210 de este código, tuvieren por objeto principal o accesorios imponer sus ideas o combatir las ajenas por la fuerza o el temor, por el solo hecho de ser miembro de la asociación.

Capítulo VI. Asociaciones ilícitas terroristas y financiación del terrorismo

(Capítulo incorporado por art. 1° de la Ley N° 26.268 B.O. 5/7/2007)

Artículo 213 ter.- (Artículo derogado por art. 1° de la Ley N° 26.734 B.O. 28/12/2011)

Artículo 213 quáter.- (Artículo derogado por art. 2° de la Ley N° 26.734 B.O. 28/12/2011)

TÍTULO IX. DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DE LA NACION

Capítulo I

Traición

ARTÍCULO 214. - Será reprimido con reclusión o prisión de diez a veinticinco años o reclusión o prisión perpetua y en uno u otro caso, inhabilitación absoluta perpetua, siempre que el hecho no se halle comprendido en otra disposición de este código, todo argentino o toda persona que deba obediencia a la Nación por razón de su empleo o función pública, que tomare las armas contra ésta, se uniere a sus enemigos o les prestare cualquier ayuda o socorro.

ARTÍCULO 215. - Será reprimido con reclusión o prisión perpetua, el que cometiere el delito previsto en el artículo precedente, en los casos siguientes:

1º Si ejecutare un hecho dirigido a someter total o parcialmente la Nación al dominio extranjero o a menoscabar su independencia o integridad;

2º Si indujere o decidiere a una potencia extranjera a hacer la guerra contra la República.

3º Si perteneciere a las fuerzas armadas. (Inciso incorporado por art. 5° del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

ARTÍCULO 216. - Será reprimido con reclusión o prisión de uno a ocho años, el que tomare parte en una conspiración de dos o más personas, para cometer el delito de traición, en cualquiera de los casos comprendidos en los artículos precedentes, si la conspiración fuere descubierta antes de empezar su ejecución.

ARTÍCULO 217. - Quedará eximido de pena el que revelare la conspiración a la autoridad, antes de haberse comenzado el procedimiento.

ARTÍCULO 218. - Las penas establecidas en los artículos anteriores se aplicarán, también, cuando los hechos previstos en ellos fueren cometidos contra una potencia aliada de la República, en guerra contra un enemigo común.

Se aplicarán asimismo a los extranjeros residentes en territorio argentino, salvo lo establecido por los tratados o por el derecho de gentes, acerca de los funcionarios diplomáticos y de los nacionales de los países en conflicto. En este caso se aplicará la pena disminuida conforme a lo dispuesto por el artículo 44.

Capítulo II

Delitos que comprometen la paz y la dignidad de la Nación

ARTÍCULO 219. - Será reprimido con prisión de uno a seis años, el que por actos materiales hostiles no aprobados por el gobierno nacional, diere motivos al peligro de una declaración de guerra contra la Nación, expusiere a sus habitantes a experimentar vejaciones o represalias en sus personas o en sus bienes o alterare las relaciones amistosas del gobierno argentino con un gobierno extranjero. Si de dichos actos resultaren hostilidades o la guerra, la pena será de tres a quince años de reclusión o prisión.

Cuando los actos precedentes fuesen cometidos por un militar, los mínimos de las penas previstas en este artículo se elevarán a tres (3) y diez (10) años respectivamente. Asimismo, los máximos de las penas previstas en este artículo se elevarán respectivamente a diez (10) y veinte (20) años. (Párrafo incorporado por art. 6° del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

ARTÍCULO 220. Se impondrá prisión de seis (6) meses a dos (2) años, al que violare los tratados concluidos con naciones extranjeras, las treguas y armisticios acordados entre la República y una potencia enemiga o entre sus fuerzas beligerantes o los salvoconductos debidamente expedidos.

Si el hecho fuese cometido por un militar el mínimo de la pena se elevará a un (1) año y el máximo de la pena se elevará a cinco (5) años.

(Artículo sustituido por art. 7° del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

ARTÍCULO 221. - Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que violare las inmunidades del jefe de un Estado o del representante de una potencia extranjera.

ARTÍCULO 222. - Será reprimido con reclusión o prisión de uno (1) a seis (6) años, el que revelare secretos políticos, industriales, tecnológicos o militares concernientes a la seguridad, a los medios de defensa o a las relaciones exteriores de la Nación. (Párrafo sustituido por art. 8° del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

En la misma pena incurrirá el que obtuviere la revelación del secreto. Será reprimido con prisión de uno a cuatro años el que públicamente ultrajare la bandera, el escudo o el himno de la Nación o los emblemas de una provincia argentina.

Si la revelación u obtención fuese cometida por un militar, en el ejercicio de sus funciones el mínimo de la pena se elevará a tres (3) años y el máximo de la pena se elevará a diez (10) años. (Párrafo incorporado por art. 9° del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

ARTÍCULO 223. - Será reprimido con prisión de un mes a un año e inhabilitación especial por doble tiempo, el que por imprudencia o negligencia diere a conocer los secretos mencionados en el artículo precedente, de los que se hallare en posesión en virtud de su empleo u oficio.

ARTÍCULO 224. - Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que indebidamente levantare planos de fortificaciones, buques, establecimientos, vías u otras obras militares o se introdujere con tal fin, clandestina o engañosamente en dichos lugares, cuando su acceso estuviere prohibido al público.

ARTÍCULO 225. - Será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años, el que, encargado por el gobierno argentino de una negociación con un estado extranjero, la condujere de un modo perjudicial a la Nación, apartándose de sus instrucciones.

TÍTULO X. DELITOS CONTRA LOS PODERES PUBLICOS Y EL ORDEN CONSTITUCIONAL

Capítulo I

Atentados al orden constitucional y a la vida democrática

ARTÍCULO 226. - Serán reprimidos con prisión de cinco a quince años los que se alzaren en armas para cambiar la Constitución, deponer alguno de los poderes públicos del gobierno nacional, arrancarle alguna medida o concesión o impedir, aunque sea temporariamente, el libre ejercicio de sus facultades constitucionales o su formación o renovación en los términos y formas legales. Si el hecho descrito en el párrafo anterior fuese perpetrado con el fin de cambiar de modo permanente el sistema democrático de gobierno, suprimir la organización federal, eliminar la división de poderes, abrogar los derechos fundamentales de la persona humana o suprimir o menoscabar, aunque sea temporariamente, la independencia económica de la Nación, la pena será de ocho a veinticinco años de prisión. Cuando el hecho fuere perpetrado por personas que tuvieren estado, empleo o asimilación militar, el mínimo de las penas se incrementará en un tercio.

ARTÍCULO 226 bis. - El que amenazare pública e idóneamente con la comisión de alguna de las conductas previstas en el artículo 226, será reprimido con prisión de uno a cuatro años.

ARTÍCULO 227. - Serán reprimidos con las penas establecidas en el artículo 215 para los traidores a la patria, los miembros del Congreso que concedieren al Poder Ejecutivo Nacional y los miembros de las legislaturas provinciales que concedieren a los Gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, la suma del poder público o sumisiones o supremacías, por las que la vida, el honor o la fortuna de los

argentinos queden a merced de algún gobierno o de alguna persona (artículo 29 de la Constitución Nacional).

ARTÍCULO 227 bis. - Serán reprimidos con las penas establecidas en el artículo 215 para los traidores a la patria, con la disminución del artículo 46, los miembros de alguno de los tres poderes del Estado nacional o de las provincias que consintieran la consumación de los hechos descriptos en el artículo 226, continuando en sus funciones o asumiéndolas luego de modificada por la fuerza la Constitución o depuesto alguno de los poderes públicos, o haciendo cumplir las medidas dispuestas por quienes usurpen tales poderes. Se aplicará de uno a ocho años de prisión o reclusión e inhabilitación absoluta por el doble de la condena, a quienes, en los casos previstos en el párrafo anterior, aceptaren colaborar continuando en funciones o asumiéndolas, con las autoridades de facto, en algunos de los siguientes cargos: ministros, secretarios de Estado, subsecretarios, directores generales o nacionales o de jerarquía equivalente en el orden nacional, provincial o municipal, presidente, vicepresidente, vocales o miembros de directorios de organismos descentralizados o autárquicos o de bancos oficiales o de empresas del Estado; sociedades del Estado, sociedades de economía mixta, o de sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, o de entes públicos equivalentes a los enumerados en el orden nacional, provincial o municipal, embajadores, rectores o decanos de universidades nacionales o provinciales, miembros de las fuerzas armadas o de policía o de organismos de seguridad en grados de jefes o equivalentes, intendentes municipales, o miembros del ministerio público fiscal de cualquier jerarquía o fuero, personal jerárquico del Parlamento Nacional y de las legislaturas provinciales. Si las autoridades de facto crearen diferentes jerarquías administrativas o cambiaren las denominaciones de las funciones señaladas en el párrafo anterior, la pena se aplicará a quienes las desempeñen, atendiendo a la análoga naturaleza y contenido de los cargos con relación a los actuales.

ARTÍCULO 227 ter. - El máximo de la pena establecida para cualquier delito será aumentado en un medio, cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional. Esta disposición no será aplicable cuando las circunstancias mencionadas en ella se encuentren contempladas como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate.

ARTÍCULO 228. - Se impondrá prisión de seis meses a dos años al que ejecutare o mandare ejecutar decretos de los concilios, bulas, breves y rescriptos del Papa que, para su cumplimiento, necesiten del pase del gobierno, sin haberlo obtenido; y de uno a seis años de la misma pena, al que los ejecutare o mandare ejecutar, a pesar de haber sido denegado dicho pase.

Capítulo II

Sedición

ARTÍCULO 229. - Serán reprimidos con prisión de uno a seis años, los que, sin rebelarse contra el gobierno nacional, armaren una provincia contra otra, se alzaren en armas para cambiar la Constitución local, deponer alguno de los poderes públicos de una provincia o territorio federal, arrancarle alguna medida o concesión o impedir, aunque sea temporalmente, el libre ejercicio de sus facultades legales o su formación o renovación en los términos y formas establecidas en la ley.

ARTÍCULO 230. - Serán reprimidos con prisión de uno a cuatro años:

1. Los individuos de una fuerza armada o reunión de personas, que se atribuyeren los derechos del pueblo y petitionaren a nombre de éste (art. 22 de la Constitución Nacional);
2. Los que se alzaren públicamente para impedir la ejecución de las leyes nacionales o provinciales o de las resoluciones de los funcionarios públicos nacionales o provinciales, cuando el hecho no constituya delito más severamente penado por este código.

Capítulo III

Disposiciones comunes a los Capítulos precedentes

ARTÍCULO 231. - Luego que se manifieste la rebelión o sedición, la autoridad nacional más próxima intimará hasta dos veces a los sublevados que inmediatamente se disuelvan o retiren, dejando pasar entre una y otra intimación el tiempo necesario para ello. Si los sublevados no se retiraren inmediatamente después de la segunda intimación, la autoridad hará uso de la fuerza para disolverlos. No serán necesarias, respectivamente, la primera y segunda intimación, desde que los sublevados hicieren uso de las armas.

ARTÍCULO 232. - En caso de disolverse el tumulto sin haber causado otro mal que la perturbación momentánea del orden, sólo serán enjuiciados los promotores o directores, a quienes se reprimirá con la mitad de la pena señalada para el delito.

ARTÍCULO 233. - El que tomare parte como promotor o director, en una conspiración de dos o más personas para cometer los delitos de rebelión o sedición, será reprimido, si la conspiración fuere descubierta antes de ponerse en ejecución, con la cuarta parte de la pena correspondiente al delito que se trataba de perpetrar.

ARTÍCULO 234. - El que sedujere tropas o usurpare el mando de ellas, de un buque de guerra, de una plaza fuerte o de un puesto de guardia o retuviere ilegalmente un mando político o militar para cometer una rebelión o una sedición, será reprimido con la mitad de la pena correspondiente al delito que trataba de perpetrar. Si llegare a tener efecto la rebelión o la sedición, la pena será la establecida para los autores de la rebelión o de la sedición en los casos respectivos.

ARTÍCULO 235. - Los funcionarios públicos que hubieren promovido o ejecutado alguno de los delitos previstos en este Título, sufrirán además inhabilitación especial por un tiempo doble del de la condena.- Los funcionarios que no hubieren resistido una rebelión o sedición por todos los medios a su alcance, sufrirán inhabilitación especial de uno a seis años.- Auméntase al doble el máximo de la pena establecida para los delitos previstos en este Título, para los jefes y agentes de la fuerza pública que incurran en ellos usando u ostentando las armas y demás materiales ofensivos que se les hayan confiado en tal calidad.

ARTÍCULO 236. - Cuando al ejecutar los delitos previstos en este Título, el culpable cometiere algún otro, se observarán las reglas establecidas para el concurso de hechos punibles.

TÍTULO XI. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA

Capítulo I

Atentado y resistencia contra la autoridad

ARTÍCULO 237. - Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que empleare intimidación o fuerza contra un funcionario público o contra la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de un deber legal, para exigirle la ejecución u omisión de un acto propio de sus funciones.

ARTÍCULO 238. - La prisión será de seis meses a dos años:

- 1 Si el hecho se cometiere a mano armada;
- 2 Si el hecho se cometiere por una reunión de más de tres personas;
- 3 Si el culpable fuere funcionario público;
- 4 Si el delincuente pusiere manos en la autoridad.

En el caso de ser funcionario público, el reo sufrirá además inhabilitación especial por doble tiempo del de la condena.

ARTÍCULO 238 bis - El militar que pusiere manos en el superior, sin lesionarlo o causándole lesiones leves, será penado con prisión de uno (1) a tres (3) años.

Si el hecho tuviere lugar frente al enemigo o a tropa formada con armas, o si se cometiere en número de seis (6) o más, el máximo de la pena será de seis (6) años.

(Artículo incorporado por art. 10 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

ARTÍCULO 238 ter - El militar que resistiere o desobedeciere una orden de servicio legalmente impartida por el superior, frente al enemigo o en situación de peligro inminente de naufragio, incendio u otro estrago, será penado con prisión de uno (1) a cinco (5) años. La misma pena se impondrá si resistiere a una patrulla que proceda en cumplimiento de una consigna en zona de conflicto armado u operaciones o de catástrofe. Si en razón de la resistencia o de la desobediencia se sufrieren pérdidas militares o se impidiese o dificultase la salvación de vidas en supuesto de catástrofe el mínimo de la pena se elevará a

cuatro (4) años y el máximo de la pena se elevará a doce (12) años. En cualquier caso se impondrán las penas aquí previstas siempre que no resultare un delito más severamente penado.

(Artículo incorporado por art. 11 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

ARTÍCULO 239. - Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de una obligación legal.

ARTÍCULO 240. - Para los efectos de los dos artículos precedentes, se reputará funcionario público al particular que tratare de aprehender o hubiere aprehendido a un delincuente en flagrante delito.

ARTÍCULO 240 bis - El que violare las normas instrucciones a la población emitidas por la autoridad militar competente en tiempo de conflicto armado para las zonas de combate, será penado con prisión de uno (1) a cuatro (4) años si no resultare un delito más severamente penado.

(Artículo incorporado por art. 12 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

ARTÍCULO 241. - Será reprimido con prisión de quince días a seis meses:

1 El que perturbare el orden en las sesiones de los cuerpos legislativos nacionales o provinciales, en las audiencias de los tribunales de justicia o dondequiera que una autoridad esté ejerciendo sus funciones;

2 El que sin estar comprendido en el artículo 237, impidiere o estorbare a un funcionario público cumplir un acto propio de sus funciones.

ARTÍCULO 241 bis - Se impondrá prisión de tres (3) a diez (10) años a los militares que:

1. Tumultuosamente peticionaren o se atribuyeren la representación de una fuerza armada.

2. Tomaren armas o hicieren uso de éstas, de naves o aeronaves o extrajeren fuerzas armadas de sus asientos naturales, contra las órdenes de sus superiores.

3. Hicieren uso del personal de la fuerza, de la nave o de la aeronave bajo su mando contra sus superiores u omitieren resistir o contener a éstas, estando en condiciones de hacerlo.

4. Será penado con prisión de uno (1) a cinco (5) años la conspiración para cometer los delitos de este artículo. No será penado por conspiración quien la denunciare en tiempo para evitar la comisión del hecho.

5. Si en razón de los hechos previstos en este artículo resultare la muerte de una o más personas, se sufrieren pérdidas militares o se impidiere o dificultare la salvación de vidas en supuesto de catástrofe, el máximo de la pena se elevará a veinticinco (25) años. En cualquier caso se impondrán las penas aquí previstas siempre que no resultare un delito más severamente penado. (Artículo incorporado por art. 12 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

ARTÍCULO 242. - Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos diez mil e inhabilitación especial de uno a cinco años, el funcionario público que, en el arresto o formación de causa contra un miembro de los poderes públicos nacionales o provinciales, de una convención constituyente o de un colegio electoral, no guardare la forma prescripta en las constituciones o leyes respectivas.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 243. - Será reprimido con prisión de quince días a un mes, el que siendo legalmente citado como testigo, perito o intérprete, se abstuviere de comparecer o de prestar la declaración o exposición respectiva. En el caso del perito o intérprete, se impondrá, además, al reo, inhabilitación especial de un mes a un año.

Capítulo II

Falsa Denuncia

ARTÍCULO 244. -(Artículo derogado por art. 2° de la Ley N° 24.198 B.O. 3/6/1993).

ARTÍCULO 245. - Se impondrá prisión de dos meses a un año o multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos al que denunciare falsamente un delito ante la autoridad.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

Capítulo III

Usurpación de autoridad, títulos u honores

ARTÍCULO 246. - Será reprimido con prisión de un mes a un año e inhabilitación especial por doble tiempo:

1 El que asumiere o ejerciere funciones públicas, sin título o nombramiento expedido por autoridad competente;

2 El que después de haber cesado por ministerio de la ley en el desempeño de un cargo público o después de haber recibido de la autoridad competente comunicación oficial de la resolución que ordenó la cesantía o suspensión de sus funciones, continuare ejerciéndolas;

3 El funcionario público que ejerciere funciones correspondientes a otro cargo.

El militar que ejerciere o retuviere un mando sin autorización será penado con prisión de uno (1) a cuatro (4) años y, en tiempo de conflicto armado de dos (2) a seis (6) años, siempre que no resultare un delito más severamente penado. (Párrafo incorporado por art. 14 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

ARTÍCULO 247. - Será reprimido con prisión de quince días a un año el que ejerciere actos propios de una profesión para la que se requiere una habilitación especial, sin poseer el título o la autorización correspondiente.

Será reprimido con multa de setecientos cincuenta a doce mil quinientos pesos, el que públicamente llevare insignias o distintivos de un cargo que no ejerciere o se arrogare grados académicos, títulos profesionales u honores que no le correspondieren. (Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

(Artículo sustituido por Ley N° 24.527 B.O.8/9/1995)

Capítulo IV

Abuso de autoridad y violación de los deberes de los funcionarios públicos

ARTÍCULO 248. - Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, el funcionario público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales o ejecutare las órdenes o resoluciones de esta clase existentes o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere.

ARTÍCULO 248 bis.- Será reprimido con inhabilitación absoluta de SEIS (6) meses a DOS (2) años el funcionario público que, debiendo fiscalizar el cumplimiento de las normas de comercialización de ganado, productos y subproductos de origen animal, omitiere inspeccionar conforme los reglamentos a su cargo, establecimientos tales como mercados de hacienda, ferias y remates de animales, mataderos, frigoríficos, saladeros, barracas, graserías, tambos u otros establecimientos o locales afines con la elaboración, manipulación, transformación o comercialización de productos de origen animal y vehículos de transporte de hacienda, productos o subproductos de ese origen.

(Artículo incorporado por art. 5° de la Ley N° 25.890 B.O. 21/5/2004)

ARTÍCULO 249. - Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos e inhabilitación especial de un mes a un año, el funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto de su oficio.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 249 bis - El militar que en sus funciones y prevalido de su autoridad, arbitrariamente perjudicare o maltratare de cualquier forma a un inferior, será penado con prisión de seis (6) meses a dos (2) años, si no resultare un delito más severamente penado.

(Artículo incorporado por art. 15 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

ARTÍCULO 250. - Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, el jefe o agente de la fuerza pública, que rehusare, omitiere o retardare, sin causa justificada, la prestación de un auxilio legalmente requerido por la autoridad civil competente.

ARTÍCULO 250 bis - Será penado con prisión de cuatro (4) a diez (10) años, siempre que no resultare otro delito más severamente penado, el militar que en tiempo de conflicto armado:

1. Abandonare sus funciones de control, vigilancia, comunicaciones o la atención de los instrumentos que tuviese a su cargo para esos fines, las descuidase o se incapacitase para su cumplimiento.
2. Observare cualquier dato significativo para la defensa y no lo informase o tomase las medidas del caso.

(Artículo incorporado por art. 16 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

ARTÍCULO 251. - Será reprimido con prisión de un mes a cuatro años e inhabilitación especial por doble tiempo, el funcionario público que requiriere la asistencia de la fuerza pública contra la ejecución de disposiciones u órdenes legales de la autoridad o de sentencias o de mandatos judiciales.

ARTÍCULO 252. - Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta (\$ 750) a pesos doce mil quinientos (\$ 12.500) e inhabilitación especial de un (1) mes a un (1) año, el funcionario público que, sin habersele admitido la renuncia de su destino, lo abandonare con daño del servicio público.

El miembro de una fuerza de seguridad nacional, provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, o agencia estatal armada que por su naturaleza tenga a cargo el cuidado de personas, que a sabiendas abandonare injustificadamente actos de servicio o maliciosamente omitiere la prestación regular de la función o misión a la que reglamentariamente se encuentra obligado, será reprimido con pena de prisión

de uno (1) a tres (3) años e inhabilitación especial para ejercer cargos públicos por el doble tiempo de la condena.

Si, como consecuencia del abandono u omisión tipificado en el párrafo precedente, se produjeren daños a bienes de la fuerza, bienes de terceros, lesiones o muerte de sus camaradas o terceros, se aplicará una pena de prisión de dos (2) a ocho (8) años e inhabilitación absoluta para desempeñar cargos públicos.

El militar que abandonare su servicio, su destino o que desertare en tiempo de conflicto armado o zona de catástrofe, será penado con prisión de uno (1) a seis (6) años. Si como consecuencia de su conducta resultare la muerte de una o más personas, se sufrieren pérdidas militares o se impidiese, o dificultase la salvación de vidas en supuesto de catástrofe, el máximo de la pena se elevará a doce (12) años. En cualquier caso se impondrán las penas aquí previstas siempre que no resultare un delito con pena más grave.

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 27.079 B.O. 19/12/2014)

ARTÍCULO 253. - Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos e inhabilitación especial de seis meses a dos años, el funcionario público que propusiere o nombrare para cargo público, a persona en quien no concurrieren los requisitos legales. En la misma pena incurrirá el que aceptare un cargo para el cual no tenga los requisitos legales.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 253 bis - El militar que sin orden ni necesidad emprendiere una operación militar, o en sus funciones usare armas sin las formalidades y requerimientos del caso, sometiere a la población civil a restricciones arbitrarias u ordenare o ejerciere cualquier tipo de violencia innecesaria contra cualquier persona, será penado con prisión de uno (1) a cuatro (4) años si no resultare un delito más severamente penado.

(Artículo incorporado por art. 18 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

ARTÍCULO 253 ter - Será penado con prisión de dos (2) a ocho (8) años el militar que por imprudencia o negligencia, impericia en el arte militar o inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, en el curso de conflicto armado o de asistencia o salvación en situación de catástrofe, causare o no impidiere, la muerte de una o más personas o pérdidas militares, si no resultare un delito más severamente penado.

(Artículo incorporado por art. 19 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

Capítulo V

Violación de sellos y documentos

ARTÍCULO 254. - Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que violare los sellos puestos por la autoridad para asegurar la conservación o la identidad de una cosa. Si el culpable fuere funcionario público y hubiere cometido el hecho con abuso de su cargo, sufrirá además inhabilitación especial por doble tiempo. Si el hecho se hubiere cometido por imprudencia o negligencia del funcionario público, la pena será de multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 255. - Será reprimido con prisión de un (1) mes a cuatro (4) años, el que sustrajere, alterare, ocultare, destruyere o inutilizare en todo o en parte objetos destinados a servir de prueba ante la autoridad competente, registros o documentos confiados a la custodia de un funcionario público o de otra persona en el interés del servicio público. Si el autor fuere el mismo depositario, sufrirá además inhabilitación especial por doble tiempo.

Si el hecho se cometiere por imprudencia o negligencia del depositario, éste será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta (\$ 750) a pesos doce mil quinientos (\$ 12.500).

(Artículo sustituido por art. 13 de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

Capítulo VI

Cohecho y tráfico de influencias

(Título del capítulo sustituido por art. 30 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a los ocho días desde su publicación.)

ARTÍCULO 256. - Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que por sí o por persona interpuesta, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer, retardar o dejar de hacer algo relativo a sus funciones

(Artículo sustituido por art. 31 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a los ocho días desde su publicación.)

ARTÍCULO 256 bis — Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública, el que por sí o por persona interpuesta solicitare o recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer valer indebidamente su influencia ante un funcionario público, a fin de que éste haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones.

Si aquella conducta estuviera destinada a hacer valer indebidamente una influencia ante un magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, a fin de obtener la emisión, dictado, demora u omisión de un dictamen, resolución o fallo en asuntos sometidos a su competencia, el máximo de la pena de prisión o reclusión se elevará a doce años.

(Artículo incorporado por art. 32 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a los ocho días desde su publicación.)

ARTÍCULO 257. - Será reprimido con prisión o reclusión de cuatro a doce años e inhabilitación especial perpetua, el magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público que por sí o por persona interpuesta, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta para emitir, dictar, retardar u omitir dictar una resolución, fallo o dictamen, en asuntos sometidos a su competencia

(Artículo sustituido por art. 33 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a los ocho días desde su publicación.)

ARTÍCULO 258. - Será reprimido con prisión de uno a seis años, el que directa o indirectamente diere u ofreciere dádivas en procura de alguna de las conductas reprimidas por los artículos 256 y 256 bis, primer párrafo. Si la dádiva se hiciera u ofreciere con el fin de obtener alguna de las conductas tipificadas en los artículos 256 bis, segundo párrafo y 257, la pena será de reclusión o prisión de dos a seis años. Si el culpable fuere funcionario público, sufrirá además inhabilitación especial de dos a seis años en el primer caso y de tres a diez años en el segundo.

(Artículo sustituido por art. 34 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a los ocho días desde su publicación.)

ARTÍCULO 258 bis — Será reprimido con prisión de un (1) a seis (6) años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública el que, directa o indirectamente, ofreciere, prometiere u otorgare, indebidamente, a un funcionario público de otro Estado o de una organización pública internacional, ya sea en su beneficio o de un tercero, sumas de dinero o cualquier otro objeto de valor pecuniario u otras compensaciones tales como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita realizar un acto relacionado con el ejercicio de sus funciones públicas, o para que haga valer la influencia derivada de su cargo en un asunto vinculado a una transacción de naturaleza económica, financiera o comercial.

Se entenderá por funcionario público de otro Estado, o de cualquier entidad territorial reconocida por la Nación Argentina, a toda persona que haya sido designada o electa para cumplir una función pública, en cualquiera de sus niveles o divisiones territoriales de gobierno, o en toda clase de organismo, agencia o empresa pública en donde dicho Estado ejerza una influencia directa o indirecta.

(Artículo sustituido por art. 30 de la Ley N° 27.401 B.O. 1/12/2017. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina)

ARTÍCULO 259. - Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación absoluta de uno a seis años, el funcionario público que admitiere dádivas, que fueran entregadas en consideración a su oficio, mientras permanezca en el ejercicio del cargo. El que presentare u ofreciere la dádiva será reprimido con prisión de un mes a un año.

ARTÍCULO 259 bis - Respecto de los delitos previstos en este Capítulo, se impondrá conjuntamente una multa de dos (2) a cinco (5) veces del monto o valor del dinero, dádiva, beneficio indebido o ventaja pecuniaria ofrecida o entregada.

(Artículo incorporado por art. 31 de la Ley N° 27.401 B.O. 1/12/2017. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina)

Capítulo VII

Malversación de caudales públicos

ARTÍCULO 260. - Será reprimido con inhabilitación especial de un mes a tres años, el funcionario público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación diferente de aquella a que estuvieren destinados. Si de ello resultare daño o entorpecimiento del servicio a que estuvieren destinados, se impondrá además al culpable, multa del veinte al cincuenta por ciento de la cantidad distraída.

ARTÍCULO 261. - Será reprimido con reclusión o prisión de dos a diez años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que sustrajere caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo. Será reprimido con la misma pena el funcionario que empleare en provecho propio o de un tercero, trabajos o servicios pagados por una administración pública.

ARTÍCULO 262. - Será reprimido con multa del veinte al sesenta por ciento del valor substraído, el funcionario público que, por imprudencia o negligencia o por inobservancia de los reglamentos o deberes de su cargo, diere ocasión a que se efectuare por otra persona la substracción de caudales o efectos de que se trata en el artículo anterior.

ARTÍCULO 263. - Quedan sujetos a las disposiciones anteriores los que administraren o custodiaren bienes pertenecientes a establecimientos de instrucción pública o de beneficencia, así como los administradores y depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.

ARTÍCULO 264. - Será reprimido con inhabilitación especial por uno a seis meses, el funcionario público que, teniendo fondos expeditos, demorare injustificadamente un pago ordinario o decretado por autoridad competente. En la misma pena incurrirá el funcionario público que, requerido por la autoridad competente, rehusare entregar una cantidad o efecto depositado o puesto bajo su custodia o administración.

Capítulo VIII

Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas

ARTÍCULO 265. - Será reprimido con reclusión o prisión de uno (1) a seis (6) años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en miras de un beneficio propio o de un tercero, en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo.

Se aplicará también multa de dos (2) a cinco (5) veces del valor del beneficio indebido pretendido u obtenido.

Esta disposición será aplicable a los árbitros, amigables componedores, peritos, contadores, tutores, curadores, albaceas, síndicos y liquidadores, con respecto a las funciones cumplidas en el carácter de tales.

(Artículo sustituido por art. 32 de la Ley N° 27.401 B.O. 1/12/2017. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina)

Capítulo IX

Exacciones ilegales

ARTÍCULO 266. - Será reprimido con prisión de un (1) a cuatro (4) años e inhabilitación especial de uno (1) a (5) cinco años, el funcionario público que, abusando de su cargo, solicitare, exigiere o hiciere pagar o entregar indebidamente, por sí o por interpuesta persona, una contribución, un derecho o una dádiva o cobrase mayores derechos que los que corresponden.

Se aplicará también multa de dos (2) a cinco (5) veces del monto de la exacción.

(Artículo sustituido por art. 33 de la Ley N° 27.401 B.O. 1/12/2017. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina)

ARTÍCULO 267. - Si se empleare intimidación o se invocare orden superior, comisión, mandamiento judicial u otra autorización legítima, podrá elevarse la prisión hasta cuatro años y la inhabilitación hasta seis años.

ARTÍCULO 268. - Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que convirtiere en provecho propio o de tercero las exacciones expresadas en los artículos anteriores.

Se aplicará también multa de dos (2) a cinco (5) veces del monto de la exacción.

(Artículo sustituido por art. 34 de la Ley N° 27.401 B.O. 1/12/2017. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina)

Capítulo IX bis

Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados

ARTÍCULO 268 (1). - Será reprimido con la pena del artículo 256, el funcionario público que con fines de lucro utilizare para sí o para un tercero informaciones o datos de carácter reservado de los que haya tomado conocimiento en razón de su cargo.

Se aplicará también multa de dos (2) a cinco (5) veces del lucro obtenido. (Párrafo incorporado por art. 35 de la Ley N° 27.401 B.O. 1/12/2017. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina)

ARTÍCULO 268 (2) — Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años, multa de dos (2) a cinco (5) veces del valor del enriquecimiento, e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos (2) años después de haber cesado en su desempeño. (Párrafo sustituido por art. 36 de la Ley N° 27.401 B.O. 1/12/2017. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina)

Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban.

La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho.

(Artículo sustituido por art. 38 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a los ocho días desde su publicación.)

ARTÍCULO 268 (3) — Será reprimido con prisión de quince días a dos años e inhabilitación especial perpetua el que, en razón de su cargo, estuviere obligado por ley a presentar una declaración jurada patrimonial y omitiere maliciosamente hacerlo.

El delito se configurará cuando mediando notificación fehaciente de la intimación respectiva, el sujeto obligado no hubiere dado cumplimiento a los deberes aludidos dentro de los plazos que fije la ley cuya aplicación corresponda.

En la misma pena incurrirá el que maliciosamente, falseare u omitiere insertar los datos que las referidas declaraciones juradas deban contener de conformidad con las leyes y reglamentos aplicables.

(Artículo incorporado por art. 39 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a los ocho días desde su publicación.)

Capítulo X

Prevaricato

ARTÍCULO 269. - Sufrirá multa de pesos tres mil a pesos setenta y cinco mil e inhabilitación absoluta perpetua el juez que dictare resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes o por el mismo o citare, para fundarlas, hechos o resoluciones falsas.

Si la sentencia fuere condenatoria en causa criminal, la pena será de tres a quince años de reclusión o prisión e inhabilitación absoluta perpetua.

Lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo, será aplicable, en su caso, a los árbitros y arbitradores amigables componedores.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 270. - Será reprimido con multa de pesos dos mil quinientos a pesos treinta mil e inhabilitación absoluta de uno a seis años, el juez que decretare prisión preventiva por delito en virtud del cual no proceda o que prolongare la prisión preventiva que, computada en la forma establecida en el artículo 24, hubiere agotado la pena máxima que podría corresponder al procesado por el delito imputado.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 271. - Será reprimido con multa de pesos dos mil quinientos a pesos treinta mil, e inhabilitación especial de uno a seis años, el abogado o mandatario judicial que defendiere o representare partes contrarias en el mismo juicio, simultánea o sucesivamente o que de cualquier otro modo, perjudicare deliberadamente la causa que le estuviere confiada.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 272. - La disposición del artículo anterior será aplicable a los fiscales, asesores y demás funcionarios encargados de emitir su dictamen ante las autoridades.

Capítulo XI

Denegación y retardo de justicia

ARTÍCULO 273. - Será reprimido con inhabilitación absoluta de uno a cuatro años, el juez que se negare a juzgar so pretexto de obscuridad, insuficiencia o silencio de la ley.

En la misma pena incurrirá el juez que retardare maliciosamente la administración de justicia después de requerido por las partes y de vencidos los términos legales.

ARTÍCULO 274. - El funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, dejare de promover la persecución y represión de los delincuentes, será reprimido con inhabilitación absoluta de seis meses a dos años, a menos que pruebe que su omisión provino de un inconveniente insuperable.

Capítulo XII

Falso testimonio

ARTÍCULO 275. - Será reprimido con prisión de un mes a cuatro años, el testigo, perito o intérprete que afirmare una falsedad o negare o callare la verdad, en todo o en parte, en su deposición, informe, traducción o interpretación, hecha ante la autoridad competente.

Si el falso testimonio se cometiere en una causa criminal, en perjuicio del inculpado, la pena será de uno a diez años de reclusión o prisión.

En todos los casos se impondrá al reo, además, inhabilitación absoluta por doble tiempo del de la condena.

ARTÍCULO 276. - La pena del testigo, perito o intérprete falso, cuya declaración fuere prestada mediante cohecho, se agravará con una multa igual al duplo de la cantidad ofrecida o recibida.

El sobornante sufrirá la pena del simple testigo falso.

ARTÍCULO 276 bis. - Será reprimido con prisión de cuatro (4) a diez (10) años y con la pérdida del beneficio concedido el que, acogiéndose al beneficio del artículo 41 ter, proporcionare maliciosamente información falsa o datos inexactos.

(Artículo incorporado por art. 2º de la Ley N° 27.304 B.O. 2/11/2016)

Capítulo XIII

Encubrimiento

(Denominación del Capítulo sustituida por art. 1º de la Ley N° 26.683 B.O. 21/06/2011)

ARTÍCULO 277.-

1.- Será reprimido con prisión de seis (6) meses a tres (3) años el que, tras la comisión de un delito ejecutado por otro, en el que no hubiera participado:

- a) Ayudare a alguien a eludir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse a la acción de ésta.
- b) Ocultare, alterare o hiciere desaparecer los rastros, pruebas o instrumentos del delito, o ayudare al autor o partícipe a ocultarlos, alterarlos o hacerlos desaparecer.
- c) Adquiriere, recibiere u ocultare dinero, cosas o efectos provenientes de un delito.
- d) No denunciare la perpetración de un delito o no individualizare al autor o partícipe de un delito ya conocido, cuando estuviere obligado a promover la persecución penal de un delito de esa índole.
- e) Asegurare o ayudare al autor o partícipe a asegurar el producto o provecho del delito.

2.- En el caso del inciso 1, c), precedente, la pena mínima será de un (1) mes de prisión, si, de acuerdo con las circunstancias, el autor podía sospechar que provenían de un delito.

3.- La escala penal será aumentada al doble de su mínimo y máximo, cuando:

- a) El hecho precedente fuera un delito especialmente grave, siendo tal aquel cuya pena mínima fuera superior a tres (3) años de prisión.
- b) El autor actuare con ánimo de lucro.
- c) El autor se dedicare con habitualidad a la comisión de hechos de encubrimiento.
- d) El autor fuere funcionario público.

La agravación de la escala penal, prevista en este inciso sólo operará una vez, aun cuando concurrieren más de una de sus circunstancias calificantes. En este caso, el tribunal podrá tomar en cuenta la pluralidad de causales al individualizar la pena.

4.- Están exentos de responsabilidad criminal los que hubieren obrado en favor del cónyuge, de un pariente cuyo vínculo no excediere del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o de un amigo íntimo o persona a la que se debiese especial gratitud. La exención no rige respecto de los casos del inciso 1, e) y del inciso 3, b) y c). (Inciso sustituido por Art. 4º de la Ley N° 26.087, B.O. 24/04/2006.)

(Artículo sustituido por art. 2º de la Ley N° 25.815 B.O. 1/12/2003)

ARTÍCULO 277 bis.- Se aplicará prisión de TRES (3) a SEIS (6) años e inhabilitación especial de TRES (3) a DIEZ (10) años al funcionario público que, tras la comisión del delito de abigeato en el que no hubiera participado, violando los deberes a su cargo o abusando de sus funciones, intervenga o facilite el transporte, faena, comercialización o mantenimiento de ganado, sus despojos o los productos obtenidos, conociendo su origen ilícito.

(Artículo incorporado por art. 6° de la Ley N° 25.890 B.O. 21/572004)

ARTÍCULO 277 ter.- Se impondrá prisión de SEIS (6) meses a TRES (3) años al que reuniendo las condiciones personales descriptas en el artículo 167 quater inciso 4, por imprudencia o negligencia, intervenga en algunas de las acciones prevista en el artículo precedente, omitiendo adoptar las medidas necesarias para cerciorarse de la procedencia legítima del ganado.

(Artículo incorporado por art. 7° de la Ley N° 25.890 B.O. 21/572004)

ARTÍCULO 278.- (Artículo derogado por art. 2º de la Ley N° 26.683 B.O. 21/06/2011)

ARTÍCULO 279.-

1) Si la escala penal prevista para el delito precedente fuera menor que la establecida en las disposiciones de este capítulo, será aplicable al caso la escala penal del delito precedente.

2) Si el delito precedente no estuviera amenazado con pena privativa de libertad, se aplicará a su encubrimiento multa de un mil (1.000) pesos a veinte mil (20.000) pesos o la escala penal del delito precedente, si ésta fuera menor.

3) Cuando el autor de los hechos descriptos en los incisos 1 o 3 del artículo 277 fuera un funcionario público que hubiera cometido el hecho en ejercicio u ocasión de sus funciones, sufrirá además pena de inhabilitación especial de tres (3) a diez (10) años. La misma pena sufrirá el que hubiere actuado en ejercicio de una profesión u oficio que requieran habilitación especial.

4) Las disposiciones de este capítulo regirán aun cuando el delito precedente hubiera sido cometido fuera del ámbito de aplicación espacial de este Código, en tanto el hecho que lo tipificara también hubiera estado sancionado con pena en el lugar de su comisión.

(Artículo sustituido por art. 3º de la Ley N° 26.683 B.O. 21/06/2011)

Capítulo XIV

Evasión y quebrantamiento de pena.

(Rúbrica del capítulo sustituida por art. 3º de la Ley N° 23.487 B.O. 26/1/1987)

ARTÍCULO 280. - Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que hallándose legalmente detenido se evadiere por medio de violencia en las personas o fuerza en las cosas.

ARTÍCULO 281. - Será reprimido con prisión de un mes a cuatro años, el que favoreciere la evasión de algún detenido o condenado, y si fuere funcionario público, sufrirá, además, inhabilitación absoluta por triple tiempo.

Si la evasión se produjere por negligencia de un funcionario público, éste será reprimido con multa de pesos argentinos mil a pesos argentinos quince mil.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 281 bis. El que quebrantare una inhabilitación judicialmente impuesta será reprimido con prisión de dos meses a dos años.

(Artículo incorporado por art.4° de la Ley N° 23.487 B.O. 26/1/1987)

TÍTULO XII. DELITOS CONTRA LA FE PUBLICA

Capítulo I

Falsificación de moneda, billetes de banco, títulos al portador y documentos de crédito

ARTÍCULO 282. - Serán reprimidos con reclusión o prisión de tres a quince años, el que falsificare moneda que tenga curso legal en la República y el que la introdujere, expendiere o pusiere en circulación.-

ARTÍCULO 283. - Será reprimido con reclusión o prisión de uno a cinco años, el que cercenare o alterare moneda de curso legal y el que introdujere, expendiere o pusiere en circulación moneda cercenada o alterada.

Si la alteración consistiere en cambiar el color de la moneda, la pena será de seis meses a tres años de prisión.

ARTÍCULO 284. - Si la moneda falsa, cercenada o alterada se hubiere recibido de buena fe y se expendiere o circulara con conocimiento de la falsedad, cercenamiento o alteración, la pena será de pesos argentinos mil a pesos argentinos quince mil.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 285. - Para los efectos de los artículos anteriores quedan equiparados a la moneda nacional, la moneda extranjera, los títulos de la deuda nacional, provincial o municipal y sus cupones, los bonos o libranzas de los tesoros nacional, provinciales y municipales, los billetes de banco, títulos, cédulas, acciones, valores negociables y tarjetas de compra, crédito o débito, legalmente emitidos por entidades nacionales o extranjeras autorizadas para ello, y los cheques de todo tipo, incluidos los de viajero, cualquiera que fuere la sede del banco girado.

(Artículo sustituido por art. 2° de la Ley N° 25.930 B.O. 21/9/2004)

ARTÍCULO 286. - (Artículo derogado por art. 3° de la Ley N° 25.930 B.O. 21/9/2004)

ARTÍCULO 287. - Serán reprimidos con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación absoluta por doble tiempo, el funcionario público y el director o administrador de un banco o de una compañía que fabricare o emitiere o autorizare la fabricación o emisión de moneda, con título o peso inferiores al de la ley, billetes de banco o cualesquiera títulos, cédulas o acciones al portador, en cantidad superior a la autorizada.

Capítulo II

Falsificación de sellos, timbres y marcas

ARTÍCULO 288. - Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años:

1º. El que falsificare sellos oficiales;

2º. El que falsificare papel sellado, sellos de correos o telégrafos o cualquiera otra clase de efectos timbrados cuya emisión esté reservada a la autoridad o tenga por objeto el cobro de impuestos.- En estos casos, así como en los de los artículos siguientes, se considerará falsificación la impresión fraudulenta del sello verdadero.

ARTÍCULO 289. - Será reprimido con prisión de seis meses a tres años:

1. El que falsificare marcas, contraseñas o firmas oficialmente usadas o legalmente requeridas para contrastar pesas o medidas, identificar cualquier objeto o certificar su calidad, cantidad o contenido, y el que las aplicare a objetos distintos de aquellos a que debían ser aplicados.

2. El que falsificare billetes de empresas públicas de transporte.

3. El que falsificare, alterare o suprimiere la numeración de un objeto registrada de acuerdo con la ley.

(Artículo sustituido por art. 1º de la Ley N° 24.721 B.O. 18/11/1996)

ARTÍCULO 290. - Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que hiciere desaparecer de cualquiera de los sellos, timbres, marcas o contraseñas, a que se refieren los artículos anteriores, el signo que indique haber ya servido o sido inutilizado para el objeto de su expedición.-

El que a sabiendas usare, hiciere usar o pusiere en venta estos sellos, timbres, etc., inutilizados, será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1º de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 291. - Cuando el culpable de alguno de los delitos comprendidos en los artículos anteriores, fuere funcionario público y cometiere el hecho abusando de su cargo, sufrirá, además, inhabilitación absoluta por doble tiempo del de la condena.-

Capítulo III

Falsificación de documentos en general

ARTÍCULO 292.- El que hiciere en todo o en parte un documento falso o adultere uno verdadero, de modo que pueda resultar perjuicio, será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años, si se tratase de un instrumento público y con prisión de seis meses a dos años, si se tratase de un instrumento privado.

Si el documento falsificado o adulterado fuere de los destinados a acreditar la identidad de las personas o la titularidad del dominio o habilitación para circular de vehículos automotores, la pena será de tres a ocho años.

Para los efectos del párrafo anterior están equiparados a los documentos destinados a acreditar la identidad de las personas, aquellos que a tal fin se dieren a los integrantes de las fuerzas armadas, de seguridad, policiales o penitenciarias, las cédulas de identidad expedidas por autoridad pública competente, las libretas cívicas o de enrolamiento, y los pasaportes, así como también los certificados de parto y de nacimiento.

(Artículo sustituido por art. 9° de la Ley N° 24.410 B.O. 2/1/1995)

ARTÍCULO 293.- Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años, el que insertare o hiciere insertar en un instrumento público declaraciones falsas, concernientes a un hecho que el documento deba probar, de modo que pueda resultar perjuicio.

Si se tratase de los documentos o certificados mencionados en el último párrafo del artículo anterior, la pena será de 3 a 8 años. (Párrafo sustituido por art. 10° de la Ley N° 24.410 B.O. 2/1/1995)

ARTÍCULO 293 bis.- Se impondrá prisión de UNO (1) a TRES (3) años al funcionario público que, por imprudencia o negligencia, intervenga en la expedición de guías de tránsito de ganado o en el visado o legalización de certificados de adquisición u otros documentos que acrediten la propiedad del semoviente, omitiendo adoptar las medidas necesarias para cerciorarse de su procedencia legítima.

(Artículo incorporado por art. 8° de la Ley N° 25.890 B.O. 21/5/2004)

ARTÍCULO 294. - El que suprimiere o destruyere, en todo o en parte, un documento de modo que pueda resultar perjuicio, incurrirá en las penas señaladas en los artículos anteriores, en los casos respectivos.

ARTÍCULO 295. - Sufrirá prisión de un mes a un año, el médico que diere por escrito un certificado falso, concerniente a la existencia o inexistencia, presente o pasada, de alguna enfermedad o lesión cuando de ello resulte perjuicio.

La pena será de uno a cuatro años, si el falso certificado debiera tener por consecuencia que una persona sana fuera detenida en un manicomio, lazareto u otro hospital.

ARTÍCULO 296. - El que hiciere uso de un documento o certificado falso o adulterado, será reprimido como si fuere autor de la falsedad.

ARTÍCULO 297.- Para los efectos de este Capítulo, quedan equiparados a los instrumentos públicos los testamentos ológrafos o cerrados, los certificados de parto o de nacimiento, las letras de cambio y los títulos de crédito transmisibles por endoso o al portador, no comprendidos en el artículo 285.

(Artículo sustituido por art. 11 de la Ley N° 24.410 B.O. 2/1/1995)

ARTÍCULO 298. - Cuando alguno de los delitos previstos en este Capítulo, fuere ejecutado por un funcionario público con abuso de sus funciones, el culpable sufrirá, además, inhabilitación absoluta por doble tiempo del de la condena.

ARTÍCULO 298 bis. - Quienes emitan o acepten facturas de crédito que no correspondan a compraventa, locación de cosas muebles, locación de servicios o locación de obra realmente contratadas, serán sancionados con la pena prevista en el artículo 293 de este Código. Igual pena les corresponderá a quienes injustificadamente rechacen o eludan la aceptación de factura de crédito, cuando el servicio ya hubiese sido prestado en forma debida, o reteniendo la mercadería que se le hubiere entregado.

(Artículo sustituido por art. 3° de la Ley N° 24.760 B.O.13/1/1997)

Capítulo IV

Disposiciones comunes a los Capítulos precedentes

ARTÍCULO 299. - Sufrirá prisión de un mes a un año, el que fabricare, introdujere en el país o conservare en su poder, materias o instrumentos conocidamente destinados a cometer alguna de las falsificaciones legisladas en este Título.-

Capítulo V

De los fraudes al comercio y a la industria

ARTÍCULO 300. - Serán reprimidos con prisión de seis (6) meses a dos (2) años:

1º. El que hiciere alzar o bajar el precio de las mercaderías por medio de noticias falsas, negociaciones fingidas o por reunión o coalición entre los principales tenedores de una mercancía o género, con el fin de no venderla o de no venderla sino a un precio determinado.

2º. El fundador, director, administrador, liquidador o síndico de una sociedad anónima o cooperativa o de otra persona colectiva, que a sabiendas publicare, certificare o autorizare un inventario, un balance, una cuenta de ganancias y pérdidas o los correspondientes informes, actas o memorias, falsos o incompletos o informare a la asamblea o reunión de socios, con falsedad, sobre hechos importantes para apreciar la situación económica de la empresa, cualquiera que hubiere sido el propósito perseguido al verificarlo.

(Artículo sustituido por art. 2º de la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011)

ARTÍCULO 300 bis - Cuando los hechos delictivos previstos en el inciso 2) del artículo 300 hubieren sido realizados con el fin de ocultar la comisión de los delitos previstos en los artículos 258 y 258 bis, se impondrá pena de prisión de un (1) a cuatro (4) años y multa de dos (2) a cinco (5) veces el valor falseado en los documentos y actos a los que se refiere el inciso mencionado.

(Artículo incorporado por art. 37 de la Ley N° 27.401 B.O. 1/12/2017. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina)

ARTÍCULO 301. - Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el director, gerente, administrador o liquidador de una sociedad anónima, o cooperativa o de otra persona colectiva que a sabiendas prestare su concurso o consentimiento a actos contrarios a la ley o a los estatutos, de los cuales pueda derivar algún perjuicio. Si el acto importare emisión de acciones o de cuotas de capital, el máximo de la pena se elevará a tres años de prisión, siempre que el hecho no importare un delito más gravemente penado.

ARTÍCULO 301 bis.- Será reprimido con prisión de tres (3) a seis (6) años el que explotare, administrare, operare o de cualquier manera organizare, por sí o a través de terceros, cualquier modalidad o sistema de captación de juegos de azar sin contar con la autorización pertinente emanada de la autoridad jurisdiccional competente.

(Artículo incorporado por art. 10 de la Ley N° 27.346 B.O. 27/12/2016. Vigencia: a partir de su publicación en el Boletín Oficial).

Capítulo VI

Del pago con cheques sin provisión de fondos

ARTÍCULO 302. - Será reprimido con prisión de seis meses a cuatro años e inhabilitación especial de uno a cinco años, siempre que no concurran las circunstancias del artículo 172:

1º. El que dé en pago o entregue por cualquier concepto a un tercero un cheque sin tener provisión de fondos o autorización expresa para girar en descubierto, y no lo abonare en moneda nacional dentro de

las veinticuatro horas de habersele comunicado la falta de pago mediante aviso bancario, comunicación del tenedor o cualquier otra forma documentada de interpelación;

2º. El que dé en pago o entregue, por cualquier concepto a un tercero un cheque, a sabiendas de que al tiempo de su presentación no podrá legalmente ser pagado;

3º. El que librare un cheque y diera contraorden para el pago, fuera de los casos en que la ley autoriza a hacerlo, o frustrare maliciosamente su pago;

4º. El que librare un cheque en formulario ajeno sin autorización.

TÍTULO XIII. DELITOS CONTRA EL ORDEN ECONOMICO Y FINANCIERO

(Título incorporado por art. 4º de la Ley Nº 26.683 B.O. 21/06/2011)

ARTÍCULO 303. - ...

1) Será reprimido con prisión de tres (3) a diez (10) años y multa de dos (2) a diez (10) veces del monto de la operación, el que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare, disimulare o de cualquier otro modo pusiere en circulación en el mercado, bienes provenientes de un ilícito penal, con la consecuencia posible de que el origen de los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito, y siempre que su valor supere la suma de pesos trescientos mil (\$ 300.000), sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí.

2) La pena prevista en el inciso 1 será aumentada en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo, en los siguientes casos:

a) Cuando el autor realizare el hecho con habitualidad o como miembro de una asociación o banda formada para la comisión continuada de hechos de esta naturaleza;

b) Cuando el autor fuera funcionario público que hubiera cometido el hecho en ejercicio u ocasión de sus funciones. En este caso, sufrirá además pena de inhabilitación especial de tres (3) a diez (10) años. La misma pena sufrirá el que hubiere actuado en ejercicio de una profesión u oficio que requirieran habilitación especial.

3) El que recibiere dinero u otros bienes provenientes de un ilícito penal, con el fin de hacerlos aplicar en una operación de las previstas en el inciso 1, que les dé la apariencia posible de un origen lícito, será reprimido con la pena de prisión de seis (6) meses a tres (3) años.

4) Si el valor de los bienes no superare la suma indicada en el inciso 1, el autor será reprimido con la pena de prisión de seis (6) meses a tres (3) años.

5) Las disposiciones de este artículo regirán aún cuando el ilícito penal precedente hubiera sido cometido fuera del ámbito de aplicación espacial de este Código, en tanto el hecho que lo tipificara también hubiera estado sancionado con pena en el lugar de su comisión.

(Artículo incorporado por art. 5º de la Ley Nº 26.683 B.O. 21/06/2011)

ARTÍCULO 304. - Cuando los hechos delictivos previstos en el artículo precedente hubieren sido realizados en nombre, o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal, se impondrán a la entidad las siguientes sanciones conjunta o alternativamente:

1. Multa de dos (2) a diez (10) veces el valor de los bienes objeto del delito.
2. Suspensión total o parcial de actividades, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años.
3. Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años.
4. Cancelación de la personería cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad.
5. Pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere.
6. Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica.

Para graduar estas sanciones, los jueces tendrán en cuenta el incumplimiento de reglas y procedimientos internos, la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes, la extensión del daño causado, el monto de dinero involucrado en la comisión del delito, el tamaño, la naturaleza y la capacidad económica de la persona jurídica.

Cuando fuere indispensable mantener la continuidad operativa de la entidad, o de una obra, o de un servicio en particular, no serán aplicables las sanciones previstas por el inciso 2 y el inciso 4.

(Artículo incorporado por art. 5º de la Ley Nº 26.683 B.O. 21/06/2011)

ARTÍCULO 305. - El juez podrá adoptar desde el inicio de las actuaciones judiciales las medidas cautelares suficientes para asegurar la custodia, administración, conservación, ejecución y disposición del o de los bienes que sean instrumentos, producto, provecho o efectos relacionados con los delitos previstos en los artículos precedentes.

En operaciones de lavado de activos, serán decomisados de modo definitivo, sin necesidad de condena penal, cuando se hubiere podido comprobar la ilicitud de su origen, o del hecho material al que estuvieren vinculados, y el imputado no pudiese ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga, prescripción o

cualquier otro motivo de suspensión o extinción de la acción penal, o cuando el imputado hubiere reconocido la procedencia o uso ilícito de los bienes.

Los activos que fueren decomisados serán destinados a reparar el daño causado a la sociedad, a las víctimas en particular o al Estado. Sólo para cumplir con esas finalidades podrá darse a los bienes un destino específico.

Todo reclamo o litigio sobre el origen, naturaleza o propiedad de los bienes se realizará a través de una acción administrativa o civil de restitución. Cuando el bien hubiere sido subastado sólo se podrá reclamar su valor monetario.

(Artículo incorporado por art. 5º de la Ley Nº 26.683 B.O. 21/06/2011)

ARTÍCULO 306.-

1. Será reprimido con prisión de cinco (5) a quince (15) años y multa de dos (2) a diez (10) veces del monto de la operación, el que directa o indirectamente recolectare o proveyere bienes o dinero, con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte:

a) Para financiar la comisión de un delito con la finalidad establecida en el artículo 41 quinquies;

b) Por una organización que cometa o intente cometer delitos con la finalidad establecida en el artículo 41 quinquies;

c) Por un individuo que cometa, intente cometer o participe de cualquier modo en la comisión de delitos con la finalidad establecida en el artículo 41 quinquies.

2. Las penas establecidas se aplicarán independientemente del acaecimiento del delito al que se destinara el financiamiento y, si éste se cometiere, aún si los bienes o el dinero no fueran utilizados para su comisión.

3. Si la escala penal prevista para el delito que se financia o pretende financiar fuera menor que la establecida en este artículo, se aplicará al caso la escala penal del delito que se trate.

4. Las disposiciones de este artículo regirán aún cuando el ilícito penal que se pretende financiar tuviere lugar fuera del ámbito de aplicación espacial de este Código, o cuando en el caso del inciso b) y c) la organización o el individuo se encontraren fuera del territorio nacional, en tanto el hecho también hubiera estado sancionado con pena en la jurisdicción competente para su juzgamiento.

(Artículo incorporado por art. 5º de la Ley Nº 26.734 B.O. 28/12/2011)

ARTÍCULO 307.- Será reprimido con prisión de uno (1) a cuatro (4) años, multa equivalente al monto de la operación, e inhabilitación especial de hasta cinco (5) años, el director, miembro de órgano de fiscalización, accionista, representante de accionista y todo el que por su trabajo, profesión o función dentro de una sociedad emisora, por sí o por persona interpuesta, suministrare o utilizare información

privilegiada a la que hubiera tenido acceso en ocasión de su actividad, para la negociación, cotización, compra, venta o liquidación de valores negociables.

(Artículo incorporado por art. 3° de la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011) (Artículo 306 renumerado como artículo 307 por art. 1° del Decreto N° 169/2012 B.O. 06/02/2012)

ARTÍCULO 308.- El mínimo de la pena prevista en el artículo anterior se elevará a dos (2) años de prisión y el máximo a seis (6) años de prisión, cuando:

- a) Los autores del delito utilizaren o suministraren información privilegiada de manera habitual;
- b) El uso o suministro de información privilegiada diera lugar a la obtención de un beneficio o evitara un perjuicio económico, para sí o para terceros.

El máximo de la pena prevista se elevará a ocho (8) años de prisión cuando:

- c) El uso o suministro de información privilegiada causare un grave perjuicio en el mercado de valores;
- d) El delito fuere cometido por un director, miembro del órgano de fiscalización, funcionario o empleado de una entidad autorregulada o de sociedades calificadoras de riesgo, o ejerciera profesión de las que requieren habilitación o matrícula, o un funcionario público. En estos casos, se impondrá además pena de inhabilitación especial de hasta ocho (8) años.

(Artículo incorporado por art. 4° de la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011) (Artículo 307 renumerado como artículo 308 por art. 2° del Decreto N° 169/2012 B.O. 06/02/2012)

ARTÍCULO 309.-

1. Será reprimido con prisión de uno (1) a cuatro (4) años, multa equivalente al monto de la operación e inhabilitación de hasta cinco (5) años, el que:

- a) Realizare transacciones u operaciones que hicieren subir, mantener o bajar el precio de valores negociables u otros instrumentos financieros, valiéndose de noticias falsas, negociaciones fingidas, reunión o coalición entre los principales tenedores de la especie, con el fin de producir la apariencia de mayor liquidez o de negociarla a un determinado precio;
- b) Ofreciere valores negociables o instrumentos financieros, disimulando u ocultando hechos o circunstancias verdaderas o afirmando o haciendo entrever hechos o circunstancias falsas.

2. Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años, cuando el representante, administrador o fiscalizador de una sociedad comercial de las que tienen obligación de establecer órganos de fiscalización privada, informare a los socios o accionistas ocultando o falseando hechos importantes para apreciar la

situación económica de la empresa o que en los balances, memorias u otros documentos de contabilidad, consignare datos falsos o incompletos.

(Artículo incorporado por art. 5° de la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011) (Artículo 308 renumerado como artículo 309 por art. 3° del Decreto N° 169/2012 B.O. 06/02/2012)

ARTÍCULO 310.- Será reprimido con prisión de uno (1) a cuatro (4) años, multa de dos (2) a ocho (8) veces el valor de las operaciones realizadas e inhabilitación especial hasta seis (6) años, el que por cuenta propia o ajena, directa o indirectamente, realizare actividades de intermediación financiera, bajo cualquiera de sus modalidades, sin contar con autorización emitida por la autoridad de supervisión competente.

En igual pena incurrirá quien capture ahorros del público en el mercado de valores o prestare servicios de intermediación para la adquisición de valores negociables, cuando no contare con la correspondiente autorización emitida por la autoridad competente.

El monto mínimo de la pena se elevará a dos (2) años cuando se hubieran utilizado publicaciones periodísticas, transmisiones radiales o de televisión, internet, proyecciones cinematográficas, colocación de afiches, letreros o carteles, programas, circulares y comunicaciones impresas o cualquier otro procedimiento de difusión masiva.

(Artículo incorporado por art. 6° de la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011) (Artículo 309 renumerado como artículo 310 por art. 4° del Decreto N° 169/2012 B.O. 06/02/2012)

ARTÍCULO 311.- Serán reprimidos con prisión de uno (1) a cuatro (4) años, multa de dos (2) a seis (6) veces el valor de las operaciones e inhabilitación de hasta seis (6) años, los empleados y funcionarios de instituciones financieras y de aquellas que operen en el mercado de valores que insertando datos falsos o mencionando hechos inexistentes, documentaren contablemente una operación crediticia activa o pasiva o de negociación de valores negociables, con la intención de obtener un beneficio o causar un perjuicio, para sí o para terceros.

En la misma pena incurrirá quién omitiere asentar o dejar debida constancia de alguna de las operaciones a las que alude el párrafo anterior.

(Artículo incorporado por art. 7° de la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011) (Artículo 310 renumerado como artículo 311 por art. 5° del Decreto N° 169/2012 B.O. 06/02/2012)

ARTÍCULO 312.- Serán reprimidos con prisión de uno (1) a seis (6) años e inhabilitación de hasta seis (6) años, los empleados y funcionarios de instituciones financieras y de aquellas que operen en el mercado de valores que directa o indirectamente, y con independencia de los cargos e intereses fijados por la institución, reciban indebidamente dinero o algún otro beneficio económico, como condición para celebrar operaciones crediticias, financieras o bursátiles.

(Artículo incorporado por art. 8° de la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011) (Artículo 311 renumerado como artículo 312 por art. 5° del Decreto N° 169/2012 B.O. 06/02/2012)

ARTÍCULO 313.- Cuando los hechos delictivos previstos en los artículos precedentes hubieren sido realizados en nombre, o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal, se aplicarán las disposiciones previstas en el artículo 304 del Código Penal.

Cuando se trate de personas jurídicas que hagan oferta pública de valores negociables, las sanciones deberán ser aplicadas cuidando de no perjudicar a los accionistas o titulares de los títulos respectivos a quienes no quepa atribuir responsabilidad en el hecho delictivo. A ese fin deberá escucharse al órgano de fiscalización de la sociedad.

Cuando la persona jurídica se encuentre concursada las sanciones no podrán aplicarse en detrimento de los derechos y privilegios de los acreedores por causa o título anterior al hecho delictivo. A ese fin deberá escucharse al síndico del concurso.

(Artículo incorporado por art. 9° de la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011) (Artículo 312 reenumerado como artículo 313 por art. 5° del Decreto N° 169/2012 B.O. 06/02/2012)

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

ARTÍCULO 314. - El presente código regirá como ley de la Nación seis meses después de su promulgación. (Artículo 306 reenumerado como Artículo 314 por art. 10 de la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011). (Artículo 303 reenumerado como Artículo 306 por art. 5° de la Ley N° 26.683 B.O. 21/06/2011)

ARTÍCULO 315. - El Poder Ejecutivo dispondrá la edición oficial del código conjuntamente con la exposición de motivos que lo acompaña. Los gastos que origine la publicación se imputarán a esta ley. (Artículo 306 reenumerado como Artículo 314 por art. 10 de la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011). (Artículo 304 reenumerado como Artículo 307 por art. 5° de la Ley N° 26.683 B.O. 21/06/2011)

ARTÍCULO 316. - Quedan derogadas las leyes números 49, 1920, 3335, 3900, 3972, 4189, 7029, 9077 y 9143, lo mismo que las demás en cuanto se opusieran a este código. Las penas de presidio y penitenciaría que establecen las leyes especiales no derogadas por este código, quedan reemplazadas por la de reclusión y las de prisión y arresto por la de prisión. (Artículo 306 reenumerado como Artículo 314 por art. 10 de la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011). (Artículo 305 reenumerado como Artículo 308 por art. 5° de la Ley N° 26.683 B.O. 21/06/2011)

Antecedentes Normativos

- Artículo 313, Nota Infoleg: debido a las modificaciones y reenumeraciones dispuestas por la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011 y la Ley N° 26.734 B.O. 28/12/2011, se ha omitido la redacción del presente artículo;

- Artículo 309, Nota Infoleg: debido a las modificaciones y reenumeraciones dispuestas por la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011 y la Ley N° 26.734 B.O. 28/12/2011, ha quedado duplicado el número del presente artículo;

- Artículo 308 reenumerado como Artículo 309 por art. 4° de la Ley N° 26.734 B.O. 28/12/2011;
- Artículo 307 reenumerado como Artículo 308 por art. 4° de la Ley N° 26.734 B.O. 28/12/2011;
- Artículo 306 reenumerado como Artículo 307 por art. 4° de la Ley N° 26.734 B.O. 28/12/2011;
- Artículo 63, segundo párrafo incorporado por art. 1° de la Ley N° 26.705 B.O. 5/10/2011;

- Artículo 77, quinto párrafo, incorporado por art. 1° del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008.
Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación;
- Artículo 252, segundo párrafo incorporado por art. 17 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008.
Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación;
- Artículo 77, párrafo décimo tercero, incorporado por art. 1° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008;
- Artículo 77, párrafo décimo segundo, incorporado por art. 1° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008;
- Artículo 77, párrafo décimo primero, incorporado por art. 1° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008;
- Artículo 128 sustituido por art. 2° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008;
- Artículo 41 ter sustituido por art. 12 de la Ley N° 26.364, B.O. 30/4/2008;
- Artículo 145 ter incorporado por art. 11 de la Ley N° 26.364, B.O. 30/4/2008;
- Artículo 145 bis incorporado por art. 10 de la Ley N° 26.364, B.O. 30/4/2008;
- Artículo 193 bis incorporado por art. 2° de la Ley N° 26.362, B.O. 16/4/2008;
- Artículo 213 quáter incorporado por art. 3° de la Ley N° 26.268 B.O. 5/7/2007;
- Artículo 213 ter incorporado por art. 2° de la Ley N° 26.268 B.O. 5/7/2007;
- Artículo 278, inciso 5) incorporado por Art. 5º de la Ley N° 26.087, B.O. 24/04/2006;
- Artículo 67, cuarto párrafo sustituido por art. 1° de la Ley N° 25.990 B.O. 11/1/2005;
- Artículo 67, quinto párrafo sustituido por art. 1° de la Ley N° 25.990 B.O. 11/1/2005;

- Artículo 14 sustituido por art. 2° de la Ley N° 25.892 B.O.26/5/2004;
- Artículo 77, párrafo décimo, incorporado por art. 1° de la Ley N° 25.890 B.O.21/5/2004;
- Artículo 279, inciso 3) sustituido por art. 3° de la Ley N° 25.815 B.O. 1/12/2003;
- Artículo 258 bis sustituido por art. 1° de la Ley N° 25.825 B.O. 11/12/2003;
- Artículo 41 ter, incorporado por art. 2° de la Ley N° 25.742 B.O. 20/6/2003;
- Artículo 24, último párrafo incorporado por art. 1° de la Ley N° 25. 742 B.O. 20/6/2003;
- Artículo 206, párrafos incorporados por art. 1° de la Ley N° 25.528 B.O. 9/1/2002;
- Artículo 78 bis, incorporado por art. 51 de la Ley N° 25.506 B.O. 14/12/2001;
- Artículo 157 bis, incorporado por art. 32 de la Ley N° 25.326 B.O. 2/11/2000;
- Artículo 279 sustituido por art. 4º de la Ley N° 25.246 B.O.10/5/2000. Vetada parcialmente por Decreto N° 370/2000 B.O.10/5/2000;
- Artículo 279, inciso 2), Frase "No será punible el encubrimiento de un delito de esa índole, cuando se cometiere por imprudencia, en el sentido del artículo 278, inciso 2;" vetada por Decreto N° 370/2000 B.O. 10/5/2000;
- Artículo 278 sustituido por art. 3° de la Ley N° 25.246 B.O. 10/5/2000.
- Artículo 278, Nota Infoleg: inciso 2) vetado por Decreto N°370/2000 B.O. 10/5/2000: "2) El que por temeridad o imprudencia grave cometiere alguno de los hechos descriptos en el inciso anterior, primera oración, será reprimido con multa del veinte por ciento (20%) al ciento cincuenta por ciento (150%) del valor de los bienes objeto del delito";
- Artículo 277, sustituido por art. 2° de la Ley N° 25.246 B.O. 10/5/2000;
- Libro II, Título XI, Capítulo XIII, Denominación, sustituida por art. 1° de la Ley N° 25.246 B.O. 10/5/2000;
- Artículo 67, sustituido por art. 29 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a partir de los ocho días desde su publicación;
- Artículo 265 sustituido por art. 35 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a los ocho días desde su publicación;
- Artículo 84 sustituido por art. 1° de la Ley N° 25.189 28/10/1999;

- Artículo 94 sustituido por art. 2° de la Ley N° 25.189 28/10/1999;
- Artículo 203 sustituido por art. 5° de la Ley N° 25.189 28/10/1999;
- Artículo 72 sustituido por art. 14 de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999;
- Artículo 119 sustituido por art. 2° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999;
- Artículo 131 derogado por art. 12 de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999;
- Artículo 127 sustituido por art. 8° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999;
- Artículo 126 sustituido por art. 7° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999;
- Artículo 125 bis incorporado por art. 6° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999;
- Artículo 132 sustituido por art. 15 de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999;
- Artículo 128, sustituido por art. 9° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999;
- Artículo 127 ter, incorporado por art. 17 de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999;
- Artículo 127 bis, sustituido por art. 16 de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999;
- Artículo 23, sustituido por art. 26 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999;
- Artículo 258 bis, incorporado por art. 36 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999;
- Artículo 266 sustituido por art. 37 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a los ocho días desde su publicación;
- Artículo 189 bis, sustituido por art. 2° de la Ley N° 25.086 B.O. 14/5/1999. Frase "o de uso civil condicionado" vetada por Decreto N° 496/1999;
- Artículo 189 ter, incorporado por art. 3° de la Ley N° 25.086 B.O. 14/5/1999;
- Artículo 73 sustituido por art. 1° de la Ley N° 24.453 B.O. 7/3/1995;
- Artículo 94, multa actualizada por la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993;
- Artículo 204 ter, Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993;

- Artículo 204 bis, Nota Infoleg, multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993;
- Artículo 203, Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993;
- Artículo 155, Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N°24.286 B.O. 29/12/1993;
- Artículo 255, Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993;
- Artículo 286, multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993;
- Artículo 252, Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993;
- Artículo 72, inc. 3) incorporado por art. 4° de la Ley N° 24.270 B.O. 26/11/1993;
- Artículo 298 bis, sustituido por art.9° de la Ley N° 24.064 B.O.17/1/1992;
- Artículo 301 bis derogado por art. 10 de la Ley N° 24.064 B.O. 17/1/1992;
- Artículo 204 sustituido por art. 1° de la Ley N° 23.737, B.O. 11/10/1989;
- Artículo 204 bis incorporado por Ley N° 23.737 B.O.11/10/1989;
- Artículo 204 ter incorporado por Ley N°23.737 B.O.11/10/1989;
- Artículo 204 quater incorporado por Ley N° 23.737 B.O.11/10/1989;
- Artículo 77, párrafo noveno, sustituido por art. 40 de la Ley N° 23.737 B.O.11/10/1989;
- Artículo 163, inciso 1, sustituido por Ley N° 23.588 B.O.24/8/1988;
- Actualización montos de las multas: Ley N° 23.479 B.O.26/1/1987, Ley N° 23.974 B.O.17/9/1991 y la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993;
- Artículo 72 sustituido por art. 1° de la Ley N° 23.487 B.O. 26/1/1987;
- Rúbrica del Capítulo III, Título III del Libro Segundo, sustituida por art. 2° de la Ley N°23.487 B.O. 26/1/1987;
- Artículo 277, sustituido por art. 1° de la Ley N° 23.468 26/1/1987;
- Artículo 204, monto actualizado por art. 1° de la Ley N° 23.479, 16/1/1987;
- Artículo 279, sustituido por art. 1° de la Ley N° 23.468 26/1/1987.

CODIGO PROCESAL PENAL DE LA PROVINCIA DE MENDOZA

LIBRO PRIMERO. DISPOSICIONES GENERALES

TÍTULO I. PRINCIPIOS Y GARANTÍAS PROCESALES

Artículo 1º - Principio de legalidad y duración de proceso.

Nadie podrá ser penado sin juicio previo conforme a las disposiciones de este código ni juzgado por otros jueces que los designados de acuerdo con la Constitución y competentes, ni considerado culpable mientras una sentencia firme no lo declare tal, ni encausado más de una vez por un mismo hecho.

(Concs. Art. 1º CPP Cba.; Art. 1º CPP Costa Rica; Art. 1º CPP Mza.)

***Art. 2º - Regla de Interpretación restrictiva y principio de la duda.**

Deberán interpretarse restrictivamente las disposiciones legales que coarten la libertad personal o limiten el ejercicio de un poder o derecho conferido a los sujetos del proceso. En esta materia, se prohíben la interpretación extensiva y la analogía mientras no favorezcan la libertad del imputado ni el ejercicio de una facultad conferida a quienes intervienen en el procedimiento. Siempre que se resuelva sobre la libertad del imputado, o se dicte sentencia, los magistrados deberán estar, en caso de duda, a lo más favorable para aquel. (Concs. Art. 3º CPP Cba.; Art. 2º CPP Costa Rica; Art. 3º CPP Mza.; Art. 4º CPP Mza.)

*La regla enunciada será de particular aplicación durante la transición, en que por razones de competencia, los tribunales aplicarán las disposiciones de las Leyes 6730 y 1908, con sus respectivas modificaciones, debiéndose entender además, que se aplicará la disposición procesal que sea más beneficiosa al imputado de cualquiera de las Leyes indicadas.

(ULTIMO PARRAFO AGREGADO POR LEY 7231, ART. 5)

Art. 3º - Juez natural

Nadie podrá ser juzgado por jueces designados especialmente para el caso.

La potestad de aplicar la ley penal corresponderá sólo a los tribunales, instituidos conforme a la Constitución y la Ley.

(Concs. Art. 1º CPP Cba.; Art. 3 CPP Costa Rica; Art. 1º CPP Mza)

Art. 4º - Ámbito Temporal.

Este código será aplicado desde que sea puesto en vigencia, aún en los procesos por delitos anteriores, salvo disposición en contrario.

(Concs. Art. 2º CPP Cba.)

Art. 5º - Solución del conflicto

Los tribunales deberán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho, de conformidad con los principios contenidos en las leyes, en procura de contribuir a restaurar la armonía social entre sus protagonistas.

(Conc. Art. 7º CPP Costa Rica; Art. 10 CPP Mza -parcial-)

Art. 6º - Medidas cautelares

Las medidas cautelares sólo podrán ser establecidas por ley. Tendrán carácter excepcional y su aplicación, en relación con el imputado, debe ser proporcional a la pena o medida de seguridad que pudiera llegar a imponerse.

(Conc. Art. 10 CPP Costa Rica)

Art. 7º - Garantía para el imputado-Defensa Técnica.

Toda autoridad que intervenga en los actos iniciales de la investigación deberá velar porque el imputado conozca inmediatamente los derechos que para su defensa consagran las leyes, la Constitución de la Provincia de Mendoza y de la Nación Argentina.

Desde el primer momento de la persecución penal y hasta el fin de la ejecución de la sentencia, el imputado tendrá derecho a la asistencia y defensa técnica letrada.

Para tales efectos, podrá elegir a un defensor de su confianza, pero, de no hacerlo, se le asignará el Defensor de Pobres y Ausentes.

Se entenderá por primer acto del procedimiento cualquier actuación, judicial o policial, que señale a una persona como posible partícipe o autor de un hecho punible.

(Conc. Art. 12 -parcial- y Art. 13 CPP Costa Rica)

TÍTULO II. ACCIONES PROCESALES

CAPÍTULO 1. ACCIÓN PENAL

SECCIÓN PRIMERA. REGLAS GENERALES. EJERCICIO

***Art. 8º - Acción Penal**

La acción penal pública será ejercida por el Ministerio Público, el que deberá iniciarla de oficio siempre que no dependa de instancia privada. Su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, salvo los supuestos previstos en este Código u otra ley.

Será en general indelegable, salvo en los funcionarios y casos previstos específicamente, para seleccionar y distribuir las causas, realizar actos procesales particulares, o tramitar una causa determinada, en la forma y condiciones previstas por la ley y las directivas generales del Procurador.

(Concs. parciales Art. 5º CPP Cba.; Art. 16 CPP C.Rica; Art. 6º CPP Mza. -parcial-)

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 1)

Art. 9º - Acción dependiente de instancia privada.

Cuando la acción penal dependa de instancia privada, sólo podrá iniciarse si el ofendido por el delito o, en orden excluyente, sus representantes legales, tutor o guardador, formularen denuncia ante autoridad competente para recibirla. Será considerado guardador quien tuviera a su cargo, por cualquier motivo, el cuidado del menor.

La instancia privada se extiende de derecho a todos los partícipes del delito.

(Concs. Art. 6º CPP - Cba.; Art. 7º CPP - Mza.)

Art. 10 - Querellante particular.

- El ofendido penalmente por un delito de acción pública,
- sus herederos forzosos,
- representantes legales o
- mandatarios,

podrán intervenir en el proceso como querellante particular en la forma especial que este Código establece, y sin perjuicio de ejercer conjuntamente la acción civil resarcitoria.

Si el querellante particular se constituyera, a la vez, en actor civil, podrán formular ambas instancias en un solo escrito, con observancia de los requisitos previstos para cada acto.

El mismo derecho tendrá cualquier persona
contra funcionarios públicos,

que en el ejercicio de su función o con ocasión de ella, hayan violado derechos humanos;
cuando se trate de delitos cometidos por funcionarios que han abusado de su cargo
así como contra quienes cometen delitos que lesionan intereses difusos.

En todos los casos el tribunal interviniente podrá ordenar la unificación de personería si la cantidad de sujetos querellantes dificultare la agilidad del proceso.

(Concs. Art. 7° CPP Cba.; Art. 75 segunda parte CPP C. Rica)

Art. 11 - Acción privada.

La acción privada se ejercerá por medio de querella, en la forma especial que este Código establece.

(Conc. Art. 8° CPP Cba.)

Art. 12 - Prejudicialidad civil y penal.

El Tribunal o el Fiscal de Instrucción deberán resolver, con arreglo a las disposiciones legales que las rijan, todas las cuestiones que se susciten en el proceso, salvo las referentes a la validez o nulidad del matrimonio, cuando de su resolución dependa la existencia del delito. En estos casos, el ejercicio de la acción penal se suspenderá, aún de oficio, hasta que en la jurisdicción civil recaiga sentencia firme, la que producirá el efecto de cosa juzgada. Si el ejercicio de la acción penal dependiera de juicio político, desafuero o enjuiciamiento previo, se observarán los límites y condiciones establecidos por la ley.

(Concs. Art. 1°, 9° y 10 CPPCba.; Art. 21 CPP C.Rica; Arts. 11 y 13 CPP - Mza.)

***Art. 13 - Apreciación**

Cuando se deduzca una excepción de prejudicialidad, el Tribunal o el Fiscal de Instrucción, podrán apreciar, no obstante lo dispuesto en el artículo anterior, si la cuestión invocada es seria, fundada y verosímil. En caso de que aparezca opuesta con el exclusivo propósito de dilatar el proceso, ordenará que éste continúe.

Cuando la resolución que ordene o deniegue la suspensión fuere dictada por el Fiscal de Instrucción, podrá ser objeto de oposición. El Juez de Garantías resolverá, sin sustanciación, en el término de tres días. La resolución no será apelable.

(Concs. Art. 11 CPP Cba.)

(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

Art. 14 - Efectos de la suspensión

Resuelta la suspensión del proceso de acuerdo con el Artículo 12, se ordenará la libertad del imputado, previa fijación de domicilio, pudiendo disponerse las restricciones previstas en el artículo 280 y practicarse los actos urgentes de investigación.

(Concs. Art. 12 CPP Cba.)

Art. 15 - Juicio Civil necesario.

El Juicio civil que fuere necesario podrá ser promovido y proseguido por el Fiscal en lo Civil, con citación de todos los interesados.

(Concs. Art. 13 CPP Cba.)

SECCIÓN SEGUNDA OBSTÁCULOS FUNDADOS EN PRIVILEGIOS CONSTITUCIONALES

Art. 16 - Procedimiento contra un legislador.

Cuando se formule requerimiento fiscal o querrela contra un legislador, el Fiscal de Instrucción interviniente, practicará todos los actos de carácter probatorio, conservativo, y podrá tomarle declaración, a su pedido, sin requerir el desafuero. Si existiera mérito para proseguir la causa, solicitará el desafuero a la Cámara Legislativa que corresponda, acompañando una copia de las actuaciones y expresando las razones que lo justifiquen.

Si aquel hubiera sido detenido por sorprenderlo in fraganti en la ejecución de delito que permita situación de libertad (Art. 280), el Fiscal de Instrucción pondrá inmediatamente el hecho en conocimiento de la Cámara Legislativa correspondiente.-

(Concs. Art. 14 CPP Cba., Art. 199 y 200 CPP Mza. -parcial-)"

Art. 17 - Procedimiento contra otros funcionarios.

Cuando se formule requerimiento fiscal o querrela contra un funcionario sujeto a juicio político o enjuiciamiento previo, el Fiscal de Instrucción competente podrá practicar todos los actos de carácter probatorio, conservativo, y podrá tomarle declaración, a su pedido, sin requerir el desafuero. El Fiscal de Instrucción remitirá copia de las actuaciones al Tribunal de Enjuiciamiento.

El funcionario sujeto a investigación podrá ser enjuiciado cuando fuere suspendido o destituido por la Cámara de Senadores o por el Tribunal de Enjuiciamiento. (Concs. Art. 15 CPP Cba.; Art. 201 CPP Mza. - parcial -).

Art. 18 - Varios imputados.

Cuando se proceda contra varios imputados y sólo alguno de ellos goce de privilegio constitucional, el proceso podrá formarse y seguir con respecto a los otros.

(Concs. Art. 15. CPP Cba.; 202 CPP Mza.-parcial-)

SECCIÓN TERCERA. EXCEPCIONES

Art. 19 - Enumeración.

El Ministerio Público y las partes podrán interponer las siguientes excepciones que deberán resolverse como de previo y especial pronunciamiento:

- 1) Falta de jurisdicción o de competencia.
- 2) Falta de acción, porque ésta no se pudo promover, no fue iniciada legalmente, o no pudiere proseguir.
- 3) Extinción de la pretensión penal.

Si concurrieran dos o más excepciones, deberán interponerse conjuntamente.

(Concs. Art. 17 CPP Cba.; Art. 42 CPP Costa Rica).

Art. 20 - Interposición y prueba.

Las excepciones se deducirán por escrito y, si fuere el caso, deberán ofrecerse las pruebas que justifiquen los hechos en que se basen, bajo pena de inadmisibilidad. Si las excepciones se basaren en hechos que deban ser probados, previamente se ordenará la recepción de la prueba por un término que no podrá exceder de quince días, y se citará a las partes a una audiencia para que oral y brevemente hagan su defensa. El acta se labrará en forma sucinta. El trámite de la excepción no podrá durar más de un mes, no computándose el tiempo de diligenciamiento de prueba fuera de la provincia, incidentes, recursos o actos que dependan de la actividad de las partes.

(Conc. Art. 18 CPP Cba.)

***Art. 21 - Trámite y resolución.**

De las excepciones planteadas se correrá vista al Ministerio Público, al querellante particular y a las partes interesadas. El Tribunal resolverá por auto.

Si se dedujera durante la investigación fiscal, efectuado el trámite a que se refiere el artículo anterior, el Fiscal elevará el incidente a resolución del Juez de Instrucción, con opinión fundada, en el término de tres días. Si no hubiera prueba que recibir, elevará inmediatamente las actuaciones.

(Conc. Art. 19 CPP Cba.; Art. 43 CPP C. Rica)

(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

Art. 22 - Tramitación separada.

El incidente se sustanciará y resolverá por separado, sin perjuicio de continuarse la investigación. La resolución será apelable.

(Conc. Art. 20 CPP Cba.)

Art. 23 - Falta de jurisdicción o de competencia.

Si se admitiere la falta de jurisdicción o de competencia, excepción que deberá ser resuelta antes que las demás, se procederá conforme a los artículos 52 y 56. (Conc. Art. 21 CPP Cba.)

Art. 24 - Excepciones perentorias.

Cuando se hiciere lugar a una excepción perentoria, se sobreseerá en el proceso y se ordenará la libertad del imputado que estuviere detenido.

(Conc. Art. 22 CPP Cba.)

Art. 25 - Excepciones dilatorias.

Cuando se hiciere lugar a una excepción dilatoria, se ordenará el archivo del proceso y la libertad del imputado, sin perjuicio de que se declaren las nulidades que correspondan. El proceso continuará tan luego se salve el obstáculo formal al ejercicio de la acción.

(Conc. Art. 23 CPP Cba.)

SECCIÓN CUARTA. CRITERIOS DE OPORTUNIDAD Y ACTUACIÓN ENCUBIERTA

Art. 26 - Principio de oportunidad.

El Ministerio Público deberá ejercer la acción penal en todos los casos en que sea procedente, con arreglo a las disposiciones de la ley.

No obstante, el representante del Ministerio Público podrá solicitar al Tribunal que se suspenda total o parcialmente, la persecución penal, que se limite a alguna o varias infracciones o a alguna de las personas que participaron en el hecho cuando:

- 1)** Se trate de un hecho insignificante, de mínima culpabilidad del autor o del partícipe o exigua contribución de este, salvo que afecte el interés público o lo haya cometido un funcionario público en el ejercicio del cargo o con ocasión de él.
- 2)** Se haya producido la solución del conflicto, lo que se acreditará sumariamente. En caso de delitos originados en conflictos familiares, intervendrán los mediadores, tanto para la solución del mismo, como para el control de ella;
- 3)** En los casos de suspensión del juicio a prueba;
- 4)** En el juicio abreviado;
- 5)** En los supuestos de los párrafos siguientes:

A toda persona que se encuentre imputada, o que estime pueda serlo, si durante la substanciación del proceso, o con anterioridad a su iniciación:

- a) Revelare la identidad de coautores, partícipes o encubridores de los hechos investigados o de otros conexos, proporcionando datos suficientes que permitan el enjuiciamiento de los sindicados o un significativo progreso de la investigación;
- b) Aportare información que permita secuestrar los instrumentos, o los efectos del delito, valores, bienes, dinero o cualquier otro activo de importancia, provenientes del mismo; se dispondrá:
 1. Su libertad, con los recaudos del artículo 280 de este Código, a cuyo efecto deberá considerarse la graduación penal del artículo 44 y pautas de los artículos 40 y 41 del Código Penal Argentino;
 2. En caso de disponerse su prisión preventiva, se lo internará en un establecimiento especial, o se aplicará el artículo 300;
 3. El Tribunal pedirá al Poder Ejecutivo la conmutación o su indulto, conforme a las pautas del apartado uno que antecede.

A los fines de la suspensión o prosecución de la persecución penal se valorará especialmente la información que permita desbaratar una organización delictiva, o evitar el daño, o la reparación del mismo.

Bajo tales supuestos el Tribunal podrá suspender provisionalmente el dictado de su prisión preventiva.

La solicitud de todo lo aquí dispuesto deberá formularse por escrito o verbalmente ante el Tribunal, el que resolverá lo correspondiente, según el trámite establecido para la conclusión del procedimiento preparatorio de la investigación.

(Concs. Art. 22 CPP Costa Rica; Ley Nº 23.737)

6) En los casos en los que corresponda la aplicación del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas y de conformidad con el cumplimiento de las condiciones y requisitos fijados por dicho régimen". (Ley 9237)

Art. 27 - Efectos del Criterio de Oportunidad.

Si el Tribunal admite la solicitud para aplicar un criterio de oportunidad, se produce la suspensión de la persecución penal con respecto al autor o partícipe en cuyo beneficio se dispuso.

Si la decisión se funda en la insignificancia, sus efectos se extienden a todos los que reúnan las mismas condiciones.

El imputado puede oponerse a la suspensión y solicitar que continúe el trámite de la causa.

Si se produjere la reiteración de un ilícito, el Fiscal de Instrucción podrá solicitar al Tribunal que se deje sin efecto la suspensión dispuesta.

(Concs. Art. 23 CPP Costa Rica).

Art. 28 - Plazo para solicitar criterios de oportunidad.

Los criterios de oportunidad podrán solicitarse durante la sustanciación de la causa, y hasta la citación a juicio (artículo 364), con excepción del juicio abreviado final (artículo 418).

(Concs. Art. 24 CPP Costa Rica).

Art. 29 - Actuación encubierta. Investigación bajo reserva.

Actuación encubierta. El Fiscal de Instrucción podrá, por resolución fundada, de manera permanente o durante una investigación, por un delito con pena mayor de tres años, autorizar que una persona, o miembro de la policía, actuando de manera encubierta a los efectos de comprobar la comisión de algún delito o impedir su consumación, o lograr la individualización o detención de los autores, cómplices o encubridores, o para obtener o asegurar los medios de prueba necesarios, se introduzca como integrante de alguna organización delictiva, o actúe con personas que tengan entre sus fines la comisión de delito y participe de la realización de algunos de los hechos previstos en el Código Penal y leyes especiales de este carácter. La designación deberá consignar el nombre verdadero del agente y la falsa identidad con la que actuará en el caso, y será reservada fuera de las actuaciones y con la debida seguridad.

La información que el agente encubierto vaya logrando será puesta de inmediato en conocimiento del Fiscal de Instrucción.

La designación de un agente encubierto deberá mantenerse en estricto secreto. Cuando fuere absolutamente imprescindible aportar como prueba la información personal del agente encubierto, éste declarará como testigo, sin perjuicio de adoptarse, en su caso, las medidas de protección necesarias. El agente encubierto que como consecuencia necesaria del desarrollo de la actuación encomendada, se hubiese visto compelido a incurrir en un delito, siempre que éste no implique poner en peligro cierto la vida o la integridad física de una persona o la imposición de un grave sufrimiento físico o moral a otro; al momento de resolver sobre su situación procesal, el Fiscal de Instrucción deberá analizar si el agente encubierto ha actuado o no conforme al artículo 34 inc. 4) del Código Penal Argentino, en virtud de las instrucciones recibidas al momento de su designación; y decidirá en consecuencia.

Cuando el agente encubierto hubiese resultado imputado en un proceso, hará saber confidencialmente su carácter al magistrado interviniente, quien en forma reservada recabará la pertinente información a la

autoridad que corresponda. Si el caso correspondiere a previsiones del primer párrafo de este artículo, el Fiscal de Instrucción resolverá sin develar la verdadera identidad del imputado.

Ningún agente de las fuerzas de seguridad podrá ser obligado a actuar como agente encubierto. La negativa a hacerlo no será tenida como antecedente desfavorable para ningún efecto.

Cuando peligre la seguridad de la persona que haya actuado como agente encubierto por haberse develado su verdadera identidad, sin perjuicio de las medidas protectivas que para el mismo, y/o su familia, y/o bienes deberán disponerse, tendrá derecho a seguir percibiendo su remuneración bajo las formas que el Fiscal de Instrucción señale tendientes a la protección del agente. Si se tratare de un particular, percibirá una retribución similar a la de un agente público, conforme al criterio anteriormente expuesto. Investigación bajo reserva.

El Fiscal podrá autorizar la reserva de identidad de uno o más investigadores de la Fiscalía, cuando ello sea manifiestamente útil para el desarrollo de la investigación, por un período de tres meses, el que podrá extenderse hasta seis meses.

Concluido el plazo, el Fiscal elaborará una conclusión sobre la investigación, y si se advierte la probable comisión de delito, revelará la identidad de los investigadores de ser necesario y dará inicio a la investigación penal preparatoria conforme la norma del Art. 313 y concordantes. En caso contrario archivará las actuaciones.

El Fiscal será responsable directo de los investigadores.

(Concs. Ley Nº 23737; Art. 335 Anteproyecto CPP de la Provincia. Del Neuquén).

SECCIÓN QUINTA. SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO A PRUEBA

Art. 30 - Procedencia.

El imputado de un delito de acción pública, podrá solicitar la suspensión del procedimiento o juicio a prueba, cuando sea de aplicación el artículo 26 del Código Penal.

Al presentar la solicitud, el imputado deberá ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño, en la medida de lo posible, si la víctima se hubiera constituido como actor civil. Ello no implica confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente. El Magistrado decidirá sobre la razonabilidad del ofrecimiento en resolución fundada. La parte damnificada podrá aceptar o no la reparación ofrecida, y en este último caso, si la realización del procedimiento o juicio se suspendiere, tendrá habilitada la acción civil correspondiente.

Si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable y hubiese consentimiento del fiscal, el tribunal podrá suspender la realización del juicio, o la continuación del procedimiento. El imputado deberá abandonar en favor del Estado los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayera la condena. No procederá la suspensión a prueba cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese sido el autor o participe en cualquier grado, respecto al delito investigado.

La suspensión podrá solicitarse en cualquier estado de la causa y hasta la citación a juicio (Art. 364). La suspensión no impedirá el ejercicio de la acción civil ante los Tribunales respectivos.

Si hubiera prueba importante a producir, o que sea necesario resguardar, el Ministerio Público tomará las medidas pertinentes en previsión de la revocación de la suspensión.

(Conc. Art. 25 CPP Costa Rica; Art. 3 Ley Nº 24316)

Art. 31 - Condiciones por cumplir durante el período de prueba.

El tribunal fijará el plazo de prueba conforme a las disposiciones del Código Penal Argentino, determinando las reglas a que deberá someterse el imputado. Sólo a proposición del mismo, el Tribunal podrá imponer otras reglas de conducta cuando estime que resultan razonables.

(Conc. Art. 26 CPP C. Rica)

Art. 32 - Notificación y vigilancia de las condiciones de prueba.

El Tribunal deberá explicarle personalmente al imputado las condiciones que deberá cumplir durante el período de prueba y las consecuencias de incumplirlas. Dispondrá también las medidas de vigilancia y cumplimiento de las condiciones. (Conc. Art. 27 CPP C. Rica)

CAPÍTULO 2. ACCIÓN CIVIL

Art. 33 - Ejercicio. Titulares. Limitaciones.

La acción civil destinada a obtener la restitución del objeto material del delito y la indemnización por el daño causado, sólo podrá ser ejercida por la víctima, sus herederos en los límites de su cuota hereditaria o por otros damnificados directos contra los partícipes del delito y, en su caso, contra el civilmente responsable.

Sólo podrá ejercerse la acción civil en el proceso penal si se tratare de un delito doloso y en los delitos culposos únicamente si se tratare de homicidio. Estas limitaciones no regirán en los casos de conexión de causas en las que se imputen delitos dolosos y culposos, ni en los casos de conexión de causas en las que se imputen otros delitos culposos además de los enumerados o mediare entre ellos un concurso ideal de delito.

(Concs. Art. 24 CPP Córdoba; Art. 37 CPP Costa Rica)

Art. 34 - Delegación. Defensor de Pobres y Ausentes

La acción civil deberá ser ejercida por un Defensor de Pobres y Ausentes, cuando:

- a) El titular de la acción carezca de recursos y le delegue su ejercicio.
- b) El titular de la acción sea incapaz de hacer valer sus derechos y no tenga quien lo represente, sin perjuicio de la intervención del Ministerio

Pupilar. En ningún caso podrá el mismo Defensor de Pobres y Ausentes ejercer simultáneamente la acción civil y el cargo de Defensor del imputado.

(Concs. Art. 25 CPP Cba.; Art. 39 CPP Costa Rica)

Art. 35 - Carácter accesorio.

En el procedimiento penal, la acción civil resarcitoria sólo podrá ser ejercida mientras esté pendiente la persecución penal.

Sobreseído el imputado o suspendido el procedimiento por alteración grave de sus facultades mentales - acreditada por informe médico forense-, o decretada la rebeldía del imputado, conforme a las previsiones de la ley, el ejercicio de la acción civil se suspenderá hasta que la persecución penal continúe y quedará a salvo el derecho de interponer la demanda ante los tribunales competentes. La sentencia absolutoria no impedirá al tribunal pronunciarse sobre la acción civil resarcitoria válidamente ejercida, cuando proceda.

(Concs. Art. 27 CPP Cba.; Art. 40 CPP Costa Rica -parcial-; Arts. 16 y 17 CPP Mza.).

Art. 36 - Ejercicio alternativo.

La acción civil podrá ejercerse en el proceso penal, conforme a las reglas establecidas por este Código o intentarse ante los tribunales civiles; pero no se podrá tramitar simultáneamente en ambas jurisdicciones.

(Concs. Art. 41 CPP Costa Rica)

TÍTULO III. TRIBUNAL

CAPÍTULO 1. JURISDICCIÓN

Art. 37 - Extensión y Carácter.

La Jurisdicción penal se ejercerá por los tribunales que la Constitución y la Ley instituyen, y se extenderá al conocimiento de los hechos delictuosos cometidos en el territorio de la Provincia, excepto los de jurisdicción federal o militar. La competencia de aquéllos será improrrogable.

(Concs. Art. 28 CPP Cba.; Art. 45 CPP Costa Rica; Art. 18 CPP Mza.)

Art. 38 - Jurisdicciones Especiales.

Si a una persona se le imputare un delito de jurisdicción provincial y otro de jurisdicción federal o militar, el orden de juzgamiento se regirá por la ley nacional. Del mismo modo se procederá en caso de delitos conexos.

(Concs. Art. 29 CPP -Cba.; Art. 19 CPP Mza)

Art. 39 - Jurisdicciones Comunes.

Si a una persona se le imputare un delito de jurisdicción provincial y otro correspondiente a la jurisdicción de otra provincia, primero será juzgado en Mendoza, si el delito imputado aquí fuere de mayor gravedad. Del mismo modo se procederá en caso de delitos conexos.

(Concs. Art. 30 CPP Cba.; Art. 20 CPP Mza)

Art. 40 - Trámite Simultáneo.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 38, el proceso de jurisdicción provincial podrá sustanciarse simultáneamente con el conexo, cuando ella no determine obstáculos para el ejercicio de las jurisdicciones o para la defensa del imputado. (Concs. Art. 31 CPP Cba.; Arts. 52 y 53 CPP Costa Rica)

Art. 41 - Unificación de Penas.

Cuando una persona hubiere sido condenada en diversas jurisdicciones y correspondiere unificar las penas (C.P. 58), el Tribunal solicitará o remitirá copia de la sentencia, según hubiere impuesto la pena mayor o la menor. El condenado cumplirá la pena en la Provincia cuando en ésta se disponga la unificación, salvo que la ley determine lo contrario.

(Concs. Art. 32 Cba.; Art. 54 CPP Costa Rica; Art. 21 CPP Mza)

CAPÍTULO 2. COMPETENCIA

SECCIÓN PRIMERA. COMPETENCIA MATERIAL

Art. 42 - Suprema Corte de Justicia.

La Suprema Corte de Justicia conocerá de los recursos de casación, inconstitucionalidad y revisión, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente.

(Concs. Art. 33 CPP - Cba.; Art. 22 CPP - Mza.)

Art. 43 - Revisión por el Tribunal de Sentencia.

El Tribunal que hubiera dictado sentencia en la causa, conocerá excepcionalmente del recurso de revisión, cuando corresponda aplicar retroactivamente una ley penal más benigna y la pena impuesta no exceda del máximo admitido en la nueva Ley.

***Art. 44 - Cámara del Crimen. Tribunal Penal Colegiado.**

La Cámara del Crimen o el Tribunal Penal Colegiado a través de sus Salas Unipersonales o en Colegio, de conformidad con lo previsto en los artículos 45, 46 y concordantes, juzgará en única instancia los delitos cuyo conocimiento no se atribuya a otro Tribunal.

(Concs. Art. 34 CPP - Cba.; Concs. parcial Art. 24 CPP - Mza.)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 28)

***Art. 45 - Regla: Salas Unipersonales.**

A los fines del ejercicio de su competencia, cada juez de la Cámara del Crimen o del Tribunal Penal Colegiado asumirá la jurisdicción y procederá con las normas del juicio común, excepto lo previsto en el Art. 46, salvo para los actos preliminares del juicio común previstos en el Capítulo I, Título II, del Libro Tercero de este Código que siempre será en Salas unipersonales.

(Concs. Art. 34 bis CPP Cba.). (TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 29)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 7116, ART. 2)

***Art. 46 - Excepción: Jurisdicción en Colegio.**

No obstante lo previsto en el artículo 45, la Jurisdicción será ejercida en forma colegiada, por tres jueces de la Cámara del Crimen o del Tribunal Penal Colegiado, cuando al momento de interponer la apelación o en oportunidad de citarse las partes a juicios (último párrafo del artículo 364,) el Ministerio Público Fiscal lo solicitare por tratarse de causas complejas, o cuando la defensa del imputado se opusiere al ejercicio unipersonal de la Jurisdicción.

(Concs. Art. 34 Ter CPP Cba.)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 30)(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 7116, ART. 3)

***Art. 47 - Competencia de Apelación.**

Los Jueces que integran las distintas Cámaras del Crimen o los Tribunales Penales Colegiados y los Tribunales Penales de Menores en Salas Unipersonales, asumiendo la Jurisdicción, conocerán de los recursos que se deduzcan contra las resoluciones apelables de los Jueces que integran los Juzgados de Garantías, Ejecución y de los Juzgados Penales Colegiados. Excepcionalmente, se procederá conforme al artículo 46 de la presente ley.

La asignación de los casos, por las Oficinas de Apelaciones Penales (OAP), en Salas Unipersonales o en Colegio, se hará aleatoriamente entre todos los Jueces competentes por sistema informático,

manteniendo la equitativa distribución de la carga de trabajo, y en coordinación con la agenda de audiencias de la OGAP.

La audiencia oral de apelación será fijada, según los artículos 294 y 472, exclusivamente en horario vespertino.

(Concs. Art. 35 CPP Cba.)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 31)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8934, ART. 3)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 7116, ART. 4)

(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

***Art. 48 - Juez de Ejecución. Juzgado Penal Colegiado**

Los jueces penales de primera instancia tendrán la competencia penal del presente Código y la que la ley le asigne, según las siguientes funciones:

1) El Juez de Garantías intervendrá tan solo en los supuestos que este Código le atribuye jurisdicción.

2) El Juez de Flagrancia intervendrá en el procedimiento de flagrancia conforme los artículos 439 bis, ter y quater.

3) El Juez Correccional intervendrá en el procedimiento correccional y juzgará en los delitos de acción pública dolosos y culposos que estuvieran reprimidos con pena privativa de libertad no mayor de tres (3) años o con multa y/o inhabilitación.

4) El Juez de Ejecución Penal intervendrá en los supuestos del Libro V de este Código.

(Concs. Art. 36 CPP Cba.; Art. 25 CPP Mza. -parcial-).

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 32)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8680, ART. 8)

(HIS.: SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

***Art. 49 - Jueces Penales Colegiados.**

Los Jueces Penales Colegiados tendrán competencia en todos los supuestos en que este Código les atribuye jurisdicción, en materia de Garantías, Correccional, Flagrancia y Ejecución.

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 33)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8929, ART. 5)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 7280, ART. 1) (Conc. Art. 37 CPP Cba.)

***Art. 49 bis - El Juez de Delitos de Tenencia** juzgará en única instancia los delitos previstos en los apartados (2) y primer párrafo del (3) del artículo 189 bis del Código Penal, cualesquiera fuera su pena.

Asimismo, juzgará de aquellos delitos cuya acción típica esté constituida por la tenencia o portación de objetos, cualesquiera fuera la pena conminada en la ley penal, y que la Suprema Corte de Justicia incluya en su competencia.

(TEXTO INCORPORADO SEGUN LEY 8263, ART. 1. LA LEY 8263 HA SIDO DEROGADA POR LEY 8515, ART. 1)

Art. 50 - Juez de Paz.

Si en el territorio de su competencia no hubiere Fiscal de Instrucción o Juez de Menores, el Juez de Paz practicará los actos urgentes de la investigación con arreglo al artículo 316. Podrá recibir declaración al imputado en la forma y con las garantías establecidas por la Ley, ordenar su detención en los casos previstos en los artículos 284 y 286, comunicándola inmediatamente al órgano competente; y recibir las declaraciones testificales, según las normas de la investigación penal preparatoria. Deberá remitir las actuaciones al órgano judicial competente dentro del término de cinco días a contar de su avocamiento, mas en caso de difícil investigación, aquél podrá prorrogar este término por otro tanto.

(Concs. Art. 39 CPP Cba.)

Art. 51 - Determinación.

Para determinar la competencia se tendrán en cuenta todas las penas establecidas por la ley para el delito consumado y las circunstancias agravantes de calificación, no así la acumulación de penas por concurso de hechos de la misma competencia; pero siempre que sea probable la aplicación del artículo 52 del Código Penal, será competente la Cámara en lo Criminal.

(Concs. Art. 40 CPP Cba.; Art. 30 CPP Mza)

Art. 52 - Incompetencia.

La incompetencia por razón de la materia deberá ser declarada aún de oficio en cualquier estado del proceso. El Tribunal que la declare remitirá las actuaciones al que considere competente y pondrá a su disposición los detenidos, si los hubiere.

Sin embargo, fijada la audiencia para el debate sin que se haya planteado la excepción, el Tribunal juzgará de los delitos de competencia inferior.

(Concs. Art. 41 CPP Cba.; Art. 48 CPP Costa Rica; Art. 31 CPP Mza.)

Art. 53 - Nulidad.

La inobservancia de las reglas para determinar la competencia por razón de la materia producirá la nulidad de los actos, excepto los que sean imposibles repetir.

Esta disposición no regirá cuando un Tribunal de competencia superior hubiera actuado en una causa atribuida a otro de competencia inferior.

(Concs. Art. 42 CPP Cba. ; Art. 48 CPP Costa Rica; Art. 32 CPP Mza.)

SECCIÓN SEGUNDA. COMPETENCIA TERRITORIAL

Art. 54 - Reglas Principales.

Será competente el Tribunal del lugar en que el hecho se hubiera cometido. En caso de tentativa, el del lugar donde se cumplió el último acto de ejecución; en caso de delito continuado o permanente, el de aquél donde comenzó a ejecutarse.

(Concs. Art. 43 CPP Cba.; Art. 47 inc. a) CPP Costa Rica; Art. 33 CPP Mza)

Art. 55 - Regla Subsidiaria.

Si fuere desconocido o dudoso el lugar donde se cometió el hecho, será competente el Tribunal del lugar donde se estuviere practicando la investigación o, en su defecto, el que designare el Tribunal jerárquicamente superior.

(Concs. Art. 44 CPP Cba., Art. 47 inc.a) CPP Costa Rica; Concs. Parcial Art. 34 CPP Mza.)

Art. 56 - Incompetencia.

En cualquier estado del proceso, el Tribunal que reconozca su incompetencia territorial remitirá las actuaciones al competente y pondrá a su disposición los detenidos que hubiere, sin perjuicio de realizar los actos urgentes de investigación.

(Concs. Art. 45 CPP Cba.; Art. 48 CPP Costa Rica; Art. 35 CPP Mza)

Art. 57 - Nulidad.

La inobservancia de las reglas sobre competencia territorial sólo producirá la nulidad de los actos de investigación cumplidos después que se haya declarado la incompetencia.

(Concs. Art. 46 CPP - Cba.; Art. 48 CPP - Costa Rica; Art.36 CPP - Mza)

SECCIÓN TERCERA. COMPETENCIA POR CONEXIÓN

Art. 58 - Casos de Conexión.

Las causas serán conexas:

- 1) Si los delitos imputados hubieran sido cometidos simultáneamente por varias personas reunidas o, aunque lo fueran en distintos lugares o tiempo, cuando hubiera mediado acuerdo entre ellas.
- 2) Si un delito hubiera sido cometido para perpetrar o facilitar la comisión de otro o para procurar al culpable o a otros el provecho o la impunidad.
- 3) Cuando a una persona se le imputaren varios delitos.

(Concs. Art. 47 CPP - Cba. ; Art. 50 inc. b) CPP - Costa Rica; Art. 37 CCP - Mza.)

***Art. 59 - Efecto de la conexión: Unidad de investigación y juzgamiento.**

Cuando se sustancien causas conexas por delitos de acción pública, deberá intervenir con unidad de investigación la misma Fiscalía y de juzgamiento el mismo Tribunal, y será competente:

- 1) El Tribunal competente para juzgar el delito más grave.
- 2) Si los delitos estuvieren reprimidos con la misma pena, el Tribunal competente para juzgar el delito que se cometió primero.
- 3) Si los hechos fueren simultáneos o no constare debidamente cuál se cometió primero, el que designare el Tribunal jerárquicamente superior. Se podrá disponer la acumulación de procesos mientras transite la misma etapa procesal, salvo cuando ello determine grave retardo para alguno. A pesar de la acumulación, las actuaciones se compilarán por separado. El Procurador podrá disponer por razones de especialidad o funcionalidad otros criterios de intervención, manteniendo siempre la unidad de investigación, salvo lo autorizado por el artículo siguiente.

(Concs. Art. 48 CPP - Cba.; Art. 51 CPP - Costa Rica; Concs. Parcial Art. 38 CPP - Mza.)

(TEXTO SEGUN LEY 8885, ART. 1)

***Art. 60 - Excepción a la unidad de investigador o juzgador.**

No serán aplicables las reglas de la unidad de investigación y juzgamiento de causas conexas, cuando se deba actuar siguiendo el procedimiento de flagrancia previsto por los Artículos 439 bis, 439 ter y 439 quater.

(Concs. Art. 49 CPP - Cba.; Concs. Parcial Art. 39 CPP Mza)

(TEXTO SEGUN LEY 8885, ART. 2)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8263, ART. 2. LA LEY 8263 HA SIDO DEROGADA POR LEY 8515, ART. 1) (HIS.: TEXTO SEGUN LEY 7692, ART. 1)

CAPÍTULO 3. RELACIONES JURISDICCIONALES

SECCIÓN PRIMERA. CUESTIONES DE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

***Art. 61 - Tribunal Competente.**

Si dos (2) Tribunales Penales Colegiados se declarasen simultánea y contradictoriamente competentes o incompetentes para juzgar un hecho, el conflicto será resuelto por la Suprema Corte de Justicia.

Surgido el conflicto de competencia, el expediente deberá remitirse a la Suprema Corte de Justicia en el plazo de dos (2) días y resolverse en el plazo perentorio de cinco (5) días y en los casos con detenidos el plazo de resolución es fatal.

(Concs. Art. 50 CPP - Cba.; Art.40 CPP Mza)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 34)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8885, ART. 3)

Art. 62 - Promoción.

El Ministerio Público y las partes podrán promover la cuestión de incompetencia, por inhibitoria ante el Juez que consideren competente o por declinatoria ante el que estimen incompetente.

El que opte por uno de estos medios no podrá abandonarlo y recurrir al otro, ni emplearlos simultánea o sucesivamente.

Al plantear la cuestión, el oponente deberá, manifestar, bajo pena de inadmisibilidad, no haber usado el otro medio, y si resultare lo contrario, será condenado en costas, aunque aquélla se resuelva a su favor o sea abandonada.

(Concs. Art. 51 CPP - Cba.; Art. 41 CPP Mza)

Art. 63 - Oportunidad.

La cuestión podrá ser promovida en cualquier momento hasta la fijación de la audiencia para el debate, sin perjuicio de lo dispuesto por los artículos 52, 56 y 386.

(Concs. Art. 52 CPP - Cba.; Concs. Parcial Art. 42 CPP Mza)

***Art. 64 - Inhibitoria.**

Cuando se promueva inhibitoria se observarán las siguientes normas:

1) El Tribunal ante quien se proponga la resolverá previa vista al Ministerio Público. Si la resolución que deniega el requerimiento de inhibición fuere dictada por el Juez de Instrucción, será apelable. Cuando decida librar exhorto inhibitorio, con él acompañará las piezas necesarias para fundar su competencia.

2) Cuando reciba exhorto de inhibición, el Tribunal requerido resolverá previa vista al Ministerio Público, y a las partes. Si la resolución que hace lugar a la inhibitoria fuere dictada por el Juez de Instrucción, será apelable. Los autos serán remitidos oportunamente al Juez que la propuso, poniendo a su disposición al imputado y los elementos de convicción que hubiere. Si negare la inhibición informará al Tribunal que la hubiere propuesto, remitiéndole copia del auto, y le pedirá que conteste si reconoce la competencia o, en caso contrario, que remita los antecedentes a la Suprema Corte de Justicia.

3) Recibido el oficio antes expresado, el Tribunal que propuso la inhibitoria resolverá sin más trámite si sostiene o no su competencia: en el primer caso remitirá los antecedentes a la Suprema Corte de Justicia y se lo comunicará al requerido para que haga lo mismo con el proceso; en el segundo, se lo comunicará al competente, remitiéndole todo lo actuado.

4) La Suprema Corte de Justicia decidirá previa vista al Ministerio Público y enviará inmediatamente la causa al competente.

(Concs. Art. 53 CPP - Cba.; Concs. Parcial Art. 43 CPP Mza)

(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

Art. 65 - Declinatoria.

La declinatoria se sustanciará en la forma establecida para las excepciones (20 y ss.).

(Concs. Art. 54 CPP - Cba.; Art. 44 CPP Mza)

Art. 66 - Efectos.

Las cuestiones de competencia no suspenderán la investigación que será continuada:

1) Por el Juez que primero conoció en la causa.

2) Si dos jueces hubieran proveído en la misma fecha, por el requerido de inhibición.

Las cuestiones propuestas antes de la fijación de la audiencia para el debate suspenderán el proceso hasta la decisión del incidente, sin perjuicio de que el Tribunal ordene una investigación suplementaria (369).

(Concs. Art. 55 CPP - Cba.; Art. 49 CPP - Costa Rica; Art. 45 CPP - Mza)

Art. 67 - Validez de los actos.

Al resolver el conflicto, el Tribunal determinará, si correspondiere (53 y 57), qué actos del declarado incompetente no conservan validez.

(Concs. Art. 56 CPP - Cba.; Art. 48 CPP - Costa Rica; Concs. Parcial Art. 46 CPP Mza)

Art. 68 - Cuestiones de Jurisdicción.

Las cuestiones de jurisdicción con jueces nacionales, militares o de otras provincias se resolverán conforme a lo dispuesto anteriormente para las de competencia, con arreglo a la Ley nacional o tratados interprovinciales que existieren.

(Concs. Art. 66 CPP - Cba.; Art. 46 CPP Costa Rica; Art. 54 CPP - Mza -parcial)

SECCIÓN SEGUNDA. EXTRADICIÓN

Art. 69 - Requerimiento a jueces del País.-

Los jueces o tribunales pedirán la extradición de los imputados o condenados que se encuentren en la Capital Federal o en otras provincias, acompañando al exhorto copia de la orden de detención, prisión preventiva o de la sentencia.

(Conc. Art. 48 CPP Mza.; Art. 58 CPP Cba.).

Art. 70 - Requerimiento a jueces extranjeros.-

Si el imputado o condenado se encontrare en territorio de un Estado extranjero, la extradición se tramitará por vía diplomática y con arreglo a los tratados existentes, o al principio de reciprocidad, o a las costumbres internacionales y mediante la Suprema Corte de Justicia.

(Conc. Art. 49 CPP Mza; arts. 59 y 160 CPP Cba.)

Art. 71 - Requerimientos de otros jueces.-

Los pedidos de extradición formulados por otros jueces serán diligenciados inmediatamente, previa vista por veinticuatro horas al Ministerio Público, siempre que reúnan los requisitos del artículo 69.

Si el imputado o condenado fuere detenido, verificada su identidad, deberá ser puesto sin demora a disposición del juez requirente.

(Conc. Art. 50 CPP Mza; Art. 58 CPP Cba.)

***CAPÍTULO 4. APARTAMIENTO Y RECUSACIÓN**

(DENOMINACION SEGÚN LEY 9040, ART. 35)

***Art. 72 - Motivos de Inhibición.**

1) Cuando hubiera actuado como miembro del Ministerio Público Fiscal, defensor, mandatario, denunciante o querellante, como perito o conociera el hecho investigado como testigo. Cuando deba juzgar y en el mismo proceso hubiera pronunciado o concurrido a pronunciar sentencia o hubiera intervenido resolviendo la situación legal del imputado.

2) Si fuere pariente, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, de algún interesado.

3) Cuando él o alguno de sus parientes en los grados preindicados tengan interés en el proceso.

4) Si fuera o hubiera sido tutor o curador; o hubiera estado bajo tutela o curatela de alguno de los interesados.

5) Cuando él o sus parientes, dentro de los grados referidos, tengan juicio pendiente iniciado con anterioridad, o sociedad o comunidad con alguno de los interesados, salvo la sociedad anónima.

6) Si él, su esposa, padres o hijos, u otras personas que vivan a su cargo, fueren acreedores, deudores o fiadores de alguno de los interesados, salvo que se tratare de bancos oficiales o constituidos por sociedades anónimas.

7) Cuando antes de comenzar el proceso hubiera sido denunciante, querellante o acusador de alguna de las partes, o denunciado, querellado o acusado, o acusado ante el Jury de Enjuiciamiento o impugnado ante el Honorable Senado al momento del tratamiento de su pliego para el acuerdo por ellos, salvo que circunstancias posteriores demostraren armonía entre ambos.

8) Si hubiera dado consejos o manifestado extrajudicialmente su opinión sobre el proceso.

9) Cuando tenga amistad íntima o enemistad manifiesta con alguno de los interesados.

10) Si él, su esposa, padres o hijos, u otras personas que vivan a su cargo, hubieran recibido o recibieran beneficios de importancia de alguno de los interesados, o si después de iniciado el proceso, él hubiera recibido presentes o dádivas, aunque fueran de poco valor.

11) Cuando mediare violencia moral u otras circunstancias que, por su gravedad, afectaren su imparcialidad (Concs. Art. 60 CPP Cba.; Art. 55 CPP Costa Rica; Art. 51 CPP Mza.)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 35)

(HIS.: SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR

"JUEZ DE GARANTIAS")

Art. 73 - Interesados.

A los fines del artículo anterior, se consideran interesados el Ministerio Público, el imputado, el querellante, el ofendido, el damnificado y el responsable civil, aunque estos últimos no se constituyan en parte, lo mismo que sus representantes, defensores y mandatarios.

(Concs. Art. 61 CPP Cba.; Art. 55 in fine CPP Costa Rica; Art. 53 CPP Mza)

Art. 74 - Oportunidad de la Inhibición.

El Juez deberá inhibirse en cuanto conozca alguno de los motivos que prevé el artículo 72, aunque hubiera intervenido antes en el proceso.

(Concs. Art. 62 CPP Cba.)

Art. 75 - Excepción.

No obstante el deber impuesto por el artículo 72, los interesados podrán solicitar al Juez que siga conociendo en la causa, excepto que el motivo de la inhibición esté previsto en alguno de los cuatro primeros incisos o cuando él o sus parientes, dentro de los grados referidos, tenga sociedad o comunidad con alguno de los interesados, salvo sociedad anónima.

Aquél resolverá sin recurso alguno.

(Concs. Art. 63 CPP Cba.; Concs. Parcial Art. 52 CPP Mza)

***Art. 76 - Tribunal Competente.**

Los jueces que tienen competencia en apelación (artículo 47), juzgarán de la inhibición o recusación de los jueces penales de primera instancia del artículo 48 y estos, de los jueces de paz que actúen en procesos en que aquellos sean competentes. Y los Tribunales Colegiados, previa integración conforme el artículo 46, la recusación de sus miembros.

La recusación no admitida de los jueces de los juzgados penales colegiados (artículo 49), será juzgada por los jueces con competencia en apelación conforme a los artículos 46 y 47, la de los Tribunales Penales Colegiados previa integración colegiada de tres jueces, la de sus miembros.

(Concs. Art. 64 CPP Cba.; Concs. Parcial Art. 57 - 2º Parte CPP Mza.)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 36)

(HIS.: SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

***Art. 77 - Trámite de la Inhibición.**

El Juez que se inhiba remitirá el expediente, por decreto fundado, al que deba reemplazarlo; éste tomará conocimiento de la causa inmediatamente y proseguirá su curso, sin perjuicio de que eleve los antecedentes en igual forma al Tribunal respectivo, si estimare que la inhibición no tiene fundamento. La incidencia será resuelta sin más trámite.

Cuando el Juez que forme parte de un Tribunal colegiado reconozca un motivo de inhibición, pedirá que se disponga su apartamiento.

Cuando los motivos de inhibición sean reconocidos por la totalidad de sus integrantes, la causa deberá ser remitida al Tribunal subrogante.

*Los jueces de los Juzgados penales colegiados y Tribunales penales colegiados que se inhiban será reemplazados inmediatamente por la OGAP por otros integrantes del juzgado o tribunal manteniendo siempre la equitativa carga de trabajo.

(Concs. Art. 65 CPP Cba.; Art. 56 CPP Costa Rica)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 37)

***Art. 78 - Recusantes.**

El Ministerio Público Fiscal y las partes, podrán recusar al Juez sólo cuando exista uno de los motivos enumerados en el artículo 72.

(Concs. Art. 66 CPP Cba.; Art. 57 CPP Costa Rica; Concs. Parcial Art. 54 CPP Mza)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 38)

Art. 79 - Tiempo y Forma de Recusar.

La recusación deberá ser interpuesta, bajo pena de inadmisibilidad, en un escrito que indique los motivos en que se basa y los elementos de prueba de los que haya de valerse, en las siguientes oportunidades: durante la investigación, antes de la clausura; en el juicio, durante el término de citación (364); cuando se trate de recursos, en el término de emplazamiento (468) o al deducir el de revisión.

Sin embargo, la recusación que se fundamente en una causal producida o conocida después de los plazos susodichos, podrá deducirse dentro de las 24 horas a contar de la producción o el conocimiento.

Además, en caso de ulterior integración de Tribunal, la recusación podrá interponerse dentro de las 24 horas de la resolución que la hubiera dispuesto.

(Concs. Art. 67 CPP Cba.; Art. 58 CPP Costa Rica; Concs. Parcial Art. 56 CPP Mza)

Art. 80 - Trámite de la Recusación.

Si el Juez admitiere la recusación, se procederá con arreglo al artículo 77. En caso contrario, remitirá el escrito de recusación y su informe al Tribunal competente (76), para que el incidente se tramite por pieza separada, o si el Juez integrase un Tribunal colegiado, pedirá el rechazo de aquélla.

Previa audiencia en que se recibirá la prueba e informarán las partes, el Tribunal competente resolverá el incidente dentro de las 48 horas, sin recurso alguno.

(Concs. Art. 68 CPP Cba.; Art. 59 CPP Costa Rica; Concs. Parcial Art. 57 CPP Mza)

***Art. 81 - Recusación no Admitida.**

Si el Juez de Instrucción fuere recusado y no admitiere la existencia del motivo que se invoca, continuará la investigación aún durante el trámite del incidente; pero si se hiciere lugar a la recusación, los actos serán declarados nulos siempre que el recusante lo pidiere en el término de 24 horas a contar desde que el expediente llegó al Juzgado que deba actuar.

(Concs. Art. 69 CPP Cba.; Art. 58 CPP Mza. -Parcial-)

(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR

"JUEZ DE GARANTIAS")

Art. 82 - Recusación de Secretarios

Los Secretarios deberán inhibirse y podrán ser recusados por los motivos que expresa el artículo 72, y el Tribunal ante el cual actúen averiguará verbalmente el hecho y resolverá motivadamente lo que corresponda, sin recurso alguno.

(Concs. 70 CPP Cba.; Art. 60 CPP Costa Rica)

***TÍTULO IV. MINISTERIO PÚBLICO FISCAL**

(NOMBRE DEL TÍTULO MODIFICADO POR LEY 8008, ART. 59, INC. 16)

CAPÍTULO 1. FUNCIÓN

***Art. 83 - Función.**

El Ministerio Público Fiscal tendrá las funciones que determine este Código y las leyes respectivas.

(TEXTO SEGUN LEY 8008, ART. 59, INC. 17)

(Concs. Art. 71 CPP Cba.; Art. 62 CPP Mza)

***Art. 84 - Procurador General.**

El Procurador General es la autoridad superior del Ministerio Público Fiscal y responsable principal de la persecución penal. Dirigirá la Policía Judicial y demás órganos auxiliares de dicho Ministerio. Actuará también en los recursos extraordinarios ante la Suprema Corte de Justicia en la forma prevista por este Código.

(TEXTO SEGUN LEY 8008, ART. 59, INC. 18)

(Concs Art. 72 CPP Cba.; Art. 64 CPP C. Rica - Parcial)

***Art. 85 - Fiscal de Cámara.**

Además de las funciones acordadas por la ley, el Fiscal de Cámara actuará durante el juicio ante el Tribunal respectivo. Podrá llamar al Fiscal de Instrucción que haya intervenido en la investigación penal

preparatoria, en los siguientes casos: 1. Cuando se trate de un asunto complejo, para que le suministre información o coadyuve con él, incluso durante el debate. 2. Si estuviere en desacuerdo fundamental con el requerimiento fiscal o le fuere imposible actuar, para que mantenga oralmente la acusación.

(TEXTO SEGUN LEY 8929, ART. 6)

(Concs. Art. 73 CPP Cba.; Art. 64 CPP C. Rica; Art. 63 CPP Mza)

***Art. 86 - Fiscal de apelación.**

Además de las funciones acordadas por la Ley y las directivas del Procurador, el Fiscal de Instrucción actuará en los recursos de apelación en la forma prevista por este Código.

(TEXTO SEGUN LEY 8934, ART. 4)

(Concs. Art. 74 CPP Cba.)

***Art. 87 - Fiscal de Instrucción.**

El Fiscal de Instrucción promoverá y ejercerá la acción penal en la forma establecida por la ley, dará órdenes a la Policía Judicial, dirigirá las investigaciones, practicará y hará practicar los actos inherentes a ella y actuará ante los jueces penales de primer instancia (artículo 48 o 49), jueces con competencia en apelación, Cámaras del Crimen o Tribunales Penales Colegiados, cuando corresponda, en la investigación penal preparatoria, en el procedimiento Correccional, en el procedimiento de Flagrancia y en la etapa de debate.

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 39)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8929, ART. 7)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8008, ART. 59, INC. 19)

(HIS.: SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

(Concs. Art. 75 CPP Cba.; Art. 64 CPP Mza - Parcial)

CAPÍTULO 2. FISCAL DE INSTRUCCIÓN

Art. 88 – Ámbito de Actuación.

En la investigación fiscal, el ámbito material y territorial de actuación del Fiscal de Instrucción y lo relativo a conexión de causas, se regirá por lo dispuesto en los artículos 51 al 60, en cuanto sean aplicables. En el caso del artículo 59 inciso 3, el Procurador General designará al Fiscal que deba intervenir.

No será de aplicación lo dispuesto en este artículo cuando la investigación la deban realizar Fiscales de Instrucción con asiento en distintas sedes, salvo que pudiera afectar los fines de aquélla (314 y 315).

(Concs. Art. 76 CPP Cba.)

***Art. 89 - Conflictos de Actuación.**

Los conflictos de actuación planteados por los Fiscales de Instrucción o por las partes, serán resueltos por los Fiscales Adjuntos de la Procuración General o, según sea la jurisdicción, por el Fiscal de la Cámara del Crimen que correspondiere, sin más trámite. La cuestión podrá ser promovida en cualquier momento de la investigación preparatoria, hasta su clausura.

(TEXTO SEGUN LEY 8911, ART. 46)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8008, ART. 59, INC. 20)

(HIS.: SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")(Concs. Art. 77 CPP Cba.)

CAPÍTULO 3. INHIBICIONES Y RECUSACIÓN

***Art. 90 - Casos, Trámite.**

Los miembros del Ministerio Público Fiscal deberán inhibirse y podrán ser recusados por los mismos motivos establecidos en el artículo 72, con excepción de sus incisos 7) y 8).

Cuando se inhiban remitirán inmediatamente el expediente por decreto fundado al que deba reemplazarlo. Éste tomará conocimiento de la causa inmediatamente y proseguirá su curso; si, en cambio estima que la inhibición no tiene fundamento, elevará los antecedentes al Fiscal Adjunto o, según sea la jurisdicción, al Fiscal del Tribunal Colegiado que correspondiere, quien resolverá la incidencia sin más trámite.

Cuando sean los Fiscales de Tribunales Colegiados - Fiscales Jefes de Unidades Fiscales- quienes se inhiban, remitirán inmediatamente las actuaciones por decreto fundado, al que deba reemplazarlo. Éste tomará conocimiento de la causa inmediatamente y proseguirá su curso; si en cambio estima que la inhibición no tiene fundamento, elevará los antecedentes al Procurador General, quien resolverá sin más trámite.

Los interesados sólo podrán recusar a los miembros del Ministerio Público Fiscal cuando exista alguno de los motivos enumerados en el artículo 72 incisos 1) al 6) y 9) al 11).

El recusado deberá remitir inmediatamente las actuaciones al Fiscal Adjunto, o según sea la jurisdicción al Fiscal de Tribunal Colegiado - Fiscal Jefe de Unidad Fiscal- que correspondiere, quien resolverá sin más trámite. Si se recusase a los Fiscales del Tribunal Colegiado - Fiscales Jefes de Unidades Fiscales-, resolverá el Fiscal Adjunto Penal sin más trámite.

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 40)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8911, ART. 47)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8008, ART. 59, INC. 21)

(HIS.: SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

(Conc. Art. 78 CPP Cba.; Art. 66 CPP C. Rica; Art. 67 CP.P. Mza)

Art. 91 - Recusación de los Secretarios del Fiscal de Instrucción.

Los Secretarios del Fiscal de Instrucción deberán inhibirse y podrán ser recusados por los motivos del artículo 72.

El Fiscal ante el cual actúen averiguará verbalmente el hecho y resolverá motivadamente sin recurso alguno.

(Concs. Art. 66 CPP C. Rica)

TÍTULO V. PARTES Y DEFENSORES

CAPÍTULO 1. IMPUTADO

SECCIÓN PRIMERA. PRINCIPIOS GENERALES

Art. 92 - Calidad e Instancias.

Toda persona podrá hacer valer los derechos que la ley acuerda al imputado, desde el primer momento de la persecución penal dirigida en su contra. Cuando estuviere preso, el imputado podrá formular sus instancias ante el funcionario encargado de la custodia, quien las comunicará inmediatamente al Tribunal o Fiscal según corresponda.

(Conc. Art. 81 CPP Cba.; Art. 68 CPP Mza; Art. 81 y 82 CPP C. Rica)

***Art. 93 - Identificación.**

La identificación del imputado se practicará por sus datos personales, impresiones digitales, identificadores biométricos dactilares, cámaras de identificación facial, huellas genéticas digitalizadas, señas particulares y fotografías.

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 41)

(Conc. Art. 69 CPP Mza; Art. 81 CPP Cba.; Art. 83 CPP C.Rica)

Artículo 93 bis - Identificación de las Personas Jurídicas.

La identificación de la Persona Jurídica imputada de los delitos previstos en la Ley Nacional N° 27.401 se practicará en base a las disposiciones contenidas en los artículos 151° y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación, pudiendo aplicarse también las leyes respectivas que sean necesarias a los efectos de la identificación de las mismas." (Ley 9237)

Artículo 94° - Identidad física o jurídica.

Cuando sea cierta la identidad física o jurídica de la persona imputada, las dudas sobre los datos suministrados u obtenidos no alterarán el curso del proceso, sin perjuicio de que se rectifiquen en cualquier estado del mismo o durante la ejecución. (Ley 9237)

Art. 95 - Presunta Inimputabilidad.

Si el imputado fuere sometido a la medida prevista por el artículo 299, sus derechos de parte serán ejercidos por el curador o, si no lo hubiere, por el Defensor de Pobres y Ausentes, sin perjuicio de la intervención correspondiente a los defensores ya nombrados.

Si el imputado fuere menor de 18 años, sus derechos de parte podrán ser ejercidos también por sus padres o el tutor.

(Concs. Art. 83 CPP Cba.; Art. 71 CPP Mza)

***Art. 96 - Incapacidad Sobreviniente.**

Si durante el proceso sobreviniere la enfermedad mental del imputado, excluyendo su capacidad de entender o de querer, el Tribunal ordenará por auto la suspensión del trámite hasta que desaparezca la incapacidad. Esto impedirá la declaración del imputado y la realización del juicio, pero no que se averigüe el hecho o que continúe el procedimiento con respecto a coimputados.

También se dispondrá la internación del incapaz en un establecimiento adecuado, cuyo director informará trimestralmente sobre el estado mental del enfermo, pero podrá ordenarse su libertad, dejándolo al

cuidado de sus padres, tutor o guardador, cuando no exista peligro de que se dañe a sí mismo o a los demás.

En este caso el enfermo será examinado semestralmente por el perito que el Tribunal designe. El Fiscal requerirá al Juez de Instrucción la declaración de suspensión del trámite y la internación del incapaz.

(Concs. Art. 84 CPP Cba.; Art. 72 CPP Mza.; 85 CPP Costa Rica).

(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

Art. 97 - Pericia Psiquiátrica.

El imputado será sometido a pericia psiquiátrica siempre que fuere

- menor de 18 años,
- mayor de 70,
- sordo - mudo;
- cuando el delito que se le atribuya sea de carácter sexual o
- estuviere reprimido con pena no menor de diez años de prisión o,
- si fuere probable la aplicación de la medida de seguridad prevista por el art. 52 del CP

(Concs. Art. 85 CPP Cba.; Art. 87 CPP C. Rica; Art. 73 CPP Mza)

SECCIÓN SEGUNDA. REBELDÍA

Art. 98 - Casos en que Procede

Será declarado rebelde el imputado que sin grave y legítimo impedimento no compareciera a la citación judicial; no cumpliera la obligación impuesta por el artículo 298; se fugare del establecimiento o lugar en que estuviere detenido, o se ausentare del lugar designado para su residencia, sin licencia del Tribunal o del Fiscal de Instrucción. (Concs. Art. 86 CPP Cba.; Art. 89 CPP C. Rica; Art. 166 CPP Mza - Parcial)

Art. 99 - Declaración.

En los casos en que proceda, el Tribunal o el Fiscal de Instrucción, según

corresponda, declarará la rebeldía del imputado, por resolución motivada, y expedirá la orden de detención si antes no se hubiere dictado.

"Tratándose de personas jurídicas privadas, el Tribunal o el Fiscal de Instrucción, según corresponda, deberá informar dicha resolución a la Dirección de Personas Jurídicas, Dirección de Registros Públicos, Dirección de Asociativismo y Cooperativas y otras dependencias, de manera que adopten las medidas que les correspondan, conforme el tipo de entidad de que se trate y de acuerdo a normativa vigente, como así también a la Administración Federal de Ingresos Públicos y al Registro Nacional de Reincidencia, a sus efectos". (2° párrafo incorporado por Ley 9237)

(Concs. Art. 87 CPP Cba.; Art. 167 CPP Mza)

Art. 100 - Efectos sobre el Proceso.

La declaración de rebeldía no suspenderá el curso de la investigación. Si fuere declarada durante el juicio, éste se suspenderá con respecto al rebelde y continuará para los demás imputados presentes. Declarada

la rebeldía, se reservarán las actuaciones y los efectos, instrumentos o piezas de convicción que fueren indispensables conservar. Cuando el rebelde comparezca, la causa continuará según su estado.

(Concs. Art. 88 CPP Cba.; Art. 90 CPP C. Rica; Art. 168 CPP Mza)

Art. 101 - Efectos sobre la Prisión Preventiva y las Costas.

La declaración de rebeldía implicará la revocatoria de la medida del artículo 295 y obligará al imputado al pago de las costas causadas por la contumacia.

(Conc. Art. 89 CPP Cba.; Art. 169 CPP Mza)

Art. 102 - Justificación.

Si el imputado se presentare con posterioridad a la declaración de su rebeldía y justificare que no concurrió debido a un grave y legítimo impedimento, aquélla será revocada y no producirá los efectos previstos en el artículo anterior.

(Conc. Art. 90 CPP Cba.; Art. 170 CPP Mza; Art. 90 CPP C. Rica - parcial)

CAPÍTULO 2. QUERELLANTE PARTICULAR

Art. 103 - Instancia y Requisitos.

Las personas mencionadas en el artículo 10 podrán instar su participación en el proceso - salvo en el incoado contra menores - como querellante particular. Los incapaces deberán actuar debidamente representados, autorizados o asistidos del modo prescrito por la Ley.

La instancia deberá formularse personalmente o por representante con poder general o especial, que podrá ser otorgado "apud acta", en un escrito que contenga, bajo pena de inadmisibilidad:

- 1) Nombre, apellido y domicilio del querellante particular.
- 2) Una relación sucinta del hecho en que se funda.
- 3) Nombre y apellido del o de los imputados, si los supiere.
- 4) La petición de ser tenido como parte y la firma.

(Conc. Art. 91 CPP Cba.; Art. 72, 75 y 76 CPP C. Rica - parcial)

5) Tratándose de personas jurídicas privadas, la denominación o razón social, domicilio y sede social del querellante particular, como así también, en caso de corresponder, los datos que la identifiquen mediante su inscripción en un registro público". (Inciso 5 incorporado por Ley 9237)

***Art. 104 - Oportunidad. Trámite.**

La instancia de querellante particular podrá formularse a partir de iniciada la investigación y hasta su clausura. Podrá ejercer todos los derechos que le acuerda la presente Ley desde la existencia de un hecho que justifique cualquier actuación de investigación con el objeto determinado en el Artículo 315, aunque no hubiere imputado en la causa.

Tras la imputación formal se le notificará al imputado, quien podrá oponerse en el término de tres (3) días.

El pedido será resuelto por el Juez de Garantías en audiencia oral.

(Conc. Art. 92 CPP Cba.; Art.77 CPP Costa Rica).

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 2)

***Art. 105 - Rechazo.**

Si el Fiscal rechazara el pedido de participación del querellante particular o la oposición del imputado, éstos podrán ocurrir ante el Juez de Instrucción, quien resolverá en igual término. La resolución no será apelable.

(Conc. Art. 93 CPP Cba.; Art. 77 CPP Costa Rica -parcial-).

(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

Art. 106 - Facultades y Deberes.

El querellante particular podrá actuar en el proceso para acreditar el hecho delictuoso y la responsabilidad penal del imputado en la forma que dispone este Código.

La intervención de una persona como querellante particular no la exime del deber de declarar como testigo.

En caso de sobreseimiento o absolución podrá ser condenado por las costas que su intervención hubiere causado.

En los casos que se resuelvan conforme al Art. 26, podrá intervenir, sin facultad de recurrir.

(Conc. Art. 94 CPP Cba.; Art. 80 CPP C. Rica)

Art. 107 - Renuncia.

El querellante particular podrá renunciar a su intervención en cualquier estado del proceso, quedando obligado por las costas que su intervención hubiera causado.

Se considerará que ha renunciado a su intervención cuando, regularmente citado, no compareciera a la primera audiencia del debate o no presentare conclusiones.

(Conc. Art. 95 CPP Cba.; Art. 78 y 79 CP.P. C. Rica)

CAPÍTULO 3. DERECHOS DE LA VÍCTIMA

***Art. 108 Víctima del Delito.**

La víctima del delito o sus herederos forzosos, tendrán derecho a ser informados acerca de las facultades que pueden ejercer en el proceso. Sin perjuicio de todo ello tendrán también derecho a:

- a) Recibir un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades competentes.
- b) Ser informada por la oficina correspondiente acerca de las facultades que puede ejercer en el proceso penal, especialmente la de constituirse en actor civil.
- c) Ser informada sobre el estado de la causa y la Situación del imputado.
- d) Cuando fuere menor o incapaz, el órgano judicial podrá autorizar que durante los datos procesales en los cuales intervenga sea acompañada por persona de su confianza, siempre que ello no coloque en peligro el interés de obtener la verdad real de lo ocurrido.
- e) La protección de la integridad física y moral, inclusive de su familia.
- f) En los procesos vinculados con violencia familiar, el magistrado interviniente, previa vista al Ministerio Público podrá disponer a petición de la víctima, o de un representante legal o del Ministerio Pupilar como medida cautelar, y mediante resolución fundada, la exclusión o en su caso la prohibición del ingreso del imputado al hogar de la víctima.

Así también se procederá cuando el delito haya sido cometido en perjuicio de quien conviviera bajo el mismo techo y existan motivos para presumir la reiteración de hechos de la misma naturaleza. La medida se dispondrá con posterioridad a la imputación, teniendo en cuenta las características y gravedad del hecho denunciado, como también las circunstancias personales y particulares del presunto autor de aquél. Una vez cesadas las razones que obligaron a la adopción de la medida, a juicio del magistrado, y en su caso a pedido del interesado o del Ministerio Púpilar, se dispondrá su inmediato levantamiento. Los derechos reconocidos en este artículo deberán ser anunciados por el órgano policial o judicial, al momento de practicar la primera diligencia procesal con la víctima o sus causahabientes, bajo pena de nulidad del acto. Los derechos referidos en el presente artículo son reconocidos también a las asociaciones, fundaciones y otros entes, en los delitos que afecten intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la agrupación se vincule directamente con esos intereses.

En el caso de que la víctima fuere extranjero, la autoridad judicial y policial interviniente deberá dar aviso en forma inmediata por correo electrónico, fax o teléfono o cualquier medio fehaciente disponible al consulado que corresponda a su nacionalidad, con todos los datos personales del mismo.

(Conc. Art. 89 bis CPP Mza.; Art. 96 CPP Cba. -parcial-; Art. 71 CPP Costa Rica)

(TEXTO SEGÚN LEY 7994, ART. 1)

***Art. 108 bis –**

En caso de violencia contra la mujer, el Juez Penal competente, de manera fundada y previa imputación del acusado, podrá ordenar el oficio, a pedido de la víctima o del Ministerio Público, la utilización de mecanismos y/o sistemas de localización georeferencial.

La medida tendrá carácter restrictivo, por un plazo determinado y sólo podrá disponerse en caso de peligro fundado a la integridad física de la mujer, a fin de asegurar una orden judicial de prohibición de acercamiento.

Deberán cumplirse los siguientes requisitos:

- a) Incumplimiento anterior de una medida de prohibición de acercamiento.
- b) Existencia de denuncia penal por violencia contra la mujer.
- c) Consentimiento informado de la mujer.
- d) Plazo determinado prorrogable, sin perjuicio de la revisión judicial periódica de la medida dictada.

Las causales de cese de la orden judicial de utilización de los mecanismos y/o sistemas de localización georeferencial serán las siguientes:

- 1) Vencimiento del plazo judicial.
- 2) Levantamiento de la prohibición de acercamiento.
- 3) Solicitud de la mujer.
- 4) Sobreseimiento o absolución del denunciado. (TEXTO INCORPORADO POR LEY 8931, ART. 3)

CAPÍTULO 4. ACTOR CIVIL

Art. 109 - Constitución de Parte.

Para ejercer la acción resarcitoria, su titular deberá constituirse en actor civil. Las personas que no tengan capacidad para estar en juicio, no podrán actuar si no son representadas, autorizadas o asistidas del modo prescrito por la ley civil.

(Concs. Art. 97 CPP Cba.; art 74 CPP Mza; Art. 111 CPP C. Rica)

Art. 110 - Instancia.

La instancia de constitución deberá formularse, personalmente o por un representante con poder general o especial, que podrá ser otorgado "apud-acta", en un escrito que contenga, bajo pena de inadmisibilidad:

- 1) El nombre, apellido y domicilio del accionante.
- 2) La determinación del proceso a que se refiere.
- 3) Los motivos en que la acción se basa, con indicación del carácter que se invoca, y el daño que pretende haber sufrido.
- 4) La petición de ser admitido como parte, y la firma.

(Concs. Art. 98 CPP Cba.; Art. 75 CPP Mza.; Art. 111 "in fine" y 112 CPP Costa Rica).

5) Tratándose de personas jurídicas privadas, la denominación o razón social, domicilio y sede social del accionante, como así también, en caso de corresponder, los datos que la identifiquen mediante su inscripción en un registro público". (Inc. 5° incorporado por Ley 9237)

Art. 111 - Demandado.

La constitución procederá aun cuando no estuviere individualizado el imputado.

Si en el proceso hubiere varios imputados y civilmente demandados, la pretensión resarcitoria podrá dirigirse contra uno o más de ellos. Cuando el actor no mencionare a ningún imputado, se entenderá que se dirige contra todos.

(Conc. Art. 113 CPP C. Rica; Art. 76 CPP Mza; Art. 99 CPP Cba.)

Art. 112 - Oportunidad.

El pedido de constitución deberá presentarse antes de la clausura de la investigación penal preparatoria. La solicitud será considerada por el Tribunal de Juicio, en el decreto de citación a juicio, quien ordenará las notificaciones pertinentes.

El Fiscal de Instrucción podrá pedir embargo de bienes.

(Conc. Art. 100 CPP Cba.; Art. 77 C.P.P. Mza - parcial; Art. 114 CPP C. Rica - parcial)

Art. 113 - Notificación.

El decreto que acuerde la constitución deberá notificarse al imputado, al demandado civil y a sus defensores, y surtirá efectos a partir de la última notificación.

En el caso previsto por la primera parte del artículo 111, la notificación se hará en cuanto se individualice al imputado.

(Concs. Art. 101 CPP Cba.; Art. 79 CPP Mza; Art. 115 CPP C. Rica - parcial)

Art. 114 - Oposición.

Los demandados podrán oponerse a la intervención del actor civil, bajo pena de caducidad, dentro del término de cinco días a contar de su respectiva notificación; pero cuando al demandado civil se lo citare o intervinere con posterioridad, podrá hacerlo, dentro de dicho término a contar de su citación o intervención.

(Conc. Art. 102 CPP Cba.; Art. 80 CPP Mza; Art. 115 CPP C. Rica - parcial)

Art. 115 - Trámite.

La oposición seguirá el trámite de las excepciones y será resuelta por el Tribunal, sin intervención del Ministerio Público. Si se rechazare la Intervención del actor civil, podrá ser condenado por las costas que su participación hubiere causado.

(Concs. Art. 103 CPP Cba.; Art. 81 CPP Mza; Art. 115 CPP C. Rica - parcial)

Art. 116 - Caducidad e Irreproductibilidad.

Cuando no se dedujere oposición en la oportunidad que establece el artículo 114, la constitución del actor civil será definitiva, sin perjuicio de la facultad conferida por el artículo 117.

La aceptación o el rechazo del actor civil no podrá ser reproducidos en el debate.

(Concs. Art. 104 CPP Cba.; Art. 83 CPP Mza)

Art. 117 - Rechazo y Exclusión de Oficio.

Durante los actos preliminares del juicio, el Tribunal podrá rechazar y excluir de oficio, por decreto fundado, al actor civil cuya intervención fuere manifiestamente ilegal, salvo que su participación hubiere sido concedida al resolverse un incidente de oposición.

(Concs. Art. 105 CPP Cba.; Art. 84 CPP Mza)

Art. 118 - Efectos de la Resolución.

El rechazo o exclusión del actor civil no impedirá el ejercicio de la acción ante la jurisdicción civil.

(Concs. Art. 106 CPP Cba.; Art. 85 CPP Mza; Art. 115 CPP C. Rica - parcial)

Art. 119 - Facultades y Deberes.

El actor civil podrá actuar en el proceso para acreditar el hecho delictuoso, la existencia y extensión del daño pretendido, y la responsabilidad civil del demandado.

Será de aplicación el artículo 106 segundo párrafo.

(Concs. Art. 107 CPP Cba.; Art. 78 CPP Mza; Art. 116 CPP C. Rica)

Art. 120 - Desistimiento.

El actor civil podrá desistir de su demanda en cualquier estado del proceso, quedando obligado por las costas que su intervención hubiera ocasionado.

Se considerará desistida la acción cuando el actor civil, regularmente citado, no comparezca a la primera audiencia del debate, no concrete la demanda o no presente conclusiones en la oportunidad prevista en el artículo 405, o se aleje de la audiencia sin haberlas formulado.

(Conc. Art. 108 CPP Cba.; Art. 86 CPP Mza; Art. 117 CPP C. Rica)

CAPÍTULO 5. DEMANDADO CIVIL

Art. 121 - Intervención por Citación.

Quien ejerza la acción resarcitoria podrá pedir la citación de la persona que según las leyes civiles deba responder por el daño que el imputado hubiera causado con el delito, para que intervenga en el proceso como demandada.

La instancia deberá formularse en la forma y oportunidad prescrita por los artículos 110 y 112, con indicación del nombre y domicilio del demandado y de su vínculo jurídico con el imputado.

(Concs. Art. 109 CPP Cba.; Art. 90 CPP Mza; Art. 119 CPP C. Rica).

Art. 122 - Decreto de Citación.

El decreto que ordene la citación contendrá: el nombre y apellido del accionante y del citado, y la indicación del proceso a que se refiere. La resolución deberá notificarse al imputado y a su defensor.

(Conc. Art. 110 CPP Cba.; Art. 92 CPP Mza)

Art. 123 - Nulidad.

Será nula esta citación cuando adolezca de omisiones o errores esenciales que perjudiquen la defensa del demandado civil, restringiéndole la audiencia o la prueba.

La nulidad no influirá en la marcha del proceso ni impedirá el ejercicio ulterior de la acción ante la jurisdicción civil.

(Conc. Art. 111 CPP Cba.; Art. 93 CPP Mza)

Art. 124 - Rebeldía.

Será declarada la rebeldía del demandado civil, a petición del interesado, cuando no comparezca en el plazo de citación a juicio (364). Ella no suspenderá el trámite, que continuará como si aquél estuviera presente. Sólo se nombrará defensor del rebelde al Defensor de Pobres y Ausentes si hubiere sido citado por edictos.

(Conc. Art. 112 CPP Cba.) .

Art. 125 - Intervención Espontánea.

Cuando en el proceso se ejerza la acción civil, la persona que pueda ser civilmente demandada tendrá derecho a intervenir en el proceso.

Esta participación deberá solicitarse, bajo pena de inadmisibilidad, en la forma y oportunidad que prescriben los artículos 110 y 112, en cuanto sea aplicable. El decreto que la acuerde será notificado a las partes y a sus defensores.

(Conc. Art. 113 CPP Cba.; Art. 94 CPP Mza - parcial)

Art. 126 - Oposición.

A la intervención espontánea o por citación del demandado civil podrá oponerse, según el caso, el citado, el imputado o el que ejerza la acción civil, si no hubiera pedido la citación.

Este incidente se deducirá y tramitará en la forma, oportunidad y plazos establecidos en los artículos 114 y siguientes.

(Conc. Art. 114 CPP Cba.; Art. 96 CPP Mza; Art. 122 CPP C. Rica)

Art. 127 - Exclusión.

La exclusión o el desistimiento del actor civil harán caducar la intervención del civilmente responsable.

(Conc.Art. 95 CPP Mza; Art. 123 CPP C. Rica)

CAPÍTULO 6. CITACIÓN EN GARANTÍA DEL ASEGURADOR

Art. 128 - Derecho.

El actor civil, el imputado y demandado civil asegurados, podrán pedir la citación en garantía del asegurador de los dos últimos.

(Concs. Art. 115 CPP Cba.)

Art. 129 - Carácter.

La intervención del asegurador se regirá por las normas que regulan la del demandado civil, en cuanto sean aplicables.

(Concs. Art.116 CPP Cba.)

Art. 130 - Oportunidad.

El actor civil, el imputado y el demandado civil deberán pedir la citación en la oportunidad prevista en el artículo 112.

(Concs. Art. 117 CPP Cba.)

CAPÍTULO 7. DEFENSORES Y MANDATARIOS

***Art. 131 - Derecho del Imputado.**

El imputado tendrá derecho a hacerse defender por abogado de su confianza o por el defensor de pobres y ausentes, lo que se le hará saber por la autoridad policial o judicial que intervenga en la primera oportunidad.

Podrá también defenderse personalmente, siempre que no perjudique la eficacia de la defensa y obste la normal substanciación del proceso.

Si el imputado estuviere privado de su libertad, cualquier persona que tenga con él relación de parentesco o amistad, podrá presentarse ante la autoridad policial o judicial que corresponda, proponiéndole un defensor. En tal caso, se hará comparecer al imputado de inmediato ante el órgano judicial competente, a los fines de la ratificación de la propuesta.

En el caso que el imputado privado de su libertad fuere extranjero y siempre que el interesado lo solicite, la autoridad judicial y policial interviniente deberá dar aviso en forma inmediata por correo electrónico, fax o teléfono o cualquier medio fehaciente al consulado que corresponda a su nacionalidad, con todos los datos personales del mismo.

Si el imputado no estuviera individualizado o fuere imposible lograr su comparendo, se designará al defensor de pobres y ausentes como su defensor al solo efecto de los artículos 320 y 321. El imputado que se encuentre detenido tendrá derecho a entrevistarse privadamente con su defensor, salvo en los supuestos de incomunicación legal. Es obligación de la autoridad judicial o policial interviniente proporcionar las condiciones materiales para ello. Se dejará constancia de tal circunstancia. El desconocimiento de tal derecho acarreará la nulidad del acto.

(Concs. Art. 118 CPP Cba.; Art. 99 CPP Mza.; Art. 100 CPP C. Rica)

(TEXTO SEGÚN LEY 7994, ART. 2)

***Art. 132 - Número de Defensores.**

El imputado podrá designar el número de abogados que considere necesario, pero no podrán actuar simultáneamente más de dos (2) en un mismo acto procesal. La notificación hecha a uno de ellos valdrá para todos, y la sustitución del uno por el otro no alterará trámite ni plazos

(Concs. CPP Cba. 119; Art. 100 CPP Mza.; Art. 106 CPP C. Rica)

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 3)

Art. 133 - Obligatoriedad.

El ejercicio del cargo de defensor del imputado será obligatorio para el abogado de la matrícula que lo acepte, salvo excusación atendible. La aceptación será obligatoria, sólo cuando se lo nombrare en sustitución del Defensor de Pobres y Ausentes.

(Concs. Art. 120 CPP Cba.; Art. 101 CPP Mza.; Art. 101 CPP C.RICA)

Art. 134 - Defensa de Oficio.

Cuando el imputado no elija oportunamente defensor, el Fiscal de Instrucción o el Tribunal nombrará en tal carácter al Defensor de Pobres y Ausentes, salvo que lo autorice a defenderse personalmente.

(Concs. Art. 121 CPP Cba.; Art. 103 CPP Mza.; Art. 104 CPP C. Rica)

Art. 135 - Nombramiento Posterior

La designación del defensor de oficio no perjudica el derecho del imputado a elegir ulteriormente otro de su confianza; pero la sustitución no se considerará operada hasta que el designado acepte el cargo y fije domicilio.

(Concs. Art. 122 CPP Cba.; Art. 102 CPP C. Rica)

Art. 136 - Defensor Común.

La defensa de varios imputados podrá ser confiada a un defensor común siempre que no exista entre aquéllos intereses contrapuestos. Si esto fuera advertido, se proveerá aún de oficio a las sustituciones necesarias.

(Concs. Art. 123 CPP Cba.; Art. 104 CPP Mza.; Art. 107 CPP C.Rica)

Art. 137 - Mandatario del Imputado.

En las causas por delitos reprimidos sólo con multa o inhabilitación, el imputado podrá hacerse representar para todo efecto por un defensor con poder especial, que podrá ser otorgado "apud acta", por ante un Secretario Judicial autorizante. No obstante, se podrá requerir la comparecencia personal.

(Concs. Art. 124 CPP Cba.; Art. 105 CPP Mza.; Art. 103 CPP C.Rica)

***Art. 138 - Otros Defensores y Mandatarios.**

El querellante, el querellante particular y las partes civiles sólo podrán actuar con patrocinio letrado, o hacerse representar por abogados de la matrícula: el primero, con poder especial, notarial o apud acta. Nunca podrá superar el número de dos (2) letrados la representación de cada parte en cada acto procesal, sin perjuicio de la proposición de un número mayor de profesionales.

(Concs. Art. 125 CPP Cba.) (TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 4)

Art. 139 - Abandono.

Si el defensor del imputado abandonare la defensa y dejare a su cliente sin abogado, se proveerá a su inmediata sustitución por el Defensor de Pobres y Ausentes, y no podrá ser nombrado de nuevo en el proceso.

Cuando el abandono ocurriere poco antes o durante el debate, el nuevo defensor podrá solicitar una prórroga máxima de tres días para la audiencia. El debate no podrá suspenderse otra vez por la misma causa. La intervención de otro defensor particular no excluirá la del oficial.

El abandono de los defensores o apoderados de las partes civiles no suspenderá el proceso.

(Concs. Art. 126 CPP Cba.; Art. 107 -108 CPP Mza.; Art. 105 CPP C. Rica)

***Art. 140 - Sanciones.**

El incumplimiento injustificado de sus obligaciones por parte de defensores o mandatarios será comunicado al Colegio de Abogados correspondiente. Si se tratare de funcionarios judiciales, la comunicación se cursará a la Suprema Corte de Justicia y al Secretario General de la Defensa.

El abandono constituye falta grave y obliga al que incurra en él a pagar las costas de la sustitución sin perjuicio de otras sanciones que pudieran corresponderle.

(TEXTO PRIMER PARRAFO SEGUN LEY 8008, ART. 59, INC. 22)

(Concs. Art. 127 CPP Cba.-Parcial; Art. 109 CPP Mza.; Art. 105 -108 CPP C. Rica)

TÍTULO VI. ACTOS PROCESALES

CAPÍTULO 1. DISPOSICIONES GENERALES

Art. 141 - Idioma.

Todos los actos procesales deberán cumplirse en idioma nacional, bajo pena de nulidad.

(Concs. Art. 128 CPP Cba.; Art. 110 CPP Mza.; Art. 130 CPP C.Rica)

Art. 142 - Fecha.

Para fechar un acto deberán consignarse el lugar, día, mes y año en que se cumpliera. La hora será indicada sólo cuando la Ley lo exija.

Si la fecha fuere requerida bajo pena de nulidad, esta sólo podrá ser declarada cuando aquella, en virtud de los elementos del acto o de otros conexos, no pueda establecerse con certeza.

(Concs. Art. 129 CPP Cba.: Art. 113 CPP Mza.)

Art. 143 - Día y Hora de Cumplimiento.

Los actos procesales deberán cumplirse en días y horas hábiles, salvo los de la investigación penal preparatoria. En caso de necesidad, el tribunal podrá habilitar los días y horas que estime conveniente.

(Concs. Art. 130 CPP Cba.; 133 CPP C.Rica Parcial)

Art. 144 - Juramento.

Cuando se requiera la prestación de juramento, el Juez, el Presidente del Tribunal, el Fiscal de Instrucción o el Ayudante Fiscal, lo recibirá - bajo pena de nulidad - por las creencias del que jure, después de instruirlo

de las penas que la ley impone a la falsedad. El declarante prometerá decir verdad de todo cuanto supiere y le fuere preguntado, mediante la fórmula: "lo juro".

Si el deponente se negare a prestar juramento en virtud de creencias religiosas o ideológicas, se le exigirá promesa de decir verdad.

(Concs. Art. 131 Cba.; Art. 112 -115 CPP Mza.; Art. 134 CPP C.Rica)

Art. 145 - Oralidad.

Las personas que fueren interrogadas deberán responder de viva voz y sin consultar notas o documentos, con excepción de los peritos y de quienes sean autorizados para ello en razón de sus condiciones o de la naturaleza de los hechos.

El declarante será invitado a manifestar cuanto conozca sobre el asunto de que se trate y, si fuere menester, se lo interrogará.

Las preguntas que se formulen no serán indicativas, capciosas ni sugestivas.

Cuando se proceda por escrito, se consignarán las preguntas y respuestas, usándose las expresiones del declarante.

(Concs. Art. 132 CPP Cba.; Art. 111 CPP Mza.; Art. 135 CPP C. Rica)

Art. 146 - Declaraciones Especiales.

Para recibir juramento y examinar a un sordo, se le presentarán por escrito la fórmula y las preguntas; si se tratare de un mudo, responderá por escrito; si fuere un sordomudo, las preguntas y respuestas serán escritas.

Cuando dichas personas no supieren leer o escribir, se nombrará intérprete a un maestro de sordomudos o, en su defecto, a alguien que sepa comunicarse con el interrogado.

(Concs. Art. 133 CPP Cba.; Art. 112 CPP Mza.; arts. 130 -131 CPP C.Rica)

CAPÍTULO 2. ACTAS

***Art. 147 - Regla General. Excepción.**

Siempre que se realice una audiencia oral o un acto procesal que sea registrado por video grabación con la presencia del Juez o del Fiscal o del Ayudante Fiscal o del Juez de Paz, dicho registro será prueba suficiente de su realización y certeza de lo ocurrido en ella.

Excepcionalmente cuando un funcionario público o Juez deba dar fe de actos que realice o se cumplan en su presencia, labrará un acta en la forma prescripta por las disposiciones de este Capítulo. A tal efecto, el Juez o Tribunal será asistido por el secretario; el Agente Fiscal lo será por un secretario o un Ayudante Fiscal; el Ayudante Fiscal, por un auxiliar de la policía judicial o administrativa; el Juez de Paz y los oficiales o auxiliares de policía judicial o administrativa, por un testigo que, en lo posible, sea extraño a la repartición policial.

(Concs. Art. 134 CPP Cba.; 138 -139 CPP Mza.; Art. 136 CPP C.Rica)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 42)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 7282, ART. 2)

Art. 148 - Contenido y Formalidades.

Las actas deberán contener: la fecha y el objeto; el nombre y apellido de las personas que actúen; en su caso, el motivo de la inasistencia de quienes estaban obligados a intervenir; la indicación de las diligencias realizadas y de su resultado; las declaraciones recibidas; si éstas fueron hechas espontáneamente o a requerimiento, y si las dictaron los declarantes; las observaciones que las partes requieran y, previa lectura, la firma de todos los intervinientes que deban hacerlo, o cuando alguno no pudiere o no quisiera firmar, la mención de ello.

Si tuviere que firmar un ciego o un analfabeto, se les informará que el acta puede ser leída y suscrita por una persona de confianza, lo que se hará constar.

(Concs. Art. 135 CPP Cba.; Art. 140 CPP Mza.; 136 CPP C.Rica-Parcial)

Art. 149 - Testigo de Actuación.

No podrán ser testigos de actuación los menores de 16 años, los dementes, y los que se encuentren en estado de ebriedad; o aquellos que al momento de la actuación presentaren signos evidentes de alteración de sus facultades.

(Conc. Art.136 CPP Cba.; 116 CPP Mza.)

Art. 150 - Nulidad.

Salvo previsiones expresas el acta será nula si falta la fecha; la firma del funcionario actuante, la del Secretario o testigo de actuación; o la información prevista en la última parte del artículo 148, y la hora si fuera de significativa relevancia.

(Concs. Art. 137 CPP Cba.)

CAPÍTULO 3. ACTOS Y RESOLUCIONES JURISDICCIONALES

Art. 151 - Poder Coercitivo.

En el ejercicio de sus funciones, el Tribunal podrá disponer la intervención de la fuerza pública y todas las medidas necesarias para el seguro y regular cumplimiento de los actos que ordene.

(Concs. Art. 138 CPP Cba.; Art. 139 CPP C. Rica)

Art. 152 - Actos Fuera del Asiento.

El Tribunal podrá constituirse fuera de su asiento, en cualquier lugar de la Provincia, cuando estime indispensable conocer directamente elementos probatorios decisivos. En tal caso, si corresponde, avisará al Tribunal de la respectiva competencia territorial.

(Concs. Art. 139 CPP Cba., Art.132 CPP C.Rica)

Art. 153 - Asistencia del Secretario.

El Tribunal será asistido en el cumplimiento de sus actos por el Secretario.

(Concs. Art. 140 CPP Cba.)

Art. 154 - Resoluciones.

Las decisiones del Tribunal serán dadas por sentencia, auto o decreto. Dictará sentencia para poner término al proceso; auto para resolver un incidente o artículo del mismo, o cuando este Código lo exija; decreto, en los demás casos o cuando esta forma sea especialmente prescrita.

(Concs. Art. 141 CPP Cba.; Art. 119 CPP Mendoza; Art. 141 CPP C Rica)

***Art. 155 - Fundamentación.**

El Tribunal deberá fundamentar, bajo pena de nulidad, las sentencias y los autos, según las exigencias que imponga en cada caso la ley. Los decretos deberán serlo, bajo la misma sanción, cuando la ley lo disponga. En las resoluciones adoptadas durante las audiencias orales los fundamentos constarán en el registro de audio, incorporándose a las actuaciones y, en su caso, al protocolo, salvo disposición expresa en contrario, debiendo firmarse según lo dispone el artículo siguiente.

(Concs. Art. 142 CPP Cba.; Art. 120 CPP Mendoza, Art. 142 CPP C Rica)

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 5)

***Art. 156 - Firma.**

Las sentencias, autos y decretos deberán ser suscriptos o firmados digital o electrónicamente, salvo que no se hubiera implementado el sistema digital o electrónico en el tribunal correspondiente.

Las sentencias por Juicio Común por el Juez que actúe, con la salvedad prevista por el inc. 5) del artículo 411. Las sentencias de Sobreseimiento, Juicio Abreviado y los Autos, por el Juez o la mayoría que resuelve.

Los Decretos fundados, por el Juez. Los Decretos de mero trámite lo serán por el Secretario; implementado el Fuero Penal Colegiado por el funcionario habilitado y designado por el Administrador de la OGAP o por la Oficina de Apelaciones, respectivamente. La falta de firma producirá la nulidad del acto.

(Concs. Art. 143 CPP Cba.; Art. 121 CPP Mza; Art. 144 CPP C Rica)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 43)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 6)

Art. 157 - Término.

Los Tribunales dictarán los decretos el día en que los expedientes sean puestos a despacho; los autos, dentro de los cinco días, salvo que se disponga otra cosa; las sentencias, en las oportunidades especialmente previstas.

(Concs. Art. 144 CPP Cba.; Art. 123 parcial CPP Mza; Art. 145 parcial CPP C Rica)

Art. 158 - Rectificación y Aclaración.

Dentro del término de tres días de dictadas las resoluciones, el Tribunal podrá rectificar, de oficio o a instancia del Fiscal o las partes, previa noticia a éstas cualquier error u omisión material de aquéllas, siempre que esto no importe una modificación esencial.

La instancia de aclaración suspenderá el término para interponer los recursos que procedan.

(Concs. Art. 145 CPP Cba.; Art. 122 CPP Mza; Art. 146 - parcial CPP C Rica)

Art. 159 - Queja por Retardada Justicia.

Vencido el término en que deba dictarse una resolución, el interesado podrá pedir pronto despacho, y si dentro de tres (3) días no la obtuviere, podrá denunciar el retardo a la Cámara, o el Tribunal Colegiado o a la Sala Administrativa de la Suprema Corte de Justicia, según si la omisión fuere de un Juez o de un Tribunal. El superior pedirá informes al denunciado, y sin más trámite declarará inmediatamente si está o

no justificada la queja, ordenando, en su caso, el dictado de la resolución en el término que fije, bajo apercibimiento de las responsabilidades institucionales y legales a que hubiere lugar.

(Concs. Art. 146 CPP Cba.; Art. 124 CPP Mza.) (TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 44)

Art. 160 - Retardos en la Suprema Corte de Justicia

Si la demora a que se refiere el artículo anterior fuere imputable al Presidente o a un miembro de la Suprema Corte de Justicia, la queja podrá formularse ante Tribunal en Pleno. Si el causante de la demora fuere el Tribunal, el interesado podrá ejercitar los derechos que le acuerda la Constitución.

(Concs. Art. 147 CPP Cba.; Art. 125 CPP Mza;)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 45)

Art. 161 - Resolución Firme.

Las resoluciones judiciales quedarán firmes y ejecutoriadas sin necesidad de declaración alguna, en cuanto no sean oportunamente recurridas.

(Concs. Art. 148 CPP Cba.; Art. 126 CPP Mza; Art. 148 - parcial - CPP C. Rica)

***Art. 162 - Copia Auténtica.**

Cuando por cualquier causa se destruya, pierda o sustraiga el original de las sentencias u otros actos procesales necesarios, la copia auténtica tendrá el valor de aquél, la cual será expedida por la OGAP y la OAP, respectivamente. Podrá solicitarse a la OGAP o a la OAP copia de los audios de las audiencias orales, a cargo del solicitante.

(Concs. Art. 149 CPP Cba.; Art. 127 CPP Mza; Art. 149 CPP C Rica)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 46)

Art. 163 - Restitución y Renovación.

Si no hubiere copia de los actos, el Tribunal ordenará que se rehagan, para lo cual recibirá las pruebas que evidencien su preexistencia y contenido.

Cuando esto no fuere posible, dispondrá la renovación, prescribiendo el modo de hacerla.

(Concs. Art. 150 CPP Cba.; Art. 128 CPP Mza; Art. 150 CPP C Rica)

***Art. 164 - Copias, Informes y Certificados.**

El Tribunal podrá ordenar la expedición de copias o certificados que fueren pedidos por una autoridad pública o por particulares que acrediten legítimo interés en obtenerlos, si el estado del proceso no lo impide ni se estorba su normal sustanciación, correspondiendo al Secretario, la OGAP o la Oficina de Apelaciones la realización del trámite.

(Concs. Art. 151 CPP Cba.; Art. 129 CPP Mza; Art. 151 CPP C Rica)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 47)

Art. 165 - Nuevo Delito.

Si durante el proceso tuviere conocimiento de otro delito perseguible de oficio, el Tribunal remitirá los antecedentes al Ministerio Público.

(Concs. Art. 152 CPP Cba.; Art. 130 CPP Mza; Art. 152 CPP C Rica)

CAPÍTULO 4. ACTOS Y RESOLUCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO

***Art. 166 - Normas Aplicables.**

Serán de aplicación a los actos del Fiscal de Instrucción los artículos 151, 152, 157, 158 y 161.

El Fiscal de Instrucción será asistido en el cumplimiento de sus actos por el Secretario o por el Ayudante Fiscal.(Concs. Art. 153 CPP Cba.)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 48)

***Art. 167 - Forma de Actuación.**

Los representantes del Ministerio Público formularán motivada y específicamente sus requerimientos y conclusiones, bajo pena de nulidad; nunca podrán remitirse a las decisiones del Juez; procederán oralmente en los debates y en los recursos, cuando corresponda, y por escrito en los demás casos.

Las resoluciones del Fiscal de Instrucción serán dadas por decreto, el cual será fundado cuando esta forma sea especialmente prescrita, bajo sanción de nulidad.

La falta de firma, producirá la nulidad de los requerimientos y resoluciones.

*Sin perjuicio de lo expresado, los decretos de mero trámite podrán ser suscriptos únicamente por el secretario de la fiscalía. Los actos procesales que comprende el presente Artículo podrán ser firmados en forma digital o electrónica.

(Concs. Art. 154 CPP Cba.; Art.65 - parcial CPP Mza.)

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 7)

***Art. 168 - Queja por Retardada Justicia.**

Vencido el término para formular un requerimiento o dictar un decreto, si la omisión fuese de un Fiscal de Instrucción, el interesado podrá proceder conforme lo dispuesto en el artículo 159 denunciando el retardo al Fiscal de Tribunal Colegiado - Fiscal Jefe de Unidad Fiscal.

Si la omisión fuere de un Fiscal de Tribunal Colegiado - Fiscal Jefe de Unidad Fiscal-, la denuncia se hará ante el Fiscal Adjunto Penal.

(Concs. Art. 155 CPP Cba.)(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 49) (HIS.: TEXTO PRIMER PARRAFO SEGUN LEY 8008, ART. 59, INC. 23)

Art. 169 - Nuevo Delito.

Si durante la investigación fiscal se tuviere conocimiento de un nuevo delito perseguible de oficio y no correspondiere la acumulación de las causas, el Fiscal de Instrucción remitirá los antecedentes al Fiscal que correspondan.

(Concs. Art. 156 CPP Cba.)

CAPÍTULO 5. COMUNICACIONES

Art. 170 - Reglas Generales.

Cuando un acto procesal se deba ejecutar por intermedio de otra autoridad, se podrá encomendar su cumplimiento por medio de suplicatoria, exhorto, mandamiento u oficio, según se dirija, respectivamente, a un tribunal de jerarquía superior, igual o inferior, o autoridades que no pertenezcan al Poder Judicial. (Concs. Art. 157 CPP Cba.; Art. 131 CPP Mza.; Art. 153 CPP C Rica).

Art. 171 - Comunicación Directa.

Los órganos judiciales podrán dirigirse directamente a cualquier autoridad de la Provincia, la que prestará su cooperación y expedirá los informes que le soliciten, sin demora alguna. (Concs. Art. 158 CPP Cba.; Art. 132 CPP Mza; Art. 153 - parcial CPP C Rica)

Art. 172 - Comunicaciones de Otras Jurisdicciones.

Las comunicaciones de otras provincias serán diligenciadas sin retardo, de acuerdo con la legislación vigente que haya adherido la Provincia, o en su defecto por las normas que establezca la Suprema Corte de Justicia. El órgano requerido podrá comisionar el despacho del oficio a uno inferior o podrá remitirlo a quien debió dirigirse. En este caso informará inmediatamente al requirente. (Concs. Art. 159 CPP Cba.; Art. 133 CPP Mza; Art. 173 CPP C Rica)

Art. 173 - Exhortos a Tribunales Extranjeros.

Los exhortos a Tribunales extranjeros serán diligenciados, mediante la Suprema Corte de Justicia, por vía diplomática, en la forma prescrita por los tratados o costumbres internacionales. (Concs. Art. 160 CPP Cba.; Art. 133 CPP Mza; Art. 154 CPP Costa Rica)

Art. 174 - Exhortos del Extranjero.

Los exhortos de Tribunales extranjeros serán diligenciados en los casos y formas establecidas por los tratados o costumbres internacionales y por las leyes del país, cuando lo disponga la Suprema Corte de Justicia.- (Concs. Art. 161 CPP Cba.; Art. 134 CPP Mza.)

Art. 175 - Denegación y retardo.

Si el diligenciamiento de un oficio fuere denegado o demorado, el requirente podrá dirigirse a la Suprema Corte de Justicia o al Procurador General, según corresponda, quienes ordenarán o gestionarán la tramitación si procediera, según sea de la Provincia el órgano requerido. La Suprema Corte de Justicia resolverá previa vista fiscal. (Concs. Art. 162 CPP Cba.)

CAPÍTULO 6. NOTIFICACIONES, CITACIONES Y VISTAS

Art. 176 - Regla General.

Las resoluciones y requerimientos, cuando corresponda, se harán conocer en el término de 24 horas de dictadas, salvo que se dispusiera un plazo menor, y no obligarán sino a las personas debidamente notificadas. (Concs. Art. 163 CPP Cba.; Art. 142 CPP Mza; Art. 155 CPP C. Rica -)

***Art. 177 - Notificaciones en general.**

Las partes del proceso deberán ser notificadas en forma electrónica, telefónica, o por medios equivalentes. Cuando corresponda se utilizarán casillas de correos oficiales y/o sistema informático de almacenamiento de documento.

Cuando sea necesario notificar en forma personal o en el domicilio, se ordenará esta forma mediante decreto fundado.

Si el imputado estuviere privado de libertad será notificado mediante funcionario judicial o administrativo, especialmente designado al efecto, en los lugares de detención. También podrá utilizarse videoconferencia o tecnología similar.

Las personas que no tuvieren domicilio constituido en el proceso, serán notificadas en su domicilio, residencia o lugar donde se hallaren.

(Concs. Art. 144 CPP Mza.; Art. 157 CPP C Rica)

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 8)

Cuando se trate de una persona jurídica que no se hubiere presentado al proceso, las notificaciones se le cursarán al domicilio legal consignado en el instrumento de su creación, el cual tendrá carácter de domicilio constituido. Sin perjuicio de ello se le podrán cursar notificaciones a cualquier otro domicilio que se conozca o notificarlas en cualquiera de las formas previstas por el presente ordenamiento. (Último párrafo incorporado por Ley 9237)

***Art. 178 - Domicilio Legal.**

Los litigantes y quienes los representen y patrocinen, tienen el deber de denunciar el domicilio de los primeros y constituir domicilio legal dentro de cincuenta (50) cuerdas del asiento del tribunal, cada uno de ellos, todo en su primera presentación. Si así no lo hicieron se los notificará y practicarán las diligencias que deban cumplirse en esos domicilios en los estrados del tribunal sin trámite o declaración previa alguna. Estos domicilios subsistirán, a todos los efectos legales, aún cuando no existan o desapareciere el edificio donde se constituyera, mientras no sean expresamente cambiados. Los jueces podrán atenuar el rigor de esta regla, cuando se tratase de expedientes paralizados por tiempo mayor de dos (2) años.

(TEXTO SEGUN LEY 8775, ART. 1)

(Concs. Art. 166 CPP Cba.; Art. 155 CPP Mza.; Art. 157 CPP Costa Rica)".

Art. 179 - Notificaciones a Defensores o Mandatarios.

Si las partes tuvieran defensor o mandatario, las notificaciones deberán ser hechas solamente a éstos, salvo que la ley o la naturaleza del acto exijan que también aquéllas sean notificadas.

(Concs. Art. 167 CPP Cba.; Art. 146 CPP Mza.; Art. 158 CPP C.Rica)

Art. 180 - Modo del Acto.

La notificación se hará entregando al interesado que lo exigiere una copia autorizada de la resolución donde conste el proceso en que se dictó.

Si se tratare de resoluciones fundamentadas o requerimientos del Fiscal, la copia se limitará al encabezamiento y parte resolutive o pedido.

(Concs. Art. 168 CPP Cba.; Art. 147 CPP Mza.)

***Art. 181 - Notificación en la Oficina.**

Está prohibido el traslado del expediente, o en su caso del legajo, a las partes, para notificaciones y vistas, sin perjuicio de la extracción de copias o medio equivalente.

(Concs. Art. 169 CPP Cba.; Art. 150 CPP Mza.)

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 9)

Art. 182 - Notificación en el Domicilio.

Cuando la notificación se haga en el domicilio, el funcionario encargado de practicarla llevará dos copias autorizadas de la resolución, donde se hayan indicado el órgano judicial y el proceso en que se dictó; entregará una al interesado y al pie de la otra, que se agregará al expediente, dejará constancia de ello con indicación del lugar, día y hora de la diligencia, y firmará junto con el notificado.

Cuando quien deba notificarse no se encontrare en su domicilio, la copia será entregada a una persona mayor de 18 años que resida allí, prefiriéndose a los parientes del interesado y, a falta de ellos, a sus empleados o dependientes.

Si no se encontrare a nadie, la copia será entregada a un vecino mayor de dicha edad que sepa leer y escribir, con preferencia el más cercano. En estos casos el notificador hará constar a qué persona hizo entrega de la copia y por qué motivo y ambos suscribirán la diligencia.

Cuando el notificado o el tercero se negaren a recibir la copia, a dar su nombre o a firmar, ella será fijada en la puerta de la casa o habitación donde se practique el acto, en presencia de un testigo que firmará la diligencia. Si la persona requerida no supiere o no pudiere firmar, lo hará un testigo a su ruego.

(Conc. Art. 170 CPP Cba.; Art. 148 CPP Mza.; 159 y 161 CPP Costa Rica -parcial-)

"Tratándose de una persona jurídica, la notificación deberá hacerse en el domicilio legal o especial según corresponda, y se hará constar la diligencia en la persona con quien se entienda la notificación; en éste último supuesto, debajo de la firma, se anotará la constancia de un documento de identidad de quien firma. De no poder realizarse de la forma prevista, serán de aplicación las demás previsiones del presente artículo". (Segundo párrafo incorporado por Ley 9237)

Art. 183 - Notificación por Edictos.

Cuando se ignore el lugar donde se encuentra la persona que deba ser notificada, la resolución se hará saber por edictos que se publicarán durante cinco días en un diario de circulación, sin perjuicio de las medidas convenientes para averiguar la residencia.

(Conc. Art. 171 CPP Cba.; Art. 149 CPP Mza.)

Art. 184 - Disconformidad entre Original y Copia.

En caso de disconformidad entre el original y la copia, hará fe respecto de cada interesado la copia por él recibida.

(Concs. Art. 172 CPP Cba.; Art. 151 CPP Mza.)

Art. 185 - Formas especiales de Notificación

Cuando el interesado lo aceptare expresamente por cualquier medio fehaciente previamente comunicado al Tribunal Interviniente y en cualquier momento del proceso, podrá notificársele por medio de pieza postal que certifique su remisión, facsímil o cualesquier otros medios electrónicos. El plazo correrá a partir del momento de la recepción en el caso de piezas postales y desde la emisión o envío en el resto de los medios de comunicación señalados.

Bajo las mismas circunstancias de aceptación, también podrá notificarse a los sujetos del proceso, por otros medios, electrónicos, satelitales o cualesquiera otros que autoricen la Suprema Corte de Justicia, siempre que no causen indefensión.

(Conc. Art. 160 CPP Costa Rica)

Art. 186 - Nulidad de la Notificación.

La notificación será nula:

- 1) Si hubiera existido error sobre la identidad de la persona notificada.
- 2) Si la resolución hubiera sido notificada en forma incompleta.
- 3) Si en la diligencia no constare la fecha o, cuando corresponda, la entrega de la copia.
- 4) Si faltare alguna de las constancias del artículo 182 de las firmas prescritas.

(Concs. Art. 173 CPP Cba.; Art. 152 CPP Mza.; Art. 164 CPP C Rica)

Art. 187 - Citación.

Cuando sea necesaria la presencia de una persona para algún acto procesal, el Tribunal ordenará su citación.

Esta será practicada de acuerdo con las formas prescritas para la notificación, salvo lo dispuesto por el artículo siguiente.

(Concs. Art. 174 CPP Cba.; Art. 153 CPP Mza.; Art. 165 CPP C Rica)

Art. 188 - Citación Especial.

Los imputados que estuvieren en libertad, testigos, peritos, intérpretes y depositarios, podrán ser citados por la Policía Judicial o por cualquier otro medio fehaciente. En todos los casos se les hará saber el objeto de la citación y el proceso en que ésta se dispuso, y se les advertirá que si no obedecieren la orden - sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda - serán conducidos por la fuerza pública e incurrirán en las costas que causaren salvo que tuvieren un impedimento legítimo comunicado sin tardanza alguna al Tribunal. El apercibimiento se hará efectivo inmediatamente.

(Concs. Art. 175 CPP Cba.; Art. 154 CPP Mza;)

***Art. 189 - Vistas.**

Las vistas se ordenarán cuando la ley lo disponga y serán notificadas de acuerdo con el Artículo 177. Se acompañará copia digital del planteo formulado.

(Concs. Art. 176 CPP Cba.; Art. 156 CPP Mza.)

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 10)

Art. 190 - Notificación.

Cuando no se encontrare a la persona a quien se deba correr vista, la resolución será notificada conforme al artículo 182. El término correrá desde el día hábil siguiente.

(Concs. Art. 177 CPP Cba.; Art. 157 CPP Mza.)

Art. 191 - Término de las Vistas.

Toda vista que no tenga término fijado se considerará otorgada por tres días.

(Concs. Art. 178 CPP Cba.; Art. 158 CPP Mza.)

Art. 192 - Falta de Devolución de las Actuaciones.

Vencido el término por el cual se corrió vista sin que las actuaciones hubieran sido devueltas por el Fiscal o Defensor de Pobres y Ausentes, se dispondrá su incautación inmediata por el Secretario, sin perjuicio de remitirse los antecedentes a la Suprema Corte de Justicia o al Procurador General, según corresponda.

(Concs. Art. 179 CPP Cba.; Art. 159 CPP Mza.)

CAPÍTULO 7. TÉRMINOS

Art. 193 - Regla General.

Los actos procesales se practicarán en los términos establecidos. Estos correrán para cada interesado desde su notificación o, si fueren comunes, desde la última que se practicare, y se contarán en la forma prevista por el Código Civil.

Si el término fijado venciere después de las horas de oficina, el acto que deba cumplirse en ella podrá ser realizado válidamente dentro de las dos primeras horas de oficina del día hábil siguiente.

(Concs. Art. 180 CPP Cba.; Art. 161 CPP Mza.; Art. 164 CPPN)

Art. 194 - Términos.

Para los términos se computarán únicamente los días hábiles, con excepción de los casos que expresamente disponga el presente Código u otra Ley.

(Concs. Art. 162 CPP Mza; Art. 181 CPP Cba.)

Art. 195 - Términos Perentorios y Fatales.

Los términos perentorios son improrrogables salvo las excepciones previstas en la Ley.

Si el imputado estuviere privado de su libertad serán fatales los términos del artículo 349. (Concs. Art. 182 CPP Cba.)

*Art. 196 - Vencimiento. Efectos.

El vencimiento de un término fatal sin que se haya cumplido el acto para el que está determinado, importará automáticamente el cese de la intervención en la causa, del Juez, Tribunal o representante del Ministerio Público Fiscal, al que dicho plazo le hubiera sido acordado. La Suprema Corte de Justicia o el Procurador General, según el caso, dispondrán el modo en que se producirá el reemplazo de aquellos. Cuando el vencimiento del término fatal se atribuya a un miembro de la Suprema Justicia o al Procurador General, en el primer caso será sustituido por otro miembro de la Corte o por un Conjuez y en el caso del Procurador General por los Fiscales Adjuntos, o un Fiscal Jefe de Unidad Fiscal.

Las disposiciones de este artículo sólo son aplicables a los Jueces, Tribunales o representantes del Ministerio Público Fiscal titulares y no a quienes ejercieran competencia interinamente por subrogación en caso de vacancia o licencia.

El Procurador General y los Fiscales deberán controlar, bajo su responsabilidad personal, el cumplimiento de los términos fatales, a cuyo efecto el Procurador General podrá establecer los órganos de inspección que estime pertinentes."

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 50)

(Concs. Art. 183 CPP Cba.)

CAPÍTULO 8. NULIDAD

Art. 197 - Regla General.

Los actos procesales serán nulos sólo cuando no se hubieran observado las disposiciones expresamente prescritas bajo pena de nulidad.

(Concs. Art. 184 CPP Cba.; Art. 171 CPP Mza.)

Art. 198º.- Conminación Genérica.

Se entenderá siempre prescrita bajo pena de nulidad la observancia de disposiciones concernientes:

- 1) Al nombramiento, capacidad y constitución del Tribunal.
- 2) A la intervención de Ministerio Público en el proceso, y a su participación en los actos en que ella sea obligatoria.
- 3) A la intervención, asistencia y representación del imputado, en los casos y formas que la ley establece.
- 4) A la intervención, asistencia y representación de las partes civiles, en los casos y formas que la ley establece.
- 5) A la intervención, asistencia y representación del querellante particular, en los casos de los artículos 346 y 355.

(Concs. Art.185 CPP Cba.; Art. 172 CPP Mza. -parcial-; Art.178 C.Rica)

Art. 199 - Declaración.

El Tribunal que compruebe una causa de nulidad tratará, si fuere posible, de eliminarla inmediatamente.

Si no lo hiciere podrá declarar la nulidad a petición de parte.

Solamente deberán ser declaradas de oficio, en cualquier estado y grado del proceso, las nulidades previstas en los incisos 1 al 3 del artículo anterior que impliquen violación de normas constitucionales, o cuando así se establezca expresamente.

(Concs. Art. 186 CPP Cba.; Art. 173 CPP Mza. -parcial-).

Art. 200 - Instancia.

Salvo los casos en que proceda la declaración de oficio, sólo podrán instar la nulidad el Ministerio Público y las partes que no hayan concurrido a causarla y que tengan interés en la observancia de las disposiciones legales respectivas.

(Concs. Art. 187 CPP Cba.; Art. 173 CPP Mza.)

Art. 201 - Oportunidad y Forma.

Las nulidades sólo podrán ser instadas, bajo pena de caducidad, en las siguientes oportunidades:

- 1) Las producidas en la investigación penal preparatoria, durante ésta o en el término de citación a juicio.
- 2) Las acaecidas en los actos preliminares del juicio, inmediatamente después de la lectura con la cual queda abierto el debate.
- 3) Las producidas en el debate, antes o inmediatamente después de cumplirse el acto.
- 4) Las acaecidas durante la tramitación de un recurso ante el Tribunal de Alzada, inmediatamente después de abierta la audiencia prescrita por los artículos 472 o 483, o en el alegato escrito.

La instancia de nulidad será motivada, bajo pena de inadmisibilidad. Durante la investigación fiscal, el incidente se tramitará en la forma establecida por el artículo 350. En los demás casos seguirá el trámite previsto para el recurso de reposición (463), salvo que fuere deducida en el alegato, según la última parte del inciso 4, del presente.

(Concs. Art. 188 CPP Cba.; Art. 173 CPP Mza. -parcial-)

Art. 202 - Modo de subsanarla.

Toda nulidad podrá ser subsanada del modo establecido en este Código, salvo las que deban ser declaradas de oficio.

Las nulidades quedarán subsanadas:

- 1) Cuando el Ministerio Público o las partes no las opongan oportunamente (201).
- 2) Cuando los que tengan derecho a oponerlas hayan aceptado, expresa o tácitamente, los efectos del acto.
- 3) Si no obstante su irregularidad, el acto hubiera conseguido su fin con respecto a todos los interesados.

(Concs. Art. 189 CPP Cba.; Art. 176 CPP Mza; Art. 177 C. Rica -parcial-)

Art. 203 - Efectos.

La nulidad de un acto, cuando fuere declarada, hará nulos todos los actos consecutivos que de él dependan.

Al declararla, el Tribunal interviniente establecerá, además a qué actos anteriores o contemporáneos alcanza la nulidad, por conexión con el acto anulado.

Quando fuere necesario y posible, se ordenará la renovación o rectificación de los actos anulados.

(Concs. Art. 190 CPP Cba.; Art. 177 CPP Mza.; Art. 179 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 204 - Sanciones.

Quando un Tribunal de Alzada declare la nulidad de actos cumplidos por uno inferior o un Fiscal, podrá disponer su apartamiento de la causa e imponerle las medidas disciplinarias que le acuerde la ley, o solicitarlas a la Suprema Corte de Justicia.

(Concs. Art. 191 CPP Cba.)

CAPÍTULO 9. MEDIOS DE PRUEBA

SECCIÓN PRIMERA. REGLAS GENERALES

Art. 205 - Libertad Probatoria.

Todos los hechos y circunstancias relacionados con el objeto del proceso pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba, salvo las excepciones previstas por las leyes.

(Concs. Art. 192 CPP Cba.; Art. 182 CPP C. Rica)

Art. 206 - Valoración.

Las pruebas obtenidas durante el proceso serán valoradas con arreglo a la sana crítica.

(Concs. Art. 193 CPP Cba.; Art. 184 CPP Costa Rica -parcial-)

Art. 207 - Exclusiones Probatorias.

Carecen de toda eficacia probatoria los actos que vulneran garantías constitucionales. La ineficacia se extiende a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubieren podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia necesaria de ella.

(Concs. Art. 194 CPP Cba.; Art. 181 CPP C. Rica)

SECCIÓN SEGUNDA. INSPECCIÓN Y RECONSTRUCCIÓN

Art. 208 - Inspección Judicial.

Se comprobará mediante la inspección de personas, lugares y cosas, los rastros y otros efectos materiales que el hecho hubiera dejado; se los describirá detalladamente y, cuando fuere posible, se recogerán o conservarán los elementos probatorios útiles.

(Concs. Art. 195 CPP Cba.; Art. 220 CPP Mza.; Art. 185 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 209 - Ausencia de Rastros.

Si el hecho no dejó rastros o no produjo efectos materiales, o si éstos desaparecieron o fueron alterados, se describirá el estado existente y, en lo posible, se verificará el anterior. En caso de desaparición o alteración, se averiguará y hará constar el modo, tiempo y causa de ellas.

(Concs. Art. 196 CPP Cba.; Art. 220 CPP Mza.-parcial-; Art. 186 CPP C.Rica.)

Art. 210 - Facultades Coercitivas.

Para realizar la inspección, se podrá ordenar que durante la diligencia no se ausenten las personas halladas en el lugar, o que comparezca inmediatamente cualquier otra. Los que desobedezcan incurrirán en la responsabilidad de los testigos, sin perjuicio de ser compelidos por la fuerza pública.

(Concs. Art. 197 CPP Cba.; Art. 223 CPP Mza.; Art. 187 CPP C. Rica)

*Art. 211 - Inspección Corporal y Mental.

Se podrá proceder a la inspección corporal y mental del imputado cuidando que en lo posible se respete su pudor.

Las extracciones de sangre, saliva, piel, cabello u otras muestras biológicas deberán efectuarse según las reglas del saber médico, a los efectos de obtener la huella genética digitalizada, salvo que pudiere temerse daño a la salud de la persona sobre la que debe efectuarse la medida, según la experiencia común y la opinión del experto a cargo de la intervención.

La misma será practicada del modo menos lesivo para la persona y sin afectar su pudor, teniendo especialmente en consideración su género y otras circunstancias particulares. El uso de facultades coercitivas sobre el afectado por la medida en ningún caso podrá exceder el estrictamente necesario para su realización.

Podrá disponerse igual medida respecto de otra persona, con la misma limitación, en los casos de grave y fundada sospecha o de absoluta necesidad.

Si fuere preciso, la inspección podrá practicarse con el auxilio de peritos. Al acto podrá asistir el defensor o una persona de confianza del examinado, quien será advertido previamente de tal derecho. Si el Fiscal lo estima conveniente, y siempre que sea posible alcanzar igual certeza con el resultado de la medida, podrá ordenar la recolección de la muestra biológica para la obtención de la huella genética digitalizada por medios distintos a la inspección corporal, como el secuestro de objetos que contengan células ya desprendidas del cuerpo, para lo cual podrán ordenarse medidas como el registro o allanamiento domiciliario o la requisa personal.

Asimismo, cuando en un delito de acción pública se deba obtener la huella genética digitalizada de la presunta víctima del delito, la medida ordenada se practicará teniendo en cuenta tal condición, a fin de resguardar sus derechos específicos. A tal efecto, si la víctima se opusiera a la realización de las medidas indicadas en el segundo párrafo, el Fiscal procederá del modo indicado en el párrafo precedente.

En ningún caso regirá la facultad de abstención del Artículo 233.

(TEXTO SEGUN LEY 8916, ART. 16)

(Concs. Art. 198 CPP Cba.; Art. 222 CPP Mza.; Art. 188 CPP C. Rica -parcial-)

Art. 212 - Identificación de Cadáveres.

Si la investigación penal preparatoria se realizare por causa de muerte violenta o sospechosa de criminalidad y el extinto fuere desconocido, antes de procederse al entierro del cadáver o después de su exhumación, hecha la descripción correspondiente se lo identificará por medio de testigos y se tomarán sus impresiones digitales.

Cuando por los medios indicados no se obtenga la identificación y el estado del cadáver lo permita, éste será expuesto al público antes de practicarse la autopsia, a fin de que quien tenga datos que puedan contribuir al reconocimiento los comunique.

(Concs. Art. 199 CPP Cba.; Art. 224 CPP Mza. -parcial-; Art. 191 CPP C.Rica)

Art. 213 - Reconstrucción del Hecho.

Podrá ordenarse la reconstrucción del hecho, de acuerdo con las declaraciones recibidas u otros elementos de convicción, para comprobar si se efectuó o pudo efectuarse de un modo determinado.

Nunca se obligará al imputado a intervenir en el acto, el que deberá practicarse con la mayor reserva posible para evitar la presencia de extraños que no deban actuar.

(Concs. Art. 200 CPP Cba.; Art. 225 CPP Mza.; Art. 192 CPP C.Rica)

Art. 214 - Operaciones Técnicas.

Para mayor eficacia de las inspecciones y reconstrucciones, se podrán ordenar todas las operaciones técnicas y científicas convenientes.

(Concs. Art. 201 CPP Cba.; Art. 226 CPP Mza.; Art. 188 in fine CPP C. Rica)

Art. 215 - Juramento.

Los testigos, peritos e intérpretes que intervengan en actos de inspección o reconstrucción, deberán prestar juramento conforme a los artículos 144, 240 y 246.

(Concs. Art. 202 CPP Cba.; Art. 227 CPP Mza.)

SECCIÓN TERCERA. REGISTRO Y REQUISA

Art. 216 - Registro.

Si hubiere motivos suficientes para presumir que en determinado lugar existen cosas pertinentes al delito, o que allí puede efectuarse la detención del imputado o de alguna persona evadida o sospechada de criminalidad, el Tribunal o Fiscal de Instrucción si no fuere necesario allanar el domicilio, ordenarán por decreto fundado, bajo pena de nulidad, el registro de ese lugar.

Podrán también disponer de la fuerza pública y proceder personalmente o delegar la diligencia en funcionarios de la Policía Judicial. En este caso, la orden, bajo pena de nulidad, será escrita, expresando el lugar, día y hora en que la medida deberá efectuarse y el nombre del comisionado, quien actuará conforme al Capítulo 2 del presente Título.

Excepcionalmente, y siempre que hubiera motivos suficientes y razonablemente fundados para presumir el ocultamiento de armas, municiones, explosivos o cosas presuntamente relacionadas con la comisión del delito en un determinado lugar, complejo residencial o habitacional, barrio o zona determinada, el magistrado competente podrá disponer de la fuerza pública para proceder al registro, debiendo ordenar in situ, si correspondiere, el allanamiento de lugares determinados mediante decreto firmado. La diligencia deberá contar, bajo pena de nulidad, con la presencia del funcionario del Ministerio Público competente.

(Concs. Art. 203 CPP Cba.; Art. 228 CPP Mza. -parcial-; Art. 185 CPP Costa Rica-parcial-; cfr. Art. 1 Ley Nº 6796).

*Art. 217 - Allanamiento de la morada.

Cuando el registro debe efectuarse en un lugar habitado o en sus dependencias cerradas, la orden será dictada por decreto fundado de juez competente, a solicitud del fiscal interviniente o del funcionario en quien éste delegue la misma.

El juez deberá expedirse dentro del plazo de una (1) hora de recibida la solicitud. Este plazo podrá prorrogarse fundadamente por hasta dos (2) horas más, bajo apercibimiento de poner en conocimiento a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia, a fin de imponer las medidas disciplinarias correspondientes.

La diligencia solo podrá comenzar desde que sale hasta que se pone el sol, salvo que el interesado o su representante presten su consentimiento. Sin embargo, en los casos sumamente graves y urgentes o cuando se considere que peligre el orden público, el allanamiento podrá efectuarse a cualquier hora. Deberá ser siempre fundada la denegatoria de allanamiento domiciliario. Igual recaudo se requiere para la autoridad solicitante. En caso de urgencia, cuando medie delegación de la diligencia, el preventivo

solicitando la orden al Juez de Garantías y la comunicación de la orden por éste, a quien se le encomiende el allanamiento podrá realizarse por fax o medios electrónicos. El destinatario de la orden comunicará inmediatamente su recepción al juez emisor y corroborará que los datos de la orden, sean correctos. Podrá usarse la firma digital.

La Corte Suprema de Justicia de la Provincia, reglamentará los recaudos que deban adoptarse para asegurar la certidumbre y autenticidad del procedimiento. En supuestos urgentes, tratándose de delitos graves, el Fiscal de Instrucción podrá petitionar la orden de allanamiento telefónicamente al Juez de Garantías. La mencionada comunicación no podrá ser delegada por el fiscal de instrucción a ningún funcionario judicial.

El Juez de Garantías, dictará el decreto autorizando el allanamiento, a través de los medios de comunicación establecidos en el párrafo anterior. El Fiscal de Instrucción deberá acompañar el preventivo dentro de las 48 horas de realizada la medida. En caso de ser necesario por la complejidad del asunto, el Juez de Garantías podrá librar la orden consignando únicamente su parte dispositiva, difiriéndose los fundamentos de la misma. Ésta se efectuará, bajo pena de nulidad, en el plazo máximo de 24 horas a contar del momento de libramiento de la orden, debiendo notificarse por escrito los fundamentos al que habite o posea el lugar donde deba efectuarse la medida. Cuando por existir evidente riesgo para la seguridad de los testigos del procedimiento, fuese necesario que la autoridad preventora ingrese al lugar primeramente, se dejará constancia explicativa de ello en el acta, bajo pena de nulidad. Si en estricto cumplimiento de la orden de allanamiento, se encontraren objetos que evidencien la comisión de un delito distinto al que motivó la orden, se procederá a su secuestro y se le comunicará al juez o fiscal interviniente.

(TEXTO SEGUN LEY 7781, ART. 1)

(Concs. Art. 204 CPP Cba.; Art. 229 CPP Mza. -parcial-; Art. 193 CPP Costa Rica -parcial; cfr. Ley Nº 6637)

*Art. 218 - Registro de otros locales.

La restricción horaria establecida en el artículo anterior, no regirá para las oficinas administrativas, los establecimientos de reunión o de recreo, el local de las asociaciones o cualquier otro lugar cerrado que no esté destinado a habitación particular, pudiendo ser decretada la orden de registro por el Juez de Garantías o el Fiscal de Instrucción. En estos casos deberá darse aviso a las personas a cuyo cargo estuvieren los locales, salvo que ello fuere perjudicial a la investigación. Para la entrada y registro en las Cámaras Legislativas, será necesaria la autorización del Presidente respectivo.

(TEXTO SEGUN LEY 7781, ART. 2)

(Concs. Art. 205 CPP Cba.; Art. 230 CPP Mza.; Art. 194 CPP C.Rica)

*Art. 219 - Allanamiento Sin Orden.

No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, la policía judicial podrá proceder al allanamiento de morada sin previa orden judicial:

- 1) Si por incendio, inundación u otra causa semejante, se hallare amenazada la vida de los habitantes o la propiedad.
- 2) Cuando se denunciare que personas extrañas han sido vistas mientras se introducían en un local, con indicios manifiestos de ir a cometer un delito.
- 3) En caso de que se introduzca en un local algún imputado de delito grave a quien se persiga para su aprehensión.

4) Si voces provenientes de una casa anuncian que allí se está cometiendo un delito, o de ella pidieran socorro.

5) Se tenga sospechas fundadas de que en una casa o local se encuentra la víctima de una privación ilegal de la libertad. El representante del Ministerio Público Fiscal deberá autorizar la diligencia y será necesaria su presencia en el lugar.

(TEXTO SEGUN LEY 7781, ART. 3)

(Concs. art . 206 CPP Cba.; Art. 231 CPP Mza.; Art. 197 CPP C.Rica)

Art. 220 - Formalidades para el Allanamiento.

La orden de allanamiento será notificada al que habite o posea el lugar donde debe efectuarse.

Cuando éste estuviera ausente, se notificará a su encargado o, a falta de éste, a cualquier persona mayor de edad que se hallare en el lugar, prefiriendo a los familiares del primero.

Al notificado se lo invitará a presenciar el registro.

Cuando no se encontrare a nadie, ello se hará constar en el acta.

Practicado el registro, se consignará en el acta su resultado, con expresión de las circunstancias útiles para la investigación.

El acta será firmada por los concurrentes. Si alguien no lo hiciere, se expondrá la razón.

(Concs. Art. 207 CPP Cba.; Art. 232 CPP Mza.; Art. 196 CPP C. Rica)

Art. 221 - Orden de Requisa Personal.

Se ordenará la requisa personal por decreto fundado, bajo pena de nulidad, siempre que haya motivos suficientes para presumir que una persona oculta en su cuerpo cosas relacionadas con un delito. Antes de proceder a la medida, podrá invitársela a exhibir el objeto de que se trate, sin perjuicio de lo dispuesto por el Art. 15 de la ley 6722.

(Concs. Art. 208 CPP Cba.; Art. 234 CPP Mza.; Art. 188 CPP Costa Rica -parcial-).

Art. 222 - Procedimiento de Requisa.

Las requisas se practicarán separadamente, respetando en lo posible el pudor de las personas. Si se hicieren sobre una mujer, serán efectuadas por otra, salvo que esto importe demora perjudicial a la investigación.

La operación se hará constar en acta que firmará el requisado; si no la suscribiere se indicará la causa.

(Concs. Art. 209 CPP Cba.; Art. 234 CPP Mza.-pacial-; Art. 189 CPP C.Rica)

SECCIÓN CUARTA. SECUESTRO

Art. 223 - Orden de Secuestro.

El Tribunal o el Fiscal de Instrucción, si no fuere necesario allanar domicilio, podrán disponer que sean conservadas o recogidas las cosas relacionadas con el delito, las sujetas a confiscación o aquéllas que puedan servir como prueba; para ello, cuando fuere necesario, se ordenará su secuestro.

En casos urgentes, esta medida podrá ser delegada en un funcionario de la Policía Judicial en la forma prescrita para los registros.

(Concs. Art. 210 CPP Cba.; Art. 235 CPP Mza. -parcial-; Art. 198 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 224 - Orden de Presentación. Limitaciones.

En vez de disponer el secuestro se podrá ordenar, cuando fuere oportuno, la presentación de los objetos o documentos a que se refiere el artículo anterior; pero esta orden no podrá dirigirse a las personas que deban abstenerse de declarar como testigos, por razón de parentesco, secreto profesional o de Estado.

(Concs. Art. 211 CPP Cba.; Art. 189 CPP C.Rica -2º parte-)

Art. 225 - Documentos Excluidos.

No podrán secuestrarse, bajo pena de nulidad, las cartas, documentos, grabaciones o elementos soportes de medios electrónicos que se envíen o entreguen a los defensores para el desempeño de su cargo.

(Concs. Art. 212 CPP Cba.; Art. 241 CPP Mza.; Art. 201 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 226 - Custodia o depósito.

Los efectos secuestrados serán inventariados y puestos bajo segura custodia, La disposición del órgano judicial interviniente, o se ordenará su depósito.

Cuando se tratare de automotores u otros bienes de significativo valor, no se entregarán en depósito sino a sus propietarios, salvo que desde su secuestro hayan transcurrido seis meses sin que hubiere mediado reclamo por parte de aquellos.

Los automotores podrán ser solicitados en depósito al órgano judicial interviniente, por el Poder Ejecutivo -a través del funcionario que designe- para ser afectados exclusivamente al cumplimiento de la función de seguridad que compete a la Policía de la Provincia, o por el Procurador General para ser destinados a la tarea de la Policía Judicial.

Se podrá disponer la obtención de copias o reproducciones de las cosas secuestradas cuando éstas puedan desaparecer, alterarse, sean de difícil custodia o convenga así a la investigación penal preparatoria.

Las cosas secuestradas serán aseguradas con el sello del Tribunal o Fiscalía de Instrucción que intervenga y con la Firma del Juez o del Fiscal, según corresponda, y del Secretario, debiéndose firmar los documentos en cada una de sus hojas.

Si fuera necesario remover los sellos, se verificará previamente su identidad e integridad. Concluido el acto, aquéllos serán repuestos, y todo se hará constar.

(Concs. Art. 213 CPP Cba.; Art. 237 CPP Mza. -parcial-)

Art. 227 - Intercepción de Correspondencia.

Siempre que lo considere útil para la averiguación de la verdad, el Tribunal podrá ordenar por decreto fundado, bajo pena de nulidad, la interceptación o el secuestro de la correspondencia postal, telegráfica, electrónica o de todo efecto remitido por el imputado o destinado al mismo, aunque sea bajo nombre supuesto.

(Conc. Art. 214 CPP Cba.; Art. 238 CPP Mza. -parcial-)

Art. 228 - Apertura y Examen de Correspondencia. Secuestro.

Recibida la correspondencia o los efectos interceptados, el Tribunal procederá a su apertura, haciéndolo constar en acta.

Examinará los objetos y leerá por sí el contenido de la correspondencia. Si tuvieren relación con el proceso ordenará el secuestro; en caso contrario, mantendrá en reserva su contenido y dispondrá la entrega al destinatario, a sus representantes o parientes próximos, bajo constancia.

(Concs. Art. 215 CPP Cba.; Art. 239 CPP Mza. -parcial-)

Art. 229 - Intervención de Comunicaciones.

El Tribunal podrá ordenar por decreto fundado, bajo pena de nulidad, la intervención de las comunicaciones del imputado, cualquiera sea el medio técnico utilizado, para impedir las o conocerlas.

(Concs. Art. 216 CPP Cba.; Art. 240 CPP Mza.)

*Art. 229 bis

- Cuando se presuma la existencia de una Asociación Ilícita, en cualquier instancia y bajo cualquier régimen procesal, Leyes 1.908 y 6.730, el Juez de Garantías, previa evaluación del o los elementos indiciarios que justifiquen el pedido de intervención de las comunicaciones de los sospechosos, decretará fundada e inmediatamente la medida, disponiendo el tiempo de los mismos.

(TEXTO INCORPORADO SEGUN LEY 7697, ART. 1)

*Art. 229 ter –

La intervención de las comunicaciones a las que se alude en los artículos precedentes, podrán extenderse hasta un plazo máximo de sesenta días, pudiendo ser prorrogado por igual término, si las circunstancias del caso lo requieren. No podrá concederse autorización para realizarla de manera indeterminada. Quedan prohibidas dentro de los procesos penales las intervenciones de las comunicaciones llevadas a cabo entre los imputados y sus abogados defensores. Vencidos los plazos establecidos el Juez dará vista al Ministerio Público para que determine la iniciación de la causa o su archivo. Si se ordenara el archivo, el Juez y Tribunal interviniente exclusiva y excluyentemente, será el ejecutor de la destrucción o borrado de los soportes de las grabaciones." (TEXTO INCORPORADO SEGUN LEY 7697, ART. 2)

*Art. 229 quater –

De la orden que dispone la intervención de la comunicación, el Juez de Garantía, remitirá copia en sobre cerrado a la Excma . Suprema Corte de Justicia de la Provincia, la que llevará de manera reservada el control formal de las intervenciones realizadas en cada proceso.

(TEXTO INCORPORADO SEGUN LEY 7697, ART. 3)

Art. 230 - Devolución.

Los objetos secuestrados que no estén sometidos a confiscación, restitución o embargo, serán devueltos, tan pronto como no sean necesarios, a la persona de cuyo poder se sacaron.

Esta devolución podrá ordenarse provisionalmente, en calidad de depósito,

e imponerse al poseedor la obligación de exhibirlos. Los efectos sustraídos serán devueltos, en las mismas condiciones y según corresponda, al damnificado o al poseedor de buena fe de cuyo poder hubieran sido secuestrados.

(Concs. Art. 217 CPP Cba.; Art. 242 CPP Mza. -parcial- ; Art. 200 CPP C.Rica -parcial-)

SECCIÓN QUINTA. TESTIGOS

Art. 231 - Deber de Indagar.

Se interrogará a toda persona que conozca los hechos investigados, cuando su declaración pueda ser útil para descubrir la verdad.

(Concs. Art. 218 CPP Cba.; Art. 243 CPP Mza.; Art. 204 CPP C. Rica)

Art. 232 - Obligación de Testificar.

Toda persona tendrá la obligación de concurrir al llamamiento judicial y declarar la verdad de cuanto supiere y le fuere preguntado, salvo las excepciones establecidas por la ley.

Sin perjuicio de ello, y a solicitud del testigo, el magistrado interviniente deberá disponer la custodia de su persona y/o familiares y/o bienes del mismo, cuando existiere temor fundado de daño en ellos.

Igualmente y a solicitud del interesado el magistrado interviniente deberá resguardar la identidad y demás datos del testigo. Tal situación regirá hasta tanto no lo requiera la defensa a los efectos del ejercicio de las garantías constitucionales pertinentes.

(Concs. Art. 219 CPP Cba. -parcial-; Art. 244 CPP Mza.-parcial-; Art. 204 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 233 - Facultad de Abstención.

Podrán abstenerse de testificar en contra del imputado su cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano, sus parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, su tutor o pupilo, o persona con quien convive en aparente matrimonio.

(Concs. Art. 220 CPP Cba.; Art. 246 CPP Mza. -parcial-; Art. 205 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 234 - Deber de Abstención.

Deberán de abstenerse de declarar sobre los hechos secretos que hubieran llegado a su conocimiento en razón del propio estado, oficio o profesión, bajo pena de nulidad: los Ministros de un culto admitido; los abogados, procuradores y escribanos; los médicos, farmacéuticos, parteras y demás auxiliares del arte de curar; los militares y funcionarios públicos sobre secretos de Estado.

Sin embargo, estas personas no podrán negar el testimonio cuando sean liberadas por el interesado del deber de guardar secreto, con excepción de las mencionadas en primer término.

Si el testigo invocare erróneamente ese deber con respecto a un hecho que no puede estar comprendido en él, se procederá sin más a interrogarlo.

(Concs. Art. 221 CPP Cba.; Art. 247 CPP Mza. -parcial-; Art. 206 CPP C. Rica -parcial-)

Art. 235 - Comparecencia.

Para el examen de testigos, se librará orden de citación con arreglo al artículo 188, excepto los casos previstos por los artículos 241 y 242.

En los casos de urgencia sin embargo, podrán ser citados verbalmente.

El testigo podrá también presentarse espontáneamente, lo que se hará constar.

(Concs. Art. 222 CPP Cba.; Art. 248 CPP Mza. -parcial-; Art. 207 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 236 - Residentes Fuera de la Ciudad.

Cuando el testigo no resida en la ciudad donde el órgano judicial interviniente actúa ni en sus proximidades, o sean difíciles los medios de transporte, se someterá la declaración, por oficio a la autoridad de su residencia, salvo que se considere necesario hacerlo comparecer, en razón de la gravedad

del hecho investigado y la importancia del testimonio; en este caso se fijará prudencialmente la indemnización que corresponda.

De igual manera se procederá cuando el testigo resida en otra jurisdicción.

(Concs. Art. 223 CPP Cba.; Art. 249 CPP Mza. -parcial-; Art. 207 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 237 - Ignorancia del idioma y discapacidades.

Si el testigo no supiere darse a entender por ignorar el castellano o ser sordomudo, o si fuere ciego, se procederá de la siguiente manera; para la ignorancia del idioma regirán los artículos 260 y concordantes de este Código. Para hacer jurar y examinar a un sordo le presentarán por escrito la fórmula del juramento, las preguntas y las observaciones, para que jure y responda oralmente; si se tratare de un mudo se harán oralmente las preguntas y responderá por escrito; si de un sordomudo, las preguntas y respuestas serán escritas. Si dichas personas no supieran darse a entender por escrito, se nombrará intérprete. Si se tratase de un ciego que deba suscribir algún documento, podrá pedir que antes de ello, le dé lectura una persona de su confianza, lo cual se hará saber bajo pena de nulidad.

(Concs. Art. 112 CPP y 141 CCP. Mza.-parcial-)

Art. 238 - Compulsión.

Si el testigo no se presentare a la primera citación, se procederá conforme al artículo 188, sin perjuicio de su enjuiciamiento cuando corresponda.

Si después de comparecer se negare a declarar, se dispondrá su arresto hasta por dos días, al término de los cuales, cuando persista en la negativa, se iniciará contra él causa criminal.

(Concs. Art. 225 CPP Cba.; Art. 250 CPP Mza. -parcial-; Art. 208 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 239 - Arresto Inmediato.

Podrá ordenarse el inmediato arresto a un testigo cuando carezca de domicilio o haya temor fundado de que se oculte o fugue. Esta medida durará el tiempo indispensable para recibir la declaración, el que nunca excederá de 24 horas.

(Concs. Art. 226 CPP Cba.; Art. 210 CPP C.Rica)

Art. 240 - Forma de Declaración.

Antes de comenzar la declaración, los testigos serán instruidos acerca de la pena de falso testimonio y prestarán juramento, bajo pena de nulidad, con excepción de los menores de 16 años y de los condenados como partícipes del delito que se investiga o de otro conexo.

Inmediatamente, se interrogará separadamente a cada testigo, requiriendo su nombre, apellido, estado, edad, profesión, domicilio, vínculo de parentesco y de interés por las partes, y cualquier otra circunstancia que sirva para apreciar su veracidad.

Si el testigo pudiera abstenerse de declarar, se le deberá advertir, bajo pena de nulidad, que goza de dicha facultad, lo que se hará constar.

A continuación se le interrogará sobre el hecho, si corresponde, de acuerdo con el Artículo 145.

Para cada declaración se labrará acta con arreglo a los artículos 147 y 148.

A solicitud del testigo el Magistrado interviniente deberá disponer la custodia de su persona y/o familiares y/o bienes del mismo, cuando existiere temor fundado de sufrir un daño en ellos.

(Concs. Art. 227 CPP Cba.; Art. 252 CPP Mza. -parcial-; Art. 211 CPP C.Rica -parcial-)

*Art. 240 bis -

Implementase el Sistema de Cámara Gesell en el ámbito de la Provincia de Mendoza. En caso de tratarse de víctimas de los delitos tipificados en el Código Penal, Libro Segundo, Título III, Capítulo II, III, IV y V, y los comprendidos en el Artículo 53 de la Ley 6.354, Libro Segundo, Título Primero, Capítulo Segundo o las que en el futuro la modifiquen, que a la fecha en que se requiera su comparecencia no hayan cumplido los dieciocho (18) años de edad, debe seguirse el siguiente procedimiento:

a) Los menores aludidos sólo serán entrevistados por un psicólogo o una psicóloga especialista en niños, niñas y adolescentes, y/o un psiquiatra infanto juvenil u otro profesional de disciplinas afines que cuente con la capacitación correspondiente. Los mismos serán designados por el Tribunal que ordene la medida, no pudiendo, en ningún caso ser interrogados en forma directa por dicho Tribunal o las partes.

b) El mismo tendrá lugar en un gabinete acondicionado con los implementos adecuados a la edad y a la etapa evolutiva del menor.

c) El profesional actuante, en el plazo que el Tribunal disponga, elevará un informe detallado de las conclusiones a las que arribe.

d) A pedido de parte o si el Tribunal lo dispone de oficio, las alternativas del acto pueden ser seguidas desde el exterior del recinto a través de vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico, con que se cuente. En ese caso, previo a la iniciación del acto, el Tribunal hará saber al profesional a cargo de la entrevista las inquietudes propuestas por las partes, así como las que surjan durante el transcurso del acto, las que serán canalizadas teniendo en cuenta las características del hecho y el estado emocional del menor.

e) En caso de actos de reconocimiento de lugares y/o cosas, el menor será acompañado por el profesional que designe el Tribunal, no pudiendo en ningún caso estar presente el imputado.

(TEXTO MODIFICADO POR LEY 8925, ART. 1)

(HIS.: TEXTO INCORPORADO POR LEY 8652, ART. 1)

*Art. 240 ter

Cuando se trate de testigos, que a la fecha de ser requerida su comparecencia tengan menos de dieciocho (18) años, el Tribunal previa a la recepción del testimonio, podrá requerir informe del especialista a cargo del procedimiento, acerca de la existencia de riesgo para la salud psicofísica del menor ante la necesidad de que éste deba comparecer ante los estrados. En caso afirmativo, se procederá de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 240 bis del presente Código. (TEXTO INCORPORADO POR LEY 8652, ART. 3)

*Art. 240 quater

Sin perjuicio de lo establecido en los artículos anteriores será de aplicación lo prescripto por la Ley 6.354 -protección integral de niños, adolescentes, derechos y garantías, régimen jurídico de menores- y/o las que en el futuro la modifiquen.

El menor, en todos los casos, será asistido por el Ministerio Público Fiscal Pupilar de Familia.

(TEXTO INCORPORADO POR LEY 8652, ART. 5)

Art. 241 - Tratamiento Especial.

No estarán obligados a comparecer: el Presidente y Vicepresidente de la Nación; los Gobernadores y Vicegobernadores de las Provincias; los Ministros y Legisladores al igual que los Magistrados del Poder Judicial - nacionales y provinciales-; miembros de los Tribunales Militares; los Ministros Diplomáticos y Cónsules Generales; Oficiales Superiores de las Fuerzas Armadas en actividad; los altos dignatarios de las Iglesias legalmente reconocidas por la República Argentina, el Presidente del Tribunal de Cuentas, el Fiscal de Estado, el Asesor de Gobierno y los Directores de la Inspección General de Seguridad.-

Según la importancia que se atribuya al testimonio, estas personas declararán en su residencia oficial o informe por escrito, en el cual expresarán que atestiguan bajo juramento. En el primer caso, no podrán ser interrogados directamente por las partes ni sus defensores.-

Sin embargo, los testigos nombrados podrán renunciar al tratamiento especial.-

(Concs. Art. 228 CPP Cba. -parcial-; Art. 254 -parcial- CPP Mza.; Art. 206 CPP Costa rica -parcial-; Art. 2º Ley 6796)

Art. 242 - Examen en el Domicilio.

Las personas que no puedan concurrir al Tribunal o Fiscalía de Instrucción por estar físicamente impedidas, serán examinadas en su domicilio.

(Concs. Art. 229 CPP Cba.; Art. 255 CPP Mza. -parcial-)

Art. 243 - Falso Testimonio.

Si un testigo incurriere presumiblemente en falso testimonio, se ordenará las copias pertinentes y se las remitirá al Ministerio Público, sin perjuicio de disponerse la detención.

(Concs. Art. 230 CPP Cba.; Art. 256 CPP Mza.)

SECCIÓN SEXTA. PERITOS

Art. 244 - Pericias.

Se podrá ordenar una pericia, aún de oficio, cuando para descubrir o valorar un elemento de prueba fuere necesario o conveniente poseer conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica.

(Concs. Art. 231 CPP Cba.; Art. 257 CPP Mza. -parcial-)

Art. 245 - Calidad Habilitante.

Los peritos deberán tener título habilitante en la materia a que pertenezca el punto sobre el que han de expedirse, siempre que la profesión, arte o técnica estén reglamentados. En caso contrario, o cuando no existan peritos diplomados, deberán designarse a personas de conocimiento o práctica reconocidos.

(Concs. Art. 232 CPP Cba.)

Art. 246 - Obligatoriedad del Cargo.

El designado como perito tendrá el deber de aceptar y desempeñar fielmente el cargo, salvo que tuviere un grave impedimento. En este caso, deberá ponerlo en conocimiento del órgano judicial correspondiente al ser notificado de la designación.

(Concs. Art. 233 CPP Cba.; Art. 261 CPP Mza. -parcial-)

Art. 247 - Incapacidad e Incompatibilidad.

No podrán ser peritos: los menores de edad, los insanos, los que deban o puedan abstenerse de declarar como testigos o hayan sido llamados como tales, los condenados y los inhabilitados durante el tiempo de la condena o inhabilitación.

(Concs. Art.262 Mza.; 234 CPP Cba. -parcial-)

Art. 248 - Excusación y Recusación.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, son causas legales de excusación y recusación de los peritos, las establecidas para los jueces.

El incidente será resuelto por el Tribunal o el Fiscal de Instrucción según corresponda, oído el interesado y previa averiguación sumaria, sin recurso alguno.

(Concs. Art. 235 CPP Cba.; Art. 263 CPP Mza.)

Art. 249 - Nombramiento y Notificación.

Se designará un perito, salvo que se estimare indispensable que sean más. La resolución se notificará al Ministerio Público, cuando corresponda, y a los defensores antes de que se inicien las operaciones, bajo pena de nulidad, a menos que haya suma urgencia o que la indagación sea extremadamente simple. En estos casos, bajo la misma sanción, se les notificará que se realizó la pericia pudiendo las partes, a su costa, y el Ministerio Público, requerir su reproducción cuando fuere posible.

(Concs. Art. 236 CPP Cba.; Art. 259 CPP Mza. -parcial-)

Art. 250 - Peritos de Control.

En el término que se fije al ordenar las notificaciones previstas en el artículo anterior, cada parte podrá proponer a su costa otro perito legalmente habilitado (245 - 247); pero si las partes que ejercieren esta facultad fueren varias, no podrán proponer en total más de dos peritos, salvo que exista conflicto de intereses. En este caso, cada grupo de partes con intereses comunes, podrá proponer hasta dos peritos. Cuando ellas no se pongan de acuerdo, se designará entre los propuestos.

No regirán para los peritos de control los artículos 246 y 248.

(Concs. Art. 237 CPP Cba.)

Art. 251 - Directivas.

El órgano que ordene su realización, formulará las cuestiones a dilucidar, fijará el plazo en que ha de expedirse y, si lo juzgare conveniente, dirigirá personalmente la pericia, asistiendo a las operaciones. Podrá igualmente indicar donde deberá efectuarse aquélla y autorizar al perito para examinar las actuaciones o asistir a determinados actos procesales.

(Concs. Art. 238 CPP Cba.; Art. 264 CPP Mza. -parcial-)

Art. 252 - Conservación de Objetos.

El órgano judicial y los peritos procurarán que las cosas a examinar sean en lo posible conservadas, de modo que la pericia pueda repetirse. Si fuera necesario destruir o alterar los objetos analizados o hubiere discrepancias sobre el modo de conducir las operaciones, los peritos deberán informar antes de proceder. (Concs. Art. 239 CPP Cba.; Art. 265 CPP Mza. -parcial-)

Art. 253 - Ejecución.

Siempre que sea posible y conveniente, los peritos practicarán en conjunto el examen; deliberarán en sesión secreta, a la que sólo podrá asistir quien la hubiere ordenado; y, si estuvieren de acuerdo, redactarán el dictamen en común; en caso contrario, lo harán por separado.

Los peritos de control no estarán obligados a dictaminar. (Concs. Art. 240 CPP Cba.; Art. 266 CPP Mza. -parcial)

Art. 254 - Peritos Nuevos.

Si los informes fueren dubitativos, insuficientes o contradictorios, se podrá nombrar uno o más peritos nuevos, según la importancia del caso, para que los examinen y valoren o, si fuere factible y necesario, realicen otra vez la pericia.

De igual modo podrán actuar los peritos propuestos por las partes, cuando hubieren sido nombrados después de efectuada la pericia.

(Concs. Art. 241 CPP Cba.; Art. 266 CPP Mza. in fine -parcial-)

Art. 255 - Dictamen.

El dictamen pericial podrá expedirse por escrito o hacerse constar en acta, y comprenderá, en cuanto fuere posible:

- 1) La descripción de la persona, cosa o hecho examinado, tal como hubieren sido hallados.
- 2) Una relación detallada de las operaciones que se practicaron y de su resultado.
- 3) Las conclusiones que formulen los peritos, conforme a los principios de su ciencia, arte o técnica y sus respectivos fundamentos, bajo pena de nulidad.
- 4) La fecha en que la operación se practicó.

(Concs. Art. 242 CPP Cba.; Art. 267 CPP Mza.)

Art. 256 - Necropsia Necesaria.

En caso de muerte violenta o sospechosa de criminalidad se ordenará la necropsia salvo que por la inspección exterior resultare evidente la causa que la produjo.

(Concs. Art. 243 CPP Cba.; Art. 269 CPP Mza.)

Art. 257 - Cotejo de Documentos.

Cuando se trate de examinar o cotejar algún documento, se ordenará la presentación de escrituras de comparación, pudiendo usarse escritos privados si no hubiere dudas sobre su autenticidad. Para la obtención de ellos podrá disponerse el secuestro, salvo que su tenedor sea una persona que deba o pueda abstenerse de declarar como testigo.

También podrá disponerse que alguna de las partes forme cuerpo de escritura. De la negativa se dejará constancia, pero si se tratare del imputado aquella no importará una presunción de culpabilidad.

(Concs. Art. 244 CPP Cba.; Art. 270 CPP Mza. -parcial-)

Art. 258 - Reserva y Sanciones.

El perito deberá guardar reserva de todo cuanto conociere con motivo de su actuación.

El órgano que la hubiere dispuesto podrá corregir con medidas disciplinarias la negligencia, inconducta o mal desempeño de los peritos, y aún sustituirlos, sin perjuicio de las otras sanciones que puedan corresponder.

(Concs. Art. 245 CPP Cba.; Art. 271 CPP Mza. -parcial-)

Art. 259 - Honorarios.

Los peritos nombrados de oficio o a pedido del Ministerio Público tendrán derecho a cobrar honorarios, a menos que tengan sueldo por cargos oficiales desempeñados en virtud de conocimientos específicos en la ciencia, arte o técnica que la pericia requiera.

El perito nombrado a petición de parte podrá cobrarlos siempre, directamente de ésta o del condenado en costas.

(Concs. Art. 246 CPP Cba.; Art. 272 CPP Mza. -parcial-)

SECCIÓN SÉPTIMA. INTÉRPRETES

Art. 260 - Designación.

Se nombrará un intérprete cuando fuere necesario traducir documentos redactados o declaraciones a producirse en idiomas distintos del nacional.

Durante la investigación penal preparatoria el deponente podrá escribir su declaración, la que se agregará al expediente junto con la traducción.

(Concs. Art. 247 CPP Cba.; Art. 273 CPP Mza. -parcial-)

Art. 261 - Normas Aplicables.

En cuanto a la capacidad para ser intérprete, obligatoriedad del cargo, incompatibilidad, excusación, recusación, facultades y deberes, término, reserva y sanciones disciplinarias, regirán las disposiciones sobre los peritos.

(Concs. Art. 248 CPP Cba.; Art. 274 CPP Mza.)

SECCIÓN OCTAVA. RECONOCIMIENTOS

Art. 262 - Casos.

Podrá ordenarse que se practique el reconocimiento de una persona, para identificarla o establecer que quien la menciona o alude, efectivamente la conoce o la ha visto.

(Concs. Art. 249 CPP Cba.; Art. 275 CPP Mza., Art. 227 CPP C.Rica. -parcial-)

Art. 263 - Interrogatorio Previo.

Antes del reconocimiento, quien haya de practicarlos será interrogado para describa a la persona de que se trata, y para que diga si la conoce o si con anterioridad la ha visto personalmente o en imagen.

El declarante prestará juramento a excepción del imputado.

(Concs. Art. 250 CPP Cba.; Art. 276 CPP Mza., Art. 228 CCP.C. Rica. -parcial)

Art. 264 - Forma.

Después del interrogatorio se pondrá a la vista del que haya de verificar el reconocimiento, junto con otras personas de condiciones exteriores semejantes, a la que deba ser reconocida, quien elegirá colocación en la rueda.

En presencia de ellas o desde un punto en que no pueda ser visto, según se lo estime oportuno, el deponente manifestará si allí se encuentra la persona a que haya hecho referencia, invitándosele a que en caso afirmativo la designe clara y precisamente.

La diligencia se hará constar en acta, donde se consignarán todas las circunstancias útiles, incluso el nombre y domicilio de los que hubieren formado la rueda.

(Concs. Art. 251 CPP Cba.; Art. 277 CPP Mza. -parcial-, Art. 228 CPP C. Rica. -parcial-)

Art. 265 - Pluralidad de reconocimientos

Cuando varias personas deban reconocer a una, cada reconocimiento se practicará separadamente sin que aquellas se comuniquen entre si, pero podrá labrarse una sola acta. Cuando sean varias las personas a las que una deba identificar, el reconocimiento de todas podrá efectuarse en un solo acto, siempre que no perjudique la investigación o la defensa.

(Concs. Art. 252 CPP Cba.; Art. 278 CPP Mza. -parcial-; Art. 229 CPP C.Rica)

Art. 266 - Reconocimiento por Fotografía.

Sólo podrá reconocerse fotográficamente a una persona, bajo pena de nulidad, en los siguientes casos:

- 1) Cuando quien deba ser reconocido no estuviere presente y no pudiese ser habido, o cuando no fuere posible el reconocimiento de persona por haberse alterado sus rasgos fisonómicos.
- 2) Cuando el reconociente no tuviere la obligación legal de concurrir (Ley 22.172 artículo 10), o cuando no pudiese hacerlo por razones de fuerza mayor, debidamente comprobadas.

En estos casos y bajo idéntica sanción, se procederá a exhibir la fotografía de la persona a reconocer, junto con otras semejantes de distintas personas de similares características fisonómicas.

(Concs. Art. 253 CPP Cba.; Art. 279 CPP Mza. -parcial-; Art. 230 CPP C.Rica)

Art. 267 - Reconocimiento de Cosas.

Antes del reconocimiento de una cosa, se invitará a la persona que deba verificarlo, a que la describa. En lo demás y en cuanto sea posible, regirán las reglas que anteceden.

(Concs. Art. 254 CPP Cba.; Art. 280 CPP Mza.; Art. 231 CCP. C.Rica)

SECCIÓN NOVENA. CAREOS

Art. 268 - Procedencia.

Podrá ordenarse el careo de personas que sus declaraciones hubieran discrepado sobre hechos o circunstancias importantes; pero el imputado no será obligado a carearse.

Al careo del imputado deberá asistir su defensor, bajo sanción de nulidad.

(Concs. Art. 255 CPP Cba.; Art. 281 CPP Mza. -parcial-; Art. 233 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 269 - Jramento.

Los que hubieren de ser careados prestarán juramento antes del acto, bajo pena de nulidad, a excepción del imputado.

(Concs. Art. 256 CPP Cba.; Art. 282 CPP Mza. -parcial-)

Art. 270 - Forma.

El careo podrá verificarse entre dos o más personas. Para efectuarlo se leerán, en lo pertinente, las declaraciones que se reputen contradictorias. Se llamará la atención a los careados sobre las discrepancias a fin de que se reconvengan o traten de ponerse de acuerdo. De la ratificación o rectificación que resulte se dejará constancia, así como de las reconvenciones que se hagan los careados y de cuanto en el acto ocurra; pero no se hará referencia a las impresiones del Tribunal o del Fiscal de Instrucción acerca de la actitud de los careados.

(Concs. Art. 257 CPP Cba.; Art. 283 CPP Mza. -parcial-)

CAPÍTULO 10. IMPUTACIÓN Y DECLARACIÓN

Art. 271 – Imputación

- Obligaciones para con el imputado.

Cuando hubiere motivo bastante para sospechar que una persona ha participado en la comisión de un hecho punible, el Fiscal de Instrucción procederá a efectuarle formalmente la imputación del hecho que se le atribuye. Si estuviere detenida, a más tardar, en el término de 24 horas desde que fue puesta a su disposición, deberá procederse en tal sentido.

Este plazo podrá prorrogarse por otro tanto cuando el Fiscal de Instrucción no hubiere podido efectuar la imputación o cuando lo pidiere el imputado para elegir defensor.

Si en el proceso hubiere varios imputados detenidos, dicho término se computará con respecto a la primera imputación, y las otras se realizarán sucesivamente y sin tardanza.

A continuación, se informará detalladamente al imputado cuál es el hecho que se le atribuye, cuáles son las pruebas existentes en su contra, que puede declarar si fuese su voluntad, y que puede requerir la presencia de un defensor a los fines del mejor ejercicio de sus derechos. Se labrará acta que suscribirán los presentes dejándose constancia si el imputado y/o su defensor se rehusaren a suscribirla, consignándose el motivo.

En el mismo acto y bajo pena de nulidad el imputado deberá ser informado de lo dispuesto por los artículos 26, 30, 359, 364 y 418.

Deberá permitirse la consulta reservada del imputado con su defensor cuando cualquiera de ellos lo requieran y en cualquier momento del acto.

(Concs. Art. 261 CPP Cba. -parcial-; Art. 294 CPP Mza. -parcial-)

***Art. 272 - Interrogatorio de Identificación.**

Después de proceder conforme al artículo 317, se invitará al imputado a dar su nombre, apellido, sobrenombre o apodo - si lo tuviere -, edad, estado, profesión, nacionalidad, lugar de nacimiento, domicilio, principales lugares de residencia anterior, y condiciones de vida; si tiene antecedentes penales - y en su caso -, por qué causa, por qué Tribunal, qué sentencia recayó y si ella fue cumplida; nombre, estado y profesión de los padres.

*Acto seguido el Fiscal ordenará la extracción de muestras biológicas necesarias que permitan obtener la huella genética digitalizada de la persona imputada para su incorporación al Registro Provincial de Huellas Genéticas Digitalizadas.

(SEGUNDO PARRAFO INCORPORADO POR LEY 8916, ART. 17)

(Concs. Art. 260 CPP Cba.; Art. 297 CPP Mza. -parcial-)

"Cuando se tratare de la aplicación del régimen penal de las personas jurídicas privadas, se invitará al representante legal de la misma o a quien tenga poder especial para el caso otorgado con las formalidades que corresponden al tipo de entidad de que se trate a constituir domicilio procesal e informar su denominación o razón social, cumpliéndose con los requisitos contemplados en el artículo 151° del Código Civil y Comercial de la Nación, como así también, a indicar su domicilio legal y sede social, domicilios sociales y sedes principales de sus negocios anteriores -si los hubo-, si existen antecedentes penales, y en su caso, causa de los mismos, Tribunal interviniente, sentencia recaída y si ella fue cumplida. A los fines de la representación, deberán tenerse en cuenta las previsiones del artículo 13° y cc de la Ley N° 27.401".
(Segundo párrafo incorporado por Ley 9237)

Art. 273 - Libertad de Declarar.

El imputado podrá declarar o no. En ningún caso se le requerirá juramento o promesa de decir verdad, ni se ejercerá contra él coacción o amenaza, ni se usará medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad, ni se le harán cargos o reconvenciones tendientes a obtener su confesión.

La inobservancia de este precepto hará nulo el acto, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria o penal que corresponda.

(Concs. Art. 259 CPP Cba.; Art. 296 CPP Mza. -parcial-)

Art. 274 - Declaración Sobre el Hecho.

Cuando el imputado manifieste que quiere declarar, se lo invitará a expresar cuanto tenga por conveniente en descargo o aclaración de los hechos, y a indicar las pruebas que estime oportunas. Su declaración se hará constar con sus propias palabras.

Después de esto, se dirigirá al indagado las preguntas que se estime conveniente. El Ministerio Público y el defensor podrán ejercer las facultades que acuerda el artículo 323.

El declarante podrá dictar las respuestas.

Si por la duración del acto se notaren signos de fatiga o falta de serenidad en el imputado, la declaración será suspendida hasta que ellos desaparezcan. (Concs. Art. 262 CPP Cba.; Art. 299 CPP Mza. -parcial-)

Art. 275 - Forma de Interrogatorio.

Las preguntas serán claras y precisas; nunca capciosas ni sugestivas. Las respuestas no serán instadas perentoriamente.

(Concs. Art. 263 CPP Cba.; Art. 300 CPP Mza. -parcial-)

Art. 276 - Acta.

Concluida la declaración prestada durante la investigación penal preparatoria, el acta será leída en alta voz por el Secretario, bajo pena de nulidad, y de ello se hará mención, sin perjuicio de que también la lea

el imputado o su defensor. Cuando el declarante quiera añadir o enmendar algo, sus manifestaciones serán consignadas sin alterar lo escrito.

El acta será suscripta por todos los presentes.

Si alguien no pudiere o no quisiere hacerlo, esto se hará constar y no afectará la validez de aquélla.

Para los supuestos de ignorancia del idioma y/o discapacidades se procederá conforme al artículo 237 y concordantes.

(Concs. Art. 264 CPP Cba.; Art. 301 CPP Mza. -parcial-)

Art. 277 - Declaraciones Separadas.

Cuando hubiere varios imputados, sus declaraciones se recibirán separadamente, y se evitará que ellos se comuniquen antes de la recepción de todas.

(Concs. Art. 265 CPP Cba.; Art. 303 CPP Mza.)

Art. 278 - Ampliación de la Declaración.

El imputado podrá declarar cuantas veces quiera, siempre que su declaración sea pertinente y no aparezca sólo como un procedimiento dilatorio o perturbador.

(Concs. Art. 266 CPP Cba.; Art. 304 CPP Mza.)

Art. 279 - Evacuación de Citas.

Se deberán investigar todos los hechos y circunstancias pertinentes y útiles a que se hubiere referido el imputado.

(Concs. Art. 267 CPP Cba.; Art. 305 CPP Mza.)

TÍTULO VII. COERCIÓN PERSONAL

CAPÍTULO 1. REGLAS GENERALES

Art. 280 - Situación de Libertad.

Con las limitaciones dispuestas por este Código, toda persona a quien se le atribuya la participación en un delito permanecerá en libertad durante el proceso. A tal fin deberá:

- 1) Prestar caución, salvo los casos de suma pobreza o que se considere innecesaria.
- 2) Fijar y mantener un domicilio.
- 3) Permanecer a disposición del órgano judicial y concurrir a todas las citaciones que se le formulen.
- 4) Abstenerse de realizar cualquier acto que pueda obstaculizar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la Ley.

Asimismo, podrá imponérsele la obligación de no ausentarse de la ciudad o población en que reside, no concurrir a determinados sitios, presentarse a la autoridad los días que fije, o de someterse al cuidado o vigilancia de la persona o institución que se designe, quien informará periódicamente a la autoridad judicial competente.

(Concs. Art. 268 CPP Cba.)

Art. 281 - Restricción de la Libertad.

La restricción a la libertad sólo se impondrá en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley. El imputado tendrá siempre derecho a requerir que el Juez examine su situación al amparo de esta regla, aún en los casos previstos por los incisos 1) y 2) artículo 293.

Las medidas de coerción personal se ejecutarán del modo que perjudiquen lo menos posible a la persona o reputación de los afectados.

(Concs. Art. 269 CPP Cba.; Art. 285 CPP Mza.-parcial-)

Art. 282 - Mantenimiento de Libertad.

Toda persona que se creyere imputada en una investigación, podrá presentarse, personalmente o por intermedio de un tercero, ante la autoridad judicial competente a fin de solicitar el mantenimiento de su libertad. En esa oportunidad podrá asimismo prestar declaración.

Se procederá con arreglo a lo dispuesto por el artículo 280, salvo que corresponda la aplicación del artículo 284. Regirá el artículo 290 in fine.

Si la petición fuese denegada por el Fiscal de Instrucción, se podrá ocurrir ante el Juez (350). La resolución de éste será apelable.

(Concs. Art. 270 CPP Cba.; Art. 284 CPP Mza.)

CAPÍTULO 2. MEDIDAS DE COERCIÓN

Art. 283 - Citación.

La comparecencia del imputado se dispondrá por simple citación, salvo los casos previstos en el artículo siguiente.

Si el citado no se presentare en el término que se fije y no justificare un impedimento legítimo, se ordenará su detención.

(Concs. Art. 271 CPP Cba.; Art. 287 CPP Mza -parcial-)

***Art. 284 - Detención.**

Cuando hubiere motivo bastante para sospechar que una persona ha participado de la comisión de un hecho punible, el Fiscal ordenará su detención por decreto fundado, siempre que concurra alguna de las hipótesis previstas en el artículo 293. La orden será escrita, contendrá los datos personales del imputado u otros que sirvan para identificarlo y la indicación del hecho que se le atribuye. Deberá ser notificada en el momento de ejecutarse o inmediatamente después.

(Concs. Art. 272 CPP Cba.; Art. 288 CPP Mza.; Art. 237 CPP C.Rica - parcial-)

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 51)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 11)

***Art. 285 - Incomunicación.**

Sólo el Juez podrá decretar la incomunicación del detenido, cuando existan motivos - que se harán constar - para temer que entorpecerá la investigación. La incomunicación no podrá durar más de dos (2) días. Se permitirá al incomunicado el uso de libros u otros objetos, siempre que no puedan servir para eludir la incomunicación o atentar contra su vida o la ajena. Asimismo, se le autorizará a realizar actos civiles impostergables, que no disminuyan su solvencia ni perjudiquen los fines de la instrucción.

También podrá comunicarse con su defensor inmediatamente antes de cualquier acto que requiera su intervención personal, rigiendo en lo pertinente el artículo 131.

(Concs. Art. 273 CPP Cba.; Art. 216 CPP Mza. -parcial-; Art. 261 CPP C. Rica -parcial-)

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 52)

Art. 286 - Arresto.

Cuando en el primer momento de la investigación de un hecho en que hubieran intervenido varias personas no fuere posible individualizar a los responsables y a los testigos, y no pueda dejarse de proceder sin peligro para la investigación, se podrá disponer que los presentes no se alejen del lugar ni se comuniquen entre sí, antes de prestar declaración, y aún ordenar el arresto, si fuere necesario. Ambas medidas no podrán prolongarse por más tiempo que el indispensable para recibir las declaraciones, a lo cual se procederá sin tardanza, y en ningún caso durarán más de 24 horas. Vencido este término podrá ordenarse, si fuere el caso, la detención del presunto culpable.

(Concs. Art. 274 CPP Cba.; Art. 237 CPP C. Rica -parcial-)

Art. 287 - Aprehensión en Flagrancia.

Los oficiales y auxiliares de la Policía Judicial tendrán el deber de aprehender a quien sea sorprendido "in fraganti" en la comisión de un delito de acción que merezca pena privativa de libertad.

Tratándose de un delito cuya acción dependa de instancia privada, será informado inmediatamente quien pueda instar, y si éste no presentare la denuncia en el mismo acto, el aprehendido será puesto en libertad.

(Concs. Art. 275 CPP Cba.; Art. 289 CPP Mza. -parcial-; Art. 235 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 288 - Flagrancia.

Se considera que hay flagrancia cuando el autor del hecho es sorprendido al intentar su comisión, en el momento de cometerlo o inmediatamente después; mientras es perseguida por la fuerza pública, el ofendido o el clamor público; o mientras tiene objetos o presente rastros que hagan presumir vehementemente que acaba de participar en un delito.

(Concs. Art. 276 CPP Cba.; Art. 290 CPP Mza.; Art. 235 CPP Costa Rica -parcial-)

Art. 289 - Otros Casos de Aprehensión.

Los oficiales y auxiliares de la Policía Judicial deberán aprehender, aún sin orden judicial, al que intentare un delito en el momento de disponerse a cometerlo y al que fugare estando legalmente preso. Excepcionalmente podrán también aprehender a la persona que se encuentre en la situación prevista en el Artículo 284, primer párrafo, siempre que exista peligro inminente de fuga o serio entorpecimiento de la investigación y al solo efecto de conducirlo de inmediato ante el órgano judicial competente para que decida sobre su detención.

(Concs. Art. 277 CPP Cba.; Art. 291 CPP Mza.-parcial-; Art. 235 C.Rica -parcial-)

Art. 290 - Presentación del Aprehendido.

El oficial o auxiliar de la Policía Judicial que practicare la aprehensión de una persona, deberá presentar inmediatamente a ésta ante la autoridad judicial competente. El cumplimiento de tal obligación podrá ser requerido ante el órgano judicial que corresponda, por las personas enunciadas en el segundo párrafo del artículo 131, las que además podrán solicitar en la misma oportunidad, la libertad del detenido, en caso

de violación de lo dispuesto por los artículos 280 a 291 de este Código por parte de la autoridad policial. En tal caso, el comparendo del detenido no podrá exceder de seis horas de haberse requerido por cualquier medio, aún telefónicamente, a la autoridad policial su presentación. Presentado el detenido, se resolverá de inmediato sobre su libertad (292) aún cuando no existiera constancia de sus antecedentes, evitando en lo posible su detención y sin perjuicio de que su posterior agregación determine la aplicación del artículo 284.

(Concs. Art. 278 CPP Cba.; Art. 292 y 293 CPP Mza.; Art. 235 C.Rica -parcial)

Art. 291 - Aprehensión Privada.

En los casos que prevén los artículos 287 y 289 primera parte, los particulares están autorizados a practicar la aprehensión, debiendo entregar inmediatamente el aprehendido a la autoridad policial.

(Concs. Art. 279 CPP Cba.; Art. 293 CPP Mza.-parcial-)

Art. 292 - Recuperación de la Libertad.

En los casos de aprehensión en flagrancia o detención, se dispondrá la libertad del imputado, cuando:

- 1) Con arreglo al hecho que apareciere ejecutado, hubiere correspondido proceder por simple citación (283 - primera parte).
- 2) La privación de la libertad hubiera sido dispuesta fuera de los supuestos autorizados en este Código.
- 3) No se encontrare mérito para dictar la prisión preventiva. 4) Prima facie hubiere actuado justificadamente.

(Concs. Art. 280 CPP Cba.)

***Art. 293 - Procedencia de la Prisión Preventiva.**

Corresponde dictar la prisión preventiva, a pedido del Fiscal, después de efectuada la imputación formal si se diera alguno de los siguientes supuestos:

1) Casos de flagrancia.

Se dispondrá la prisión preventiva cuando prima facie estuviere acreditado el hecho delictivo y la participación en él del imputado sorprendido in fraganti (Art. 288), exista merecimiento de pena privativa de libertad y no aparezca procedente, en principio, la aplicación de condena de ejecución condicional.

2) Casos en que no aparezca procedente la condena condicional.

Cuando se acrediten elementos de convicción suficientes que justifiquen la existencia del hecho delictivo y se pueda sostener como probable la participación punible del imputado, se dispondrá su prisión preventiva cuando resulte imposible obtener una condena de ejecución condicional, en razón de cualquiera de las siguientes circunstancias:

- a- Por la pena en abstracto asignada por la ley al hecho delictivo investigado;
- b- por la reiterancia delictiva que se le atribuya y la pena que se espera como resultado del proceso;
- c- cuando tenga una condena anterior, cumplida total o parcialmente, salvo que haya corrido el término del Artículo 50 del Código Penal.

Las disposiciones del presente inciso se establecen en el marco de lo dispuesto por el artículo 22 de la Constitución Provincial.

Exceptúanse de las disposiciones del presente inciso las referidas a la reiteración delictual cuando se imputa delito culposo.

3) Casos de "riesgo procesal".

Solo podrá dictarse la prisión preventiva en la medida que se torne indispensable para los fines que autoriza el presente inciso y por el tiempo necesario para lograrlos, en aquellos casos en que, encontrándose acreditado con elementos de convicción suficientes la existencia del hecho delictivo y la probable participación punible del imputado y, pese a resultar procedente la imposición de una condena de ejecución condicional, la gravedad de las circunstancias, la naturaleza del hecho y las demás condiciones del imputado, torne indispensable la medida cautelar para ejecutar diligencias precisas y determinadas de investigación o para realizar el juicio, o cuando la libertad del imputado sea inconveniente para la seguridad de la víctima o testigos, o exista riesgo de que el imputado no se someterá al proceso, o al cumplimiento de una eventual condena, conforme al enunciado de las disposiciones siguientes, sin perjuicio de otras circunstancias que invocaren las partes y estimare razonable el juez:

a) Peligro de entorpecimiento:

Cuando existiere sospecha de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación mediante:

- 1) la destrucción, modificación, ocultamiento, supresión o falsificación de elementos de prueba;
- 2) inducción, amenaza o coacción a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.

b) Peligro para la víctima o testigo:

Se entenderá que la seguridad de la víctima o testigo se encuentra en peligro por la libertad del imputado, cuando existieren antecedentes o indicios pertinentes que permitiesen presumir que realizará atentados en contra de aquellos, o en contra de sus familias o de sus bienes.

c) Peligro de fuga:

Se entenderá muy especialmente que constituye un peligro de fuga, entre otros:

- 1) la falta de arraigo, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo, o las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto y demás cuestiones que influyan en el arraigo del imputado;
- 2) cuando se encontrare sujeto a alguna medida cautelar personal; y
- 3) el comportamiento del imputado durante el proceso en cuestión, u otro anterior o que se encuentre en trámite, en la medida que evidencie su voluntad de no someterse a la persecución penal y en particular, si incurrió en rebeldía o si ocultó o proporcionó falsa información sobre su identidad, domicilio, actividad, trabajo o condición económica.

(Concs. Art. 281 CPP Cba.; Art. 312 CPP Mza - parcial - Art. 239 CPP C. Rica - parcial-)

(TEXTO SEGUN LEY 8869, ART. 1)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 7929, ART. 1)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 7782, ART. 1)

(HIS.: SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

***Art. 294 - Procedimiento.**

*Formulado el pedido de prisión preventiva vía electrónica, el Secretario o la OGAP fijará inmediatamente una audiencia oral, pública e indelegable, con soporte de audio, a realizarse en el término de dos (2) días,

debiendo citarse a las partes, y la víctima o en su caso quien pueda constituirse como querellante particular. Las citaciones deberán realizarse en forma telefónica o electrónica, salvo impedimento.

La audiencia deberá tramitar con la presencia del Juez, el Fiscal, el imputado y su Defensor, bajo pena de nulidad y se deberá asegurar la plena vigencia de los principios de

- inmediación,
- contradicción,
- publicidad,
- celeridad
- mediante la concentración y desformalización.

Escuchado el fundamento del peticionante, se concederá la palabra sucesivamente a los intervinientes según el orden que corresponda para ejercer facultades o derechos. La réplica deberá limitarse a la refutación de los argumentos adversarios que no hubieren sido antes discutidos. Luego se escuchará a la víctima o en su defecto, a quien pueda constituirse en querellante particular y hubiere comparecido y, por último, se preguntará al imputado si tiene algo que manifestar.

En caso que la presencia simultánea del imputado y la víctima en la sala resulte inconveniente o que pueda implicar algún riesgo o perjuicio sobre el estado emocional de ésta, el Juez, a pedido de la víctima, podrá determinar el alejamiento temporal del imputado y, luego de ser escuchada, ordenará su reingreso haciéndole conocer lo manifestado por aquella.

El imputado o su Defensor, podrán acreditar solamente con los elementos de prueba incorporados o producidos antes de la audiencia, entre otras cuestiones, que no se ha alcanzado el grado de convicción o pronóstico requerido, o la no existencia de peligro procesal y/o que la restricción de la libertad no es absolutamente indispensable (Art. 281), u ofrecer caución suficiente, o que la misma pueda cumplirse en detención domiciliaria (Art. 298).

También podrá acordar con el Fiscal, cauciones o seguridades para que se ordene la libertad, o se disponga la prisión domiciliaria. El juez deberá resolver en forma oral e inmediatamente, quedando en ese acto notificadas las partes. Deberá escrituralizarse el mismo día la parte esencial del auto de prisión preventiva, que deberá contener bajo pena de nulidad: los datos personales del imputado o, si se ignorasen, los que sirvan para identificarlo; somera enunciación del hecho que se le atribuye; exposición muy sucinta de los motivos en que la decisión se funda y la calificación legal, con cita de las disposiciones aplicables.

La resolución denegatoria de la prisión preventiva, será apelable por el Fiscal y el querellante particular. La que disponga la medida de coerción, lo será por el imputado y el Defensor. En ambos casos, el recurso será concedido sólo con efecto devolutivo. El procedimiento previsto en el presente artículo deberá implementarse bajo pena de nulidad en los casos de control jurisdiccional (Art. 345), apelación, y cese o prórroga de la prisión preventiva (Art. 295).

*La apelación tramitará siempre según el legajo digital o por compulsa de las partes pertinentes, sin desplazamiento del expediente y con copia del audio de la audiencia. La audiencia de la apelación procederá en la forma prevista en el presente artículo la que deberá realizarse dentro del plazo de dos (2) días de ingresada la compulsa a la Cámara o la OGAP u Oficina de Apelaciones. Si el Ministerio Público Fiscal no mantiene el recurso deberá hacerlo saber por escrito antes de la audiencia.

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 53)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8869, ART. 2)

(Concs. Art. 282 CPP Cba.; Art. 243 CPP C. Rica - parcial-)

***Art. 295 - Cesación de la Prisión Preventiva.**

Se dispondrá fundadamente el cese de la prisión preventiva, de oficio o a pedido del imputado, ordenándose la inmediata libertad de éste, que deberá efectivizarse sin más trámite, desde el lugar que se lo notifique, cuando:

1) Nuevos elementos de juicio demostraren que no concurren los motivos exigidos por el Artículo 293. Se entenderá, entre otros, que existen nuevos elementos de juicio cuando el Juez rechazare el procedimiento abreviado o el acuerdo alcanzado por las partes, y la pena solicitada por el representante del Ministerio Público Fiscal en el Juicio Abreviado previsto en los Artículos 359 ó 418 del C.P.P., estuviere agotada por el tiempo que lleva el imputado privado de libertad en esa causa.

2) Se estimare prima facie, que en caso de condena al imputado no se lo privará de su libertad por un tiempo mayor al de la prisión sufrida, aún por aplicación del Artículo 13 del Código Penal.

3) De acuerdo a la pena impuesta en la sentencia y antes que quede firme, se considere prima facie, que oportunamente podría concedérsele la libertad condicional, previo informe que acredite haber observado con regularidad los reglamentos carcelarios. Cuando la pena supere los tres (3) años de prisión, deberá requerirse además, informe de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social, según establece el Artículo 13 del Código Penal. El imputado siempre será en estos casos, sometido al cuidado o vigilancia prevista en el Artículo 280 del C.P.P., hasta que el Juez de Ejecución transforme la medida en libertad condicional o la deje sin efecto.

4) La duración de la prisión preventiva excediere de dos (2) años, sin que se haya dictado sentencia. Cuando en razón de la cantidad de los delitos atribuidos al procesado o la evidente complejidad o difícil investigación de la causa, haya impedido llegar al dictado de la sentencia en el plazo indicado, a pedido del Fiscal o del querellante particular este término podrá prorrogarse:

a) Durante la investigación penal preparatoria por el Juez de Garantías hasta por seis (6) meses más.

b) En la etapa del juicio por la Cámara del Crimen hasta completar un plazo máximo de privación de la libertad en la causa de tres (3) años. No obstante los plazos, el Ministerio Público Fiscal o el querellante particular podrán oponerse a la libertad del imputado con la finalidad de iniciar el debate dentro del término previsto en el párrafo primero del Art. 371 y/o concluir el iniciado, fundado en la especial gravedad del delito o delitos atribuidos, o cuando concurre alguna de las circunstancias previstas en el inc. 3 del Art. 293, o cuando existieren articulaciones manifiestamente dilatorias de parte de la defensa.

5) La duración excediere de tres (3) meses cuando se aplica el procedimiento de flagrancia previsto por los Arts. 439 bis, ter y quater del C.P.P., sin que se haya dictado la sentencia; a pedido del Fiscal, el Juez de Flagrancia podrá prorrogar hasta por otros tres (3) meses el plazo mediante resolución fundada.

*6) La duración excediere de nueve (9) meses sin que se haya dictado el fallo del recurso extraordinario interpuesto contra sentencia no firme, contados desde la fecha de ingreso en la Mesa de Entradas de la Suprema Corte. El Procurador podrá solicitar la prórroga del plazo hasta por seis (6) meses motivado por la cantidad de delitos atribuidos y la evidente complejidad del caso o la dificultad para poder resolver en atención a los planteos formulados y la Sala Penal podrá hacer lugar.

(Conc. Art. 283 CPP Cba.; Art. 257 CPP Costa Rica -parcial-)

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 54)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8869, ART. 3)

(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

Art. 296 - Revocación.

El cese de la prisión preventiva, será revocable cuando el imputado no cumpla las obligaciones impuestas por el artículo 280, realice preparativos de fuga, o nuevas circunstancias exijan su detención. En los mismos casos procederá la revocación de la libertad recuperada con arreglo al artículo 292, si concurrieran los extremos previstos en el primer párrafo del artículo 293.

(Concs. Art. 284 CPP Cba.; Art. 254 CPP C. Rica- parcial -)

Art. 297 - Tratamiento de Presos.

Salvo lo previsto por el artículo siguiente, los que fueren sometidos a prisión preventiva, serán alojados en establecimientos diferentes a los de penados; se dispondrá su separación por razones de sexo, edad, educación, antecedentes y naturaleza del delito que se les impute; podrán procurarse a sus expensas las comodidades que no afecten al régimen carcelario; recibir visitas en las condiciones que establezca el reglamento respectivo y usar los medios de correspondencia, salvo las restricciones impuestas por la ley. Cuando se trate de personal perteneciente a las fuerzas de seguridad, podrá establecerse su alojamiento en establecimientos de las mismas, siempre y cuando cumplan con todos los requisitos de ley y reglamentarios tanto para la seguridad como para el ejercicio de sus derechos, a juicio del Magistrado interviniente.

(Concs. Art. 285 CPP Cba.; Art. 313 CPP Mza - parcial-)

Art. 298 - Detención Domiciliaria

Siempre que el peligro de fuga o de entorpecimiento probatorio pudiera razonablemente evitarse por aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado, o de alguna técnica o sistema electrónico o computarizado que permita libertad locomotiva, el Fiscal de Instrucción o el Tribunal, impondrá tales alternativas en lugar de la detención, sujeta a las circunstancias del caso, pudiendo establecer las condiciones que estime pertinentes, conforme al artículo 280. El imputado, por ningún motivo o circunstancia podrá abandonar el domicilio que fije. Excepcionalmente, el órgano interviniente podrá autorizar fundadamente el abandono transitorio del domicilio. En ese caso, deberá tomar los recaudos necesarios para evitar cualquier peligro de fuga, debiendo siempre constatar el retorno del imputado al domicilio fijado.

El incumplimiento de cualquiera de las condiciones impuestas será causal suficiente para la revocación del presente beneficio.

(Concs. Art. 286 CPP Cba.; Art. 314 CPP Mza. -parcial-; Art. 260 y 244 CPP Costa Rica -parcial-)

Art. 299 - Internación Provisional.

Si fuere presumible, previo dictamen de dos peritos, que el imputado padecía en el momento del hecho de alguna enfermedad mental que lo hace inimputable, el Juez, a requerimiento del Fiscal de Instrucción o de oficio, podrá ordenar provisionalmente su internación en un establecimiento especial.

(Concs. Art. 287 CPP Cba.; Art. 262 CPP C.Rica - parcial; Art. 316 CPP Mza - parcial-)

Art. 300 - Caución. Objeto.

Se impondrá al imputado una caución juratoria, personal o real, con el objeto de asegurar que cumplirá con sus obligaciones (280).

(Concs. Art. 288 CPP Cba.; Art. 250 CPP C.Rica- parcial-; Art. 320 CPP Mza - parcial-)

Art. 301 - Determinación de la Caución.

Para determinar la calidad y cantidad de la caución se tendrá en cuenta la naturaleza del delito, el daño que hubiere ocasionado, y la condición económica, personalidad moral y antecedentes del imputado.

(Concs. Art. 289 CPP Cba.; Art. 321 CPP Mza -parcial-; art 250 CPP C. Rica -parcial-)

Art. 302 - Caución Personal.

La caución personal consistirá en la obligación que el imputado asuma junto con uno o más fiadores solidarios de pagar, en caso de incomparecencia, la suma que se fije.

(Concs. Art. 290 CPP Cba.; Art. 323 CPP Mza; Art. 250 CPP C. Rica -parcial-)

Art. 303 - Capacidad y Solvencia del Fiador.

Podrá ser fiador el que tenga capacidad para contratar y acredite solvencia suficiente. Nadie podrá tener otorgadas y subsistentes más de seis fianzas.

(Concs. Art. 291 CPP Cba.; Art. 324 CPP Mza - parcial -; Art. 250 CPP C. Rica - parcial-)

***Art. 304 - Caución Real.**

La caución real se constituirá depositando dinero, efectos públicos o valores cotizables o mediante embargo, prenda o hipoteca por la cantidad que la autoridad judicial competente determine. Los fondos o valores depositados quedarán sometidos a privilegio especial para el cumplimiento de las obligaciones procedentes de la caución. De la caución real ofrecida, deberá dar vista a la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) y a la Dirección General de Rentas de la Provincia, para verificar la legalidad del origen de la misma. (Concs. Art. 292 CPP Cba.; Art. 325 CPP Mza -parcial-; Art. 250 CPP C.Rica - parcial-)

(TEXTO SEGUN LEY 8588, ART. 1)

Art. 305 - Forma de Caución.

Las cauciones se otorgarán en actas que serán suscritas ante el Secretario y se inscribirán de acuerdo a las leyes registrales.(Concs. Art. 293 CPP Cba.; Art. 229 CPP Mza - parcial -; Art. 255 CPP C.Rica - parcial-)

Art. 306 - Domicilio y Notificaciones.

El imputado y su fiador deberán fijar domicilio especial en el acto en que se presta la caución. El fiador será notificado de las resoluciones que se refieran a las obligaciones del imputado.

(Concs. Art. 294 CPP Cba.; Art.330 CPP Mza - parcial -; Art. 255 CPP C. Rica - parcial-)

Art. 307 - Cancelación de las Cauciones.

Se ordenará la cancelación y las garantías serán restituidas en los siguientes casos:

1) Cuando el imputado, revocada su libertad o el cese de la prisión preventiva, fuere constituido en prisión dentro del término que se le acordó.

2) Cuando se revoque el auto de prisión preventiva, se sobresea en la causa, se absuelva al imputado o se lo condene en forma de ejecución condicional.

3) Cuando el condenado se presente a cumplir la pena impuesta o sea detenido dentro del término fijado.

(Concs. Art. 295 CPP Cba.; Art. 333 CPP Mza -parcial-; Art. 254 CPP C.Rica - parcial-)

Art. 308 - Sustitución.

Si el fiador no pudiere continuar como tal por motivos fundados, podrá pedir que lo sustituya otra persona que él presente. También podrá sustituirse la caución real.

(Concs. Art. 296 CPP Cba.; Art. 254 CPP C. Rica - parcial-)

Art. 309 - Presunción de Fuga.

Si el fiador temiere fundadamente la fuga del imputado, deberá comunicarlo enseguida al Tribunal o Fiscal que corresponda, y quedará liberado si aquél fuere detenido. Pero si resultare falso el hecho en que se basó la sospecha, se impondrá al fiador una multa de hasta mil quinientos pesos (conforme Ley N° 23928) y la caución quedará subsistente.

(Concs. Art. 297 CPP Cba.; Art. 335 CPP Mza- parcial-)

Art. 310 - Emplazamiento.

Si el imputado no compareciere al ser citado o se sustrajere a la ejecución de la pena privativa de la libertad, se fijará un término no mayor de diez días para que comparezca, sin perjuicio de ordenar la captura. La resolución será notificada al fiador y al imputado apercibiéndolos de que la caución se hará efectiva al vencimiento del plazo, si el segundo no compareciere o no justificare un caso de fuerza mayor que lo impida.

(Concs. Art. 298 CPP Cba.; Art. 336 CPP Mza - parcial-; Art. 252 CPP C. Rica - parcial-)

Art. 311 - Efectividad de la Caución.

Al vencimiento del término previsto por el artículo anterior, se dispondrá, según el caso, la ejecución del fiador, la transferencia al Estado de los bienes que se depositaron en caución, o la venta en remate público de los bienes hipotecados o prendados. Regirá para ello el Código Procesal Civil. El producido de la venta de los bienes se destinará al Poder Judicial para la ampliación y/o mantenimiento de su biblioteca.

(Concs. Art. 299 CPP Cba.; Art. 337 CPP Mza -parcial-; Art.252 CPP C. Rica)

CAPÍTULO 3. INDEMNIZACIÓN

Art. 312 - Procedencia.

Si al disponerse el sobreseimiento o la absolución del imputado, éste entendiere que fue privado arbitrariamente de su libertad, podrá reclamar en el fuero civil la indemnización que estime corresponder conforme a la legislación sustantiva.

(Concs. Art. 300 CPP Cba.; Art. 271 CPP C. Rica - parcial-)

LIBRO SEGUNDO. INVESTIGACIÓN PENAL PREPARATORIA

TÍTULO I. PROCEDIMIENTO

CAPÍTULO 1. DISPOSICIONES GENERALES

***Art. 313 - Procedencia y Titularidad.**

Los delitos de acción pública dolosos y culposos, sancionados con pena mayor a tres años serán investigados con arreglo a las disposiciones del presente Título. La investigación penal preparatoria será practicada por el Fiscal de Instrucción.

(TEXTO SEGUN LEY 8929, ART. 8)

(Concs. Art. 301 CPP Cba.)

***Art. 313 bis** - Los delitos de acción pública dolosos y culposos que estuvieren reprimidos con pena privativa de libertad no mayor de tres (3) años con multa y/o inhabilitación serán investigados con arreglo al procedimiento correccional previsto en el Libro Tercero, Título II, Capítulo 1.

(TEXTO INCORPORADO POR LEY 8929, ART. 9)

Art. 314 - Finalidad.

La investigación penal preparatoria deberá impedir que el delito cometido produzca consecuencias ulteriores y reunir las pruebas útiles para dar base a la acusación o determinar el sobreseimiento.

(Concs. Art. 302 CPP Cba.; arts. 274, 275 y 277 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 315 - Objeto.

La investigación penal tendrá por objeto:

- 1) Comprobar si existe un hecho delictuoso, mediante todas las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad.
- 2) Establecer las circunstancias que califiquen el hecho, lo agraven, atenúen o justifiquen, o influyan en la punibilidad.
- 3) Individualizar a sus autores, cómplices e instigadores.
- 4) Verificar la edad, educación, costumbres, condiciones de vida, medios de subsistencia y antecedentes del imputado; el estado y desarrollo de sus facultades mentales, las condiciones en que actuó, los motivos que hubieran podido determinarlo a delinquir y las demás circunstancias que revelen su mayor o menor peligrosidad.
- 5) Comprobar la extensión del daño causado por el delito, aunque no se hubiera ejercido la acción resarcitoria.

(Concs. Art. 303 CPP Cba.; Art. 277 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 316 - Investigación Directa.

Los órganos de la investigación penal deberán proceder directa e inmediatamente a investigar los hechos delictivos que aparezcan cometidos en la ciudad de su asiento. Del mismo modo procederá con respecto a los delitos graves que aparezcan perpetrados fuera de dicha ciudad pero en su circunscripción.

Cuando sea necesario practicar diligencias fuera de la circunscripción, podrá actuarse personalmente o encomendarlas al órgano que corresponda.

(Concs. Art. 304 CPP Cba.)

Art. 317 - Defensor y Domicilio.

En la primera oportunidad, y si el imputado hubiese manifestado su voluntad de declarar, se lo invitará a elegir defensor; si no lo hiciera o el abogado no aceptare inmediatamente el cargo, se procederá conforme al artículo 134.

La inobservancia de este precepto producirá la nulidad de los actos que menciona el artículo 320.

En el mismo acto, el imputado que esté en libertad deberá fijar domicilio.

(Concs. Art. 305 CPP Cba.; Art. 93, Art. 100 - parcial- CPP C.Rica)

"En el caso de las personas jurídicas privadas imputadas de los delitos previstos en artículo 1° de la Ley N° 27.401, deberá procederse de conformidad a lo establecido en el artículo 13° de la citada ley en lo relativo a la designación de abogado defensor". (Ley 9237)

***Art. 318 - Declaración informativa.**

Cuando no concurren las exigencias previstas en el Artículo 271, el Fiscal podrá igualmente llamar a una persona, sin imputarla, para interrogarla sobre los hechos investigados. Su declaración en tal caso será sólo informativa. Mientras tal situación se mantenga no podrán imponérsele medidas coercitivas que no sean las previstas en el Artículo 280, a excepción de su inc. 1), las que no podrán exceder de un (1) año.

Deberá hacérsele saber, previo a todo, y bajo pena de nulidad, que puede abstenerse de prestar declaración y proponer abogado defensor. De todo ello se dejará constancia en el acta respectiva.

(Concs. Art. 306 CPP Cba.; arts. 91 y 95 CPP C.Rica - parcial -Art. 206 Anteproyecto Sosa Arditti -parcial- Art. 6 Ley 13911)

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 12)

Art. 319 - Identificación y Antecedentes.

Efectuada la imputación se remitirá a la oficina respectiva los datos personales del imputado y se ordenará que se proceda a su identificación. La oficina remitirá en triple ejemplar la planilla que se confeccione, uno se agregará al expediente y los otros se utilizarán para dar cumplimiento a lo establecido en la Ley Nacional 22.117.

(Concs. Art. 307 CPP Cba.; Art. 94 CPP C.Rica)

Art. 320 - Derecho de Asistencia y Facultad Judicial.

Los defensores de las partes tendrán derecho de asistir a los registros, reconocimientos, reconstrucciones, pericias e inspecciones, salvo lo dispuesto por el Artículo 211, siempre que por su naturaleza y características se deban considerar definitivos e irreproductibles.

Asimismo, podrán asistir a la declaración de los testigos que por enfermedad u otro impedimento no podrán presumiblemente deponer durante el juicio, o exista el peligro de que puedan luego ser inducidos a falsear su declaración.

Se podrá permitir la asistencia del imputado o del ofendido, cuando sea útil para esclarecer los hechos o necesaria por la naturaleza del acto.

Las partes podrán asistir a los registros domiciliarios.

(Concs. Art. 308 CPP Cba.; Art. 101 CPP C.Rica - parcial-)

Art. 321 - Notificación. Casos Urgentísimos.

Antes de proceder a realizar alguno de los actos que menciona el artículo anterior, excepto, el registro domiciliario, se dispondrá bajo pena de nulidad, que sean notificados los defensores. La diligencia se practicará en la oportunidad establecida aunque no asistan. Sin embargo, se podrá proceder sin notificación o antes de la oportunidad fijada, cuando el acto sea de suma urgencia o no se conozcan, antes de las declaraciones mencionadas en el artículo anterior, la enfermedad o el impedimento del testigo. En el primer caso se dejará constancia de los motivos, bajo pena de nulidad, y en el segundo, se designará de oficio a un Defensor, quien deberá concurrir al acto, bajo la misma sanción.

(Concs. Art. 309 CPP Cba.; arts. 101 y 294 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 322 - Posibilidad de Asistencia.

Se permitirá que los defensores asistan a los demás actos de investigación, salvo lo previsto por el artículo 272, siempre que ello no ponga en peligro la consecución de los fines del proceso o impida una pronta y regular actuación.

La resolución no será recurrible.

Admitida la asistencia se avisará verbalmente a los defensores, sin retardar el trámite en lo posible. En todo caso se dejará constancia.

(Concs. Art. 310 CPP Cba.; Art. 101 CPP C.Rica)

Art. 323 - Deberes y Facultades de los Asistentes.

Los defensores que asistan a los actos de investigación no podrán hacer signos de aprobación o desaprobación y en ningún caso tomarán la palabra sin expresa autorización del órgano competente, a quien deberán dirigirse cuando el permiso les fuese concedido; podrán proponer medidas, formular preguntas, hacer las observaciones que estimen convenientes o pedir que se haga constar cualquier irregularidad. La resolución no será recurrible.

(Concs. Art. 311 CPP Cba.; Art. 214 CPP Mza. -parcial-)

***Art. 324 - Compulsa de las actuaciones.**

El sumario o legajo podrá ser examinado por las partes desde la imputación formal, salvo que el fiscal determinare el secreto de las actuaciones, el que no podrá exceder de diez (10) días, prorrogables por el Juez de Garantías por el mismo plazo.

Si no existiere imputación formal, sólo podrá ser examinado por el querellante particular, y por el citado y su defensa en el caso del Artículo 318.

La reserva de las actuaciones no podrá exceder el plazo de un (1) mes. En causas correccionales no habrá reserva de actuaciones.

Los abogados, con los límites precedentemente expuestos, tendrán acceso y libertad de compulsas con la sola exhibición de la credencial profesional. La negativa a exhibir las actuaciones, fundada en cuestiones administrativas, será considerada falta grave para el funcionario que la realice o consienta y para el Fiscal a cargo.

(Concs. Art. 312 CPP Cba.; Art. 215 CPP Mza. ; Ley 6408).

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 13)

(HIS.: SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

Art. 325 - Actuaciones.

Las diligencias del sumario se harán constar en actas que el Secretario extenderá y compilará conforme a lo dispuesto en el Capítulo 2, Título VI del Libro Primero.

(Concs. Art. 313 CPP Cba.)

CAPÍTULO 2. DENUNCIA

Art. 326 - Facultad de Denuncia.

Toda persona que tenga noticia de un delito perseguible de oficio podrá denunciarlo al Fiscal de Instrucción o a la Policía Judicial. Cuando la acción penal dependa de instancia privada, sólo podrá denunciar quien tenga facultad para instar.

(Concs. Art. 314 CPP Cba.; Art. 278 CPP C.Rica; Art. 179 CPP Mza -parcial-)

Art. 327 - Forma.

La denuncia podrá presentarse en forma escrita o verbal, personalmente o por mandatario especial. En el último caso deberá acompañarse el poder.

La denuncia escrita será firmada ante el funcionario que la reciba.

Cuando sea verbal, se extenderá un acta de acuerdo con el Capítulo 2, Título VI del Libro Primero. En ambos casos, el funcionario comprobará y hará constar la identidad del denunciante.

(Concs. Art. 315 CPP Cba.; Art. 279 CPP C.Rica; Art. 180 CPP Mza - parcial-)

Art. 328 - Contenido.

La denuncia deberá contener, en cuanto fuere posible, la relación circunstanciada del hecho, con indicación de sus partícipes, damnificados, testigos y demás elementos que puedan conducir a su comprobación y calificación legal. Cuando la denuncia fuere formulada por el titular de la acción civil, podrá contener también la manifestación prevista en el inciso a) del artículo 34.

(Concs. Art. 316 CPP Cba.; Art. 280 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 329 - Obligación de Denuncia. Excepción.

Tendrán obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio:

- 1) Los funcionarios o empleados públicos que los conozcan en el ejercicio de sus funciones.
- 2) Los médicos, parteras, farmacéuticos y demás personas que ejerzan el arte de curar, que conozcan esos hechos al prestar auxilios de su profesión, salvo que el conocimiento adquirido por ellos esté por ley bajo el amparo del secreto profesional. Nadie podrá formular denuncia contra su cónyuge, ascendiente,

descendiente, o hermano, salvo que el delito sea ejecutado en su perjuicio o contra una persona cuyo parentesco con él sea igual o más próximo al que lo liga con el denunciado.

(Concs. Art. 317 CPP Cba.; arts. 183 y 184 CPP Mza.; Art. 281 CPP Costa Rica -parcial-)

Art. 330 - Responsabilidad y protección del Denunciante.

El denunciante no será parte del proceso, no incurrirá en responsabilidad alguna, excepto los casos de falsedad o calumnia. Tendrá derecho a su pedido a que se disponga el resguardo de su identificación, hasta tanto la defensa del imputado solicite la necesidad de su revelación y el Magistrado interviniente lo considerase conveniente.

Tendrá derecho también de solicitar la protección de su persona, familia y/o bienes.

(Concs. Art. 318 CPP Cba.)

Art. 331 - Denuncia ante el Fiscal de Instrucción.

En la investigación penal preparatoria, el Fiscal que reciba la denuncia actuará de inmediato. Al avocarse determinará los hechos y su calificación legal.

(Concs. Art. 319 CPP Cba. -parcial-)

Art. 332 - Denuncia ante la Policía Judicial.

Cuando la denuncia fuere presentada ante la Policía Judicial, ésta actuará con arreglo a los artículos 336 y 338.

(Concs. Art. 320 CPP Cba.; Art. 194 CPP Mza.)

CAPÍTULO 3. ACTOS DE LA POLICÍA JUDICIAL

Art. 333 - Función.

La Policía Judicial por orden de autoridad competente o, en casos de urgencia, por denuncia o iniciativa propia, deberá investigar los delitos de acción pública, impedir que los cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores, individualizar a los culpables y reunir las pruebas útiles para dar base a la acusación o determinar el sobreseimiento. Si el delito fuere de acción pública dependiente de instancia privada, sólo deberá proceder cuando reciba la denuncia prevista por el artículo 9.

(Concs. Art. 321 CPP Cba.; arts. 283 y 285 CPP C.Rica -parcial-; Art. 189 CPP Mza -parcial-)

Art. 334 - Composición.

Serán oficiales y auxiliares de la Policía Judicial los funcionarios y empleados a los cuales la ley acuerde tal carácter. Serán considerados también oficiales y auxiliares de la Policía Judicial los de la Policía Administrativa, cuando cumplan las funciones que este Código establece. La Policía Administrativa actuará como Policía Judicial hasta tanto sea puesta en funcionamiento la Policía Judicial, o cuando existiendo la misma, no pueda hacerlo inmediatamente. Desde que la Policía Judicial intervenga, la Policía Administrativa, será su auxiliar.

(Concs. Art. 322 CPP Cba.; Art. 284 CPP C.Rica -parcial-; Art. 190 CPP Mza -parcial-)

***Art. 335 - Subordinación.**

Los oficiales y auxiliares de la Policía Judicial serán nombrados y removidos conforme a lo dispuesto por las Leyes de Policía o las que las sustituyan. Cumplirán sus funciones bajo la superintendencia directa del Ministerio Público y deberán ejecutar las órdenes que les impartan los Jueces, Fiscales y Ayudantes Fiscales. *Los oficiales y agentes de la Policía Administrativa, en cuanto cumplan actos de Policía Judicial, estarán en cada caso bajo la autoridad de los Jueces y Fiscales, sin perjuicio de la autoridad general administrativa a que estén sometidos.

(Concs. Art. 323 CPP Cba.)

(#NDR.: El tercer párrafo de este artículo se intentó modificar por la Ley 7282, art. 3. De su lectura se desprende que la modificación propuesta por esta norma no altera en nada la redacción original del texto de este artículo.)

***Art. 336 – Atribuciones policía judicial**

La Policía Judicial tendrá las siguientes atribuciones:

1) Recibir denuncias.

*2) Cuidar que el cuerpo, instrumentos, efectos y rastros del delito sean conservados, mediante los resguardos correspondientes, hasta que llegue al lugar la autoridad judicial correspondiente, excepto en los accidentes viales donde se aplica la Ley de Seguridad Vial.

(TEXTO SEGUN LEY 9024, ART. 138)

*3) Si hubiere peligro de que cualquier demora comprometa el éxito de la investigación, hacer constar el estado de las personas, cosas y lugares, mediante inspecciones, planos, fotografías, exámenes técnicos y demás operaciones que aconseje la policía científica, excepto en los accidentes viales donde se aplica la Ley de Seguridad Vial.

(TEXTO SEGUN LEY 9024, ART. 138)

4) Proceder a los allanamientos del artículo 219, a las requisas urgentes con arreglo al 222 y a los secuestros impostergables.

5) Si fuera indispensable, ordenar la clausura del local en que se suponga, por vehementes indicios, que se ha cometido un delito grave, o proceder conforme al artículo 286.

6) Interrogar sumariamente a los testigos presumiblemente útiles para descubrir la verdad.

7) Citar y aprehender al presunto culpable en los casos y forma que este Código autoriza.

8) Recibir declaración al imputado, sólo si éste lo pidiera, en las formas y con las garantías que establecen los artículos 271 y ss.

9) Usar de la fuerza pública en la medida de la necesidad.

(Concs. Art. 324 CPP Cba.; Art. 286 CPP C.Rica; Art. 192 CPP Mza -parcial-)

Art. 337 - Prohibiciones.

Los oficiales y auxiliares de la Policía Judicial no podrán abrir la correspondencia que resguarden o hubieran secuestrado por orden de autoridad judicial competente, sino que la remitirán intacta a ésta. Sin embargo, en los casos urgentes podrán ocurrir a las más inmediata, la que autorizará la apertura si lo creyere oportuno. Tampoco podrán difundir a los medios de prensa los nombres y fotografías de las personas investigadas como participantes de un hecho, salvo que mediare expresa autorización del órgano judicial competente (Concs. Art. 325 CPP Cba.)

Art. 338 - Comunicación y Procedimiento.

Los oficiales de la Policía Judicial comunicarán inmediatamente al Fiscal de Instrucción todos los delitos que llegaren a su conocimiento y practicarán los actos urgentes que la ley autoriza y los que aquél les ordenare, observando las normas que este Código establece. Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 290, las actuaciones y las cosas secuestradas serán remitidas al Fiscal de Instrucción o al Juez de Paz, dentro del plazo de tres días de iniciada la investigación; pero dichos funcionarios podrán prorrogarlo por otro tanto cuando aquélla sea compleja o existan obstáculos insalvables.

(Concs. Art. 326 CPP Cba.; Art. 288 CPP C.Rica -parcial-; Art. 194 CPP Mza -parcial-)

Art. 339 - Sanciones.

Los oficiales y auxiliares de la Policía Judicial que violen disposiciones legales o reglamentarias, que omitan o retarden la ejecución de un acto propio de sus funciones o lo cumplan negligentemente serán sancionados por los tribunales o el Ministerio Público, previo informe del interesado, con apercibimiento o multa de hasta mil quinientos pesos (cfr. Ley 23928), sin perjuicio de la suspensión hasta por treinta días, cesantía o exoneración que pueda disponer la Suprema Corte de Justicia y de la responsabilidad penal que corresponda. Los oficiales y agentes de la Policía Administrativa, podrán ser objeto de las mismas sanciones; pero la suspensión, cesantía o exoneración de ellos sólo podrá ser dispuesta por el Poder Ejecutivo.

(Concs. Art. 327 CPP Cba.; Art. 196 CPP Mza)

CAPÍTULO 4. INVESTIGACIÓN FISCAL

Art. 340 - Forma.

El Fiscal de Instrucción procederá con arreglo a lo dispuesto por este Código para reunir elementos que servirán de base a sus requerimientos. Estos podrán fundamentarse en los actos practicados por la Policía Judicial dentro de sus facultades legales, y lo dispuesto por el artículo 271 en lo pertinente y 318.

(Concs. Art. 327 CPP Cba.; Art. 274 CPP C.Rica -parcial-; Art. 208 CPP Mza -parcial-)

Art. 341 - Facultades.

El Fiscal de Instrucción practicará y hará practicar todos los actos que considere necesarios y útiles para la investigación, salvo aquellos que la ley atribuya a otro órgano judicial. En este caso, los requerirá a quien corresponda.

(Concs. Art. 329 CPP Cba.; Art. 290 CPP C.Rica -parcial-)

***Art. 341 bis - Los ayudantes Fiscales tienen las siguientes funciones:**

- a) Informar al Fiscal de Instrucción de todos los hechos delictivos cometidos en el ámbito de su actuación.
- b) Practicar los actos de investigación que les ordene el Fiscal de Instrucción de conformidad a las normas del Código Procesal Penal, ejecutando y haciendo ejecutar las instrucciones que a ese fin les impartan sus superiores. En caso de urgencia podrán adoptar las medidas cautelares imprescindibles, con arreglo al Código Procesal Penal.
- c) Controlar la observancia de las normas constitucionales y legales relativas a los derechos y garantías de los imputados y de toda otra persona involucrada en la investigación, debiendo informar inmediatamente al Fiscal de Instrucción en caso de que los mismos fuesen vulnerados.
- d) Brindar atención e información a los letrados, con arreglo a la ley.

*e) Podrán ejercer la acción penal delegada, cumpliendo las instrucciones generales y particulares que les impartan sus superiores, en los siguientes casos:

- 1) Para realizar determinados actos de investigación en una causa.
- 2) Para la selección inicial de las causas y su distribución.
- 3) Actuar en representación del Ministerio Público Fiscal en cualquier audiencia oral, durante la investigación penal preparatoria o en la etapa de juicio.
- 4) Actuar en representación del Ministerio Público Fiscal en debate correccional o de Cámara, y en el procedimiento de flagrancia.
- 5) Los Ayudantes Fiscales especialmente asignados por la Procuración General, practicarán la información sumaria prevista en el Artículo 417 de la presente Ley, interviniendo en todas las audiencias orales que se realicen, conforme las directivas y por delegación del Fiscal de Instrucción.

(TEXTO INC E MODIFICADO POR LEY 8929, ART. 16)

(HIS.: TEXTO INC E INCORPORADO POR LEY 8896, ART. 14)

(HIS.: TEXTO INCORPORADO POR LEY 7282, ART. 1)

Art. 342 - Actos Definitivos e Irreproductibles.

Cuando deba practicar actos que por su naturaleza y características fuesen definitivos e irreproductibles, el Fiscal procederá conforme a los artículos 320 y 321.

(Concs. Art. 330 CPP Cba.; Art. 276 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 343 - Defensor.

El Fiscal de Instrucción proveerá a la defensa del imputado con arreglo a los artículos 134 y 317.

(Concs. Art. 331 CPP Cba.; Art. 100 -Art. 101 y conc.CPP C.Rica -parcial-; Art. 209 CPP Mza -parcial-)

Art. 344 - Situación del Imputado.

En el ejercicio de su función, el Fiscal de Instrucción podrá citar, privar y acordar la libertad del imputado, y recibirle la declaración si lo requiriese el mismo, conforme a lo previsto en los artículos 283, 284, 292, 293, 295, 296 y 271.

(Concs. Art. 332 CPP Cba.)

***Art. 345 - Control Jurisdiccional.**

En cualquier momento, sólo el imputado o su defensa, podrán solicitar el control jurisdiccional de la privación de la libertad y la aplicación de los Artículos 281, 292 y 295, directamente ante el Juez de Garantías, quien deberá seguir el procedimiento previsto por el Art. 294, bajo pena de nulidad. La resolución será apelable por el Fiscal, el querellante particular, el imputado y su defensor, sin efecto suspensivo y deberá seguirse el procedimiento previsto en el último párrafo del Art. 294, bajo pena de nulidad.

(Concs. Art. 333 CPP Cba.)(TEXTO SEGUN LEY 8869, ART. 4)(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR"JUEZ DE GARANTIAS")

***Art. 346 - Archivo.**

Cuando no se pueda proceder o el hecho no encuadre en una figura penal el fiscal dispondrá el archivo de las actuaciones por decreto fundado.

El querellante podrá oponerse ante el Juez de Garantías, quien resolverá en audiencia oral. De prosperar la oposición dispondrá continuar la investigación por otro fiscal. El rechazo será apelable.

Mientras no se encuentre prescripta la acción penal, nuevos elementos de prueba justificarán la reapertura de la causa.

(Concs. Art. 334 CPP Cba.; Art. 206 CPP Mza -parcial-)(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 15)(HIS.: SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR"JUEZ DE GARANTIAS")

***Art. 347 - Proposición de Diligencias.**

Las partes podrán proponer diligencias, las que serán practicadas salvo que el Fiscal no las considere pertinentes y útiles; si las rechazara, podrán ocurrir ante el Juez de Instrucción en el término de tres días. El Juez resolverá en igual plazo.

(Concs. Art. 335 CPP Cba.; art 292 CPP C.Rica -parcial-)

(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR"JUEZ DE GARANTIAS")

***Art. 348 - Pedido de la Prisión Preventiva.**

*En el término fatal de diez (10) días a contar desde la imputación formal del detenido, el Fiscal deberá requerir vía electrónica al Secretario del Juzgado o a la OGAP se fije audiencia para tramitar el pedido de prisión preventiva, el que deberá contener: 1) la individualización de la causa; 2) las condiciones personales del imputado y otros datos que sirvan para identificarlo; 3) las condiciones personales de las partes; 4) la enunciación del hecho y su calificación legal; y 5) la fecha y firma digital o similar por medios electrónicos.

*Cuando la cantidad de delitos atribuidos o complejidad o la difícil investigación lo justifiquen podrá el Fiscal solicitar la ampliación del término antes del vencimiento, el que deberá resolverse en el plazo fatal de un (1) día, pudiendo prorrogarlo hasta por otros diez (10) días. La resolución es inapelable.

En el procedimiento especial de flagrancia previsto en los Arts. 439 bis, ter y quater, el Fiscal deberá solicitar la prisión preventiva en la primera audiencia cuando se opta por el procedimiento directísimo, que nunca podrá ser superior al plazo fatal de diez (10) días, término que no podrá prorrogarse.

Desde el pedido hasta la resolución, de la prórroga prevista en el párrafo primero, del control jurisdiccional y la apelación de dicho control, quedan suspendidos automáticamente los términos previstos en el presente artículo.

(Concs. Art. 336 CPP Cba.)(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 55)(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8869, ART. 5) (SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR"JUEZ DE GARANTIAS")

***Art. 349 - Duración.**

La investigación fiscal deberá practicarse en el término de tres meses a contar desde la imputación prevista en el artículo 271. Si resultare insuficiente, el Fiscal podrá solicitar prórroga al Juez de Instrucción, quien podrá acordarla por otro tanto, según las causas de la demora y la naturaleza de la investigación.

Sin embargo, en los casos de suma gravedad y de muy difícil investigación, la prórroga podrá concederse hasta doce meses más.

(Concs. Art. 337 CPP Cba.) (SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

***Art. 350 - Oposición. Trámite.**

En los casos que la ley autoriza la oposición a una resolución o al requerimiento del Fiscal, ésta se deducirá ante quien la dictó en el término de tres (3) días, salvo que se establezca otro trámite. De inmediato se elevará al Juez de Garantías, quien resolverá en audiencia oral según el trámite del Artículo 362. En ningún caso se prorrogarán o suspenderán los actos urgentes de investigación.

(Concs. Art. 338 CPP Cba.)(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 16) (HIS.: SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

TÍTULO II. SOBRESEIMIENTO

***Art. 351 - Facultad de Sobreseer.**

El sobreseimiento total o parcial podrá ser dictado durante la investigación cuando se hubiera procedido a efectuar formalmente la imputación conforme al Artículo 271, sin perjuicio de lo dispuesto por el Artículo 373.

En el supuesto previsto en el Artículo 353 inciso 4, el sobreseimiento procederá, aún a petición de parte, en cualquier estado del proceso.

Durante la investigación fiscal, será requerido por el Fiscal en forma fundada.

(Concs. Art. 348 CPP Cba.; Art. 341 CPP Mza.) (TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 17)

Art. 352 - Valor.

El sobreseimiento cierra irrevocable y definitivamente el proceso con relación al imputado a cuyo favor se dicta.

(Concs. Art. 349 CPP Cba.; Art. 342 CPP Mza.)

***Art. 353 - Procedencia.**

El sobreseimiento procederá cuando:

- 1) El hecho investigado no se cometió o no lo fue por el imputado.
- 2) El hecho no encuadre en una figura penal.
- 3) Media una causa de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad o una excusa absolutoria.
- 4) La pretensión penal se ha extinguido.

5) Considerada agotada la investigación o vencido el término de la investigación fiscal y sus prórrogas, no hubiere suficiente fundamento para elevar la causa a juicio y no fuere razonable, objetivamente, prever la incorporación de nuevas pruebas.

6) Se hubiere producido la conciliación de las partes, siempre en los casos que estuviese legalmente permitido. Art. 5 (armonía social) Art. 59 inciso 6° CP

7) Ha transcurrido el plazo de un (1) año desde la suspensión de la persecución penal, y no corresponde dejarla sin efecto en virtud del 4to. párrafo del Artículo 27.

8) Ha transcurrido el término de la suspensión del proceso o el juicio a prueba, habiéndose cumplido las condiciones y reglas impuestas.

9) Se han cumplido las obligaciones contraídas en el acuerdo reparatorio o la reparación integral del perjuicio, salvo que aquellas se encuentren debidamente garantizadas a satisfacción de la víctima.

10) Por la renuncia del agraviado, respecto de los delitos de acción privada.

(Concs. Art. 350 CPP Cba.; Art. 343 CPP Mza., Art. 311 CPP C.Rica -parcial-)

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 18)

11) Al aplicarse el régimen penal de las personas jurídicas privadas se cumplan con los requisitos establecidos en la Ley N° 27.401, además de los previstos en el presente artículo". (Ley 9237)

Art. 354 - Forma y Fundamento.

El sobreseimiento se dispondrá por sentencia, en la que se analizarán las causales, siempre que fuere posible, en el orden dispuesto por el artículo anterior.

(Concs. Art. 351 CPP Cba.; Art. 344 CPP Mza.; Art. 312 CPP C.Rica -parcial-)

***Art. 355 - Apelación.**

La sentencia de sobreseimiento será apelable, sin efecto suspensivo, por el Ministerio Público y por el querellante particular.

Podrá recurrir también el imputado, cuando no se haya observado el orden que establece el Artículo 353 o cuando se le imponga una medida de seguridad.

(Concs. Art. 352 CPP Cba.; Art. 345 CPP Mza.)

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 19)

Art. 356 - Efecto.

Dictado el sobreseimiento, se ordenará la libertad del imputado que estuviere detenido, se despacharán las comunicaciones al Registro Nacional de Reincidencia y, si fuere total, se archivarán el expediente y las piezas de convicción que no corresponda restituir.

(Concs. Art. 353 CPP Cba.; Art. 348 CPP Mza.; Art. 313 CPP C.Rica -parcial-)

TÍTULO III. CLAUSURA

Art. 357 - Procedencia.

El Fiscal de Instrucción requerirá la citación a juicio cuando, estimare cumplida la investigación y siempre que hubiere elementos de convicción suficientes para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho intimado. Caso contrario, procederá con arreglo al artículo 351.

(Concs. Art. 354 CPP Cba.)

Art. 358 - Contenido de la Acusación.

El requerimiento fiscal deberá contener - bajo pena de nulidad - los datos personales del imputado o, si se ignoraren, los que sirvan para identificarlo; una relación clara, precisa, circunstanciada y específica del hecho; los fundamentos de la acusación; y la calificación legal.

(Concs. Art. 355 CPP Cba.; Art. 367 CPP Mza. -parcial-)

***Art. 359 - Juicio Abreviado Inicial.**

Desde la oportunidad prevista en el primer párrafo del artículo 290, hasta la clausura de la investigación penal preparatoria, el imputado en presencia de su defensor, podrá solicitar la realización del juicio abreviado sobre el hecho que motivó su aprehensión. Siempre que estuviere de acuerdo el Fiscal de Instrucción con la petición expresada, una vez formulada la imputación, la que se podrá basar en la aprehensión en flagrancia, la confesión del imputado, y en los elementos de prueba que existieren, se realizará el juicio de conformidad al trámite previsto por los artículos 419 y 420.

El Juez de Instrucción, previo a requerir la confesión circunstanciada del imputado, o la aceptación de la imputación, que es reformable, le hará conocer sus derechos y los alcances del acuerdo logrado. El Juez de Instrucción fundará la sentencia en los elementos de prueba reunidos. No se podrá imponer al imputado una sanción más grave que la solicitada por el Fiscal. Si el Juez de Instrucción, no presta conformidad al procedimiento o acuerdo alcanzado, o si habilitado el mismo el imputado se retracta, se remitirán nuevamente las actuaciones al Fiscal de Instrucción conforme al artículo 420. De haber mediado confesión del imputado no podrá ser tenida en cuenta a ningún efecto y se desglosará.

(Concs. Art. 356 -parcial., 419 y 420 CPP Cba.)

(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

***Art. 360 - Instancias.**

Las conclusiones del requerimiento fiscal serán notificadas al defensor del imputado quien podrá, en el término de cinco días, oponerse instando el sobreseimiento o el cambio de calificación legal.

(Concs. Art. 357 CPP Cba.; Art. 364 CPP Mza.)

(TEXTO SEGUN LEY 8008, ART. 59, INC. 24)

***Art. 361 - Elevación a Juicio.**

El Juez resolverá en audiencia oral la oposición. Si no hiciere lugar ordenará la elevación de la acusación fiscal. Si aceptase el cambio de calificación propuesto por la defensa, ordenará la elevación con dicha calificación. Cuando hubiere varios imputados, la decisión deberá dictarse respecto de todos aunque el derecho que acuerda el Artículo 360 haya sido ejercido sólo por el defensor de uno.

Cuando no se hubiere deducido oposición, el expediente será remitido por el fiscal al tribunal de juicio.

(Concs. Art. 358 CPP Cba.)

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 20)

***Art. 362 - De las audiencias orales.**

Para la decisión de todo criterio de oportunidad, oposición, prórroga de la investigación, juicio abreviado, cuestiones incidentales y cualquier otro trámite que no tenga previsto un procedimiento especial durante la investigación Penal Preparatoria, se resolverá por el Juez en una audiencia oral y continua. Se fijará dentro de los dos (2) días de solicitada, y será pública, salvo excepción fundada, la que deberá ser notificada.

El Juez dirigirá la audiencia, adoptando las medidas pertinentes al efecto. Luego de declarar abierta la misma, otorgará en primer lugar la palabra al peticionante o incidentante para que exponga en forma sucinta su pedido, fundándolo en hechos y derecho. No se permitirá la lectura de memoriales. Posteriormente otorgará el uso de la palabra a las demás partes concurrentes, quienes expondrán sobre la cuestión planteada. El Juez procurará evitar dilaciones innecesarias y la adición de puntos extraños al planteo originario.

Resolverá las cuestiones de orden que se susciten en forma inmediata, sin recurso alguno.

Oídas las partes e interesados, decidirá la cuestión en forma inmediata y en forma oral, de conformidad con el Artículo 155.

En casos excepcionales podrá disponerse un cuarto intermedio, pero la resolución jurisdiccional deberá dictarse el mismo día.

Todo diferimiento o nueva audiencia, en una misma causa, se deberá reprogramar de modo tal que no se suspenda el sistema de audiencias establecido por el Tribunal u oficina de gestión habilitada. Estas deberán ser continuas, no admitiéndose demoras ni suspensiones.

Los Magistrados y Funcionarios que más de tres (3) veces en un (1) año o en seis (6) oportunidades en diversos años hicieren fracasar de manera injustificada las audiencias, se considerarán incursos en la causal de mal desempeño previsto por el Artículo 12 de la Ley 4.970. Cuando se trate de abogados, en las mismas circunstancias, deberá remitirse informe al Tribunal de Ética del Colegio de Abogados de la circunscripción correspondiente. Deberá establecerse un Registro a estos fines.

(Concs. Art. 359 CPP Cba.; Art. 366 - Art. 370 CPP Mza.)

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 21)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8008, ART. 59, INC. 25)

Art. 363 - Clausura y Notificación.

La investigación penal quedará clausurada cuando se dicte el decreto de remisión a juicio o quede firme el auto que lo ordene. Cuando el Tribunal de juicio tuviere asiento en otro lugar, aquellas resoluciones serán notificadas a las partes y defensores, quienes deberán constituir nuevo domicilio.

(Concs. Art. 360 CPP Cba.)

LIBRO TERCERO. JUICIOS Y PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

TÍTULO I. JUICIO COMÚN

CAPÍTULO 1. ACTOS PRELIMINARES

***Art. 364 - Audiencia preliminar.**

Recibido el caso por la Cámara de Crimen o la OGAP, dentro del primer día hábil, fijará fecha para realizar la audiencia preliminar, la que deberá tener lugar en un plazo no mayor de diez (10) días.

Dentro de los dos (2) primeros días de recibida la notificación del artículo 364 haciendo saber el Juez que va a entender, las partes podrán plantear la recusación en los términos del artículo 79. En el mismo plazo deberá formularse la demanda civil, bajo apercibimiento de tener al interesado por desistido.

La audiencia preliminar deberá tramitarse con la presencia ininterrumpida del Juez, el Fiscal, el imputado, su defensor, y demás partes, bajo pena de nulidad. Se deberá asegurar la plena vigencia de los principios de inmediación, contradicción, publicidad, celeridad mediante la concentración y desformalización. Se desarrollará oralmente y durante su realización no se admitirá la presentación de escritos, salvo la lista de testigos y peritos, o individualización de prueba, con copia a todos los intervinientes.

La ausencia del querellante o actor civil, debidamente notificados, implica el desistimiento de su intervención y el procedimiento seguirá su curso sin su participación posterior.

"Ante la incomparecencia del imputado se diferirá la audiencia hasta contar con su presencia y, a pedido del fiscal o querellante, se ordenará su inmediata detención. Tratándose de una persona jurídica privada, el juez deberá cumplimentar las disposiciones de los artículos 14° de la Ley N° 27.401 y 99° de la presente Ley". (Modifícase el quinto párrafo del artículo 364° de la Ley N° 6.730. Conforme Ley 9237)

Ante la comparecencia del imputado el Juez declarará abierta la audiencia, identificará al imputado, e inmediatamente realizará una breve enunciación de las presentaciones que hubieren realizado las partes que se encontraren presentes en la audiencia.

Seguidamente podrán plantear la aplicación de algún Criterio de Oportunidad: cuando se hubiere solucionado el conflicto y restablecida la armonía social o cuando hubiera habido acuerdo reparatorio o reparación integral solo a pedido del Ministerio Público Fiscal; a pedido del imputado o su defensor la Suspensión del Juicio a Prueba que solo procederá con consentimiento fundado del Fiscal; o cuando las partes hubieran arribado a Juicio Abreviado. El Juez podrá interrogar a las partes sobre si han llegado a algún acuerdo o invitarlas a que lo hagan. Se tramitará inmediatamente la petición y se resolverá fundada y oralmente en el mismo acto.

En su caso, el Juez invitará al actor civil, al imputado, al demandado civil y citado en garantía, a solucionar el conflicto civil, acordando el litigio sobre la pretensión que hubiere deducido el primero. Será constancia

del acuerdo el audio, sin perjuicio que las partes decidan instrumentarlo por escrito con posterioridad al acuerdo.

De no ser planteado ningún Criterio de Oportunidad, o el mismo fuere rechazado, o no solucionada la cuestión civil, el Juez citará las partes a juicio.

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 56) (HIS.: TEXTO SEGUN LEY 7116, ART. 5)

(HIS.: ULTIMO PARRAFO INCORPORADO POR LEY 7137, ART. 1) (HIS.: SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

***Art. 365 - Comparecencia del acusado detenido.**

Conducido el acusado declarado rebelde que se ordenó detener según el Art. 364, se procederá de acuerdo al mismo y si se peticiona un Criterio de Oportunidad deberá resolverse sobre su situación de privación de libertad según corresponda. Si no se aplicare un Criterio de Oportunidad, y sólo luego de brindar las explicaciones de su incomparecencia, y a pedido de parte, podrá disponer el Juez medidas de seguridad o cautelares necesarias, o mantener la detención para asegurar la realización del juicio.

(Concs. Art. 361 bis CPP Cba.)

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 57)

***Art. 366 - Continuación de la Audiencia Preliminar.**

Nulidades y excepciones.

Seguidamente las partes podrán interponer, bajo pena de caducidad, las nulidades y excepciones que no hayan deducido anteriormente, las que serán tramitadas oralmente en el mismo acto, y resueltas de manera inmediata por el Juez quien proporcionará sus fundamentos en forma oral.

(Concs. Art. 362 CPP Cba.)

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 58)

***Art. 367 - Continuación de la Audiencia preliminar.**

Ofrecimiento de prueba.

Las partes deberán presentar por escrito en la audiencia preliminar la prueba de la que han de valerse en el juicio, con copia para cada parte, con individualización de los hechos o circunstancias que se pretenden probar con cada una, bajo pena de inadmisibilidad. Los testigos deberán ser identificados con el nombre, documento de identidad, profesión y domicilio.

Sólo podrá requerirse la designación de peritos nuevos, en los casos que deban dictaminar sobre puntos que anteriormente no fueron objeto de examen pericial; o si las pericias ofrecidas resultaren dubitativas, contradictorias o insuficientes; o cuando la defensa no haya ejercido el control previsto por el artículo 250; siempre a costa del proponente y bajo su responsabilidad la iniciativa probatoria. Quedan a salvo de esta disposición cuando deban designarse psiquiatras o psicólogos que deban dictaminar sobre la personalidad psíquica del imputado o de la víctima.

El Ministerio Público Fiscal solo es responsable de la iniciativa probatoria tendiente a acreditar los extremos de la imputación delictiva.

(Concs. Art. 363 CPP Cba.; Art. 386 CPP Mza.)

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 59)

***Art. 368 - Continuación de la Audiencia preliminar.**

Observaciones y acuerdos de la prueba; admisión y rechazo.

Acto seguido, en el mismo orden fijado para la discusión final en el juicio oral, las partes podrán formular las observaciones y planteamientos que estimaren relevantes con relación a las pruebas ofrecidas por los demás.

Las partes podrán acordar o ser invitados por el Juez a tener por acreditados ciertos hechos, sobre los que no cabrá discusión alguna en el juicio oral, limitando de esta manera las circunstancias que sí deberán demostrarse y la prueba para ello. Al acuerdo probatorio arribado deberá estarse durante el juicio oral y la limitación de la prueba.

Examinadas las pruebas ofrecidas y oídas las partes que hubieren comparecido a la audiencia, el Juez dispondrá, la exclusión de aquellas pruebas que fueren manifiestamente impertinentes o superabundantes, las que no podrán ser tratadas en el juicio oral. Contra esta decisión no cabrá recurso alguno.

Finalmente, el Juez admitirá la prueba pertinente que será sustanciada en el juicio oral.

(Concs. Art. 364 CPP Cba.; Art. 387 CPP Mza. -parcial-)

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 60)

***Art. 369 - Continuación de la Audiencia preliminar.**

Exclusión de prueba de cargo esencial. Cuando se excluyeren pruebas de cargo esenciales para sustentar la acusación en el juicio oral respectivo, las partes podrán solicitar el sobreseimiento definitivo, y el Juez previo oír a los interesados, resolverá en forma inmediata. Cuando el pedido lo formule el Fiscal, el Juez deberá sobreseer. Si el querellante se opuso podrá recurrirlo. Si instare el sobreseimiento la defensa, el rechazo será irrecurrible.

(Concs. Art. 365 CPP Cba.; Art. 388 CPP Mza. -parcial-)

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 61)

***Art. 370 - Continuación de la Audiencia preliminar.**

Actividad probatoria complementaria. Cuando la prueba admitida no pueda practicarse durante el juicio oral, y sólo a requerimiento de parte el Juez podrá disponer la realización en los siguientes casos:

- 1) La declaración de testigo que no pudiere comparecer al debate y fuera imposible que deponga por video conferencia.
- 2) El simple reconocimiento de documentos privados ofrecidos como prueba.
- 3) Las pericias y demás actos que no pudieren practicarse durante el juicio oral.

En los casos de los incisos 1) y 2), se fijará inmediatamente fecha para que tenga lugar la audiencia oral, quedando notificadas las partes.

Cuando se trate de un perito, según corresponda se tendrá por designado al propuesto o se procederá al inmediato sorteo.

En cualquiera de estos casos, los actos deberán practicarse en el tiempo que fije el Juez de acuerdo a la actividad procesal a realizar, que nunca podrá ser superior a los quince (15) días desde la Audiencia Preliminar, debiendo agregarse en las actuaciones los informes, actas o instrumentos, bajo pena de inadmisibilidad, dentro de los dos (2) días desde su vencimiento.

(Concs. Art. 366 CPP Cba.; Art. 391 CPP Mza. -parcial-)

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 62)

***Art. 371 - Continuación de la Audiencia preliminar.**

Fecha de juicio oral. En la misma audiencia, el Juez solicitará a la OGAP fecha de juicio oral, con intervalo no menor de cinco (5) ni mayor de treinta (30) días de la audiencia preliminar o del vencimiento de la actividad probatoria complementaria y en su caso, y que integre en caso de ser necesario el Tribunal Penal Colegiado con otros Jueces, debiendo sortear siempre un Juez suplente a los fines de evitar la suspensión del debate.

Las partes quedarán notificadas en el mismo acto de la fecha de debate que fija la OGAP.

La OGAP de inmediato ordenará la citación de testigos, peritos e intérpretes que deban intervenir en el juicio oral, y la producción del resto de la prueba admitida.

(Concs. Art. 367 CPP Cba.; Art. 389 CPP Mza. -parcial-)

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 63)

***Art. 372.- Unión y Separación de Juicios.**

A petición de parte se podrá ordenar la acumulación, cuando por el mismo delito atribuido a varios imputados se hubieren formulado diversas acusaciones siempre que esta no determine un grave retardo; o si la acusación tuviere por objeto varios delitos atribuidos a uno o más imputados, se podrá disponer que los juicios se realicen separadamente, pero, en lo posible, uno después del otro.

(Concs. Art. 368 CPP Cba.; Art. 390 CPP Mza. -parcial-)

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 64)

***Art. 373 - Sobreseimiento.**

El Tribunal dictará aún de oficio sentencia de sobreseimiento siempre que para establecer estas causales no fuere necesario el juicio oral, cuando:

nuevas pruebas acrediten que el acusado es inimputable;

se hubiere operado la prescripción de la pretensión penal, según la calificación legal del hecho admitida por el Tribunal;

se produjere otra causa extintiva de aquélla,

se verificase que concurre una excusa absolutoria;

a petición del Ministerio Público Fiscal, por la imposibilidad de mantener la acusación.

(Concs. Art. 370 CPP Cba.; Art. 392 CPP Mza. -parcial-)

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 65)

Art. 374 - Indemnización y Anticipo de Gastos.

Cuando los testigos, peritos e intérpretes citados no residan en la ciudad donde se realizará el debate, el Presidente fijará prudencialmente, a petición del interesado, la indemnización que corresponda por gastos indispensables de viaje y estadía. Las partes civiles y el querellante particular deberán consignar en Secretaría el importe necesario para indemnizar a las personas citadas a su pedido, salvo que también lo fueren a propuesta del Ministerio Público o del imputado, o que acrediten estado de pobreza.

(Concs. Art. 371 CPP Cba.; Art. 394 CPP Mza.-parcial)

CAPÍTULO 2. DEBATE

SECCIÓN PRIMERA. AUDIENCIAS

Art. 375 - Oralidad y Publicidad.

El debate será oral y público, bajo pena de nulidad, pero el Tribunal podrá resolver, aún de oficio, que se realice total o parcialmente a puertas cerradas, cuando la publicidad afecte la moral o la seguridad pública. La resolución será fundada, se hará constar en el acta y será irrecurrible. Desaparecida la causa de la clausura, se deberá permitir el acceso al público. Cuando se juzgue a un menor de 18 años, el debate se realizará a puertas cerradas durante la presencia de éste.

(Concs. Art. 372 CPP Cba.; Art. 395 CPP Mza.-parcial-; Art. 333 y 334 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 376 - Prohibiciones para el Acceso.

No tendrán acceso a la sala de audiencia los menores de 14 años, los dementes y los ebrios. Por razones de seguridad, orden, higiene, moralidad o decoro, la Cámara podrá ordenar también el alejamiento de toda persona cuya presencia no fuere necesaria o limitar la admisión a un determinado número.

(Concs. Art. 373 CPP Cba.; Art.396 CPP Mza.-parcial; Art. 332 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 377 - Continuidad y Suspensión.

El debate continuará durante todas las audiencias consecutivas que fueren necesarias hasta su terminación, pero podrá suspenderse por un término máximo de quince días en los siguientes casos:

- 1) Cuando deba resolverse alguna cuestión incidental que por su naturaleza no pueda decidirse inmediatamente.
- 2) Cuando sea necesario practicar algún acto fuera del lugar de la audiencia y no pueda cumplirse en el intervalo entre una y otra sesión.
- 3) Cuando no comparezcan testigos, peritos o intérpretes cuya intervención sea indispensable a juicio de la Cámara, el Fiscal o las partes, salvo que pueda continuarse con la recepción de otras pruebas hasta que el ausente sea conducido por la fuerza pública o declare conforme al artículo 369.
- 4) Si algún Juez, Fiscal o defensor se enfermase hasta el punto de no poder continuar su actuación en el juicio, a menos que los dos últimos puedan ser reemplazados. En estos supuestos, el Presidente les informará lo ocurrido en la audiencia.

5) Si el imputado se encontrare en la situación prevista en el inciso anterior, caso en que deberá comprobarse su enfermedad por los médicos forenses, sin perjuicio de que se ordene la separación de juicios.

6) Si alguna revelación o retractación inesperada produjere alteraciones sustanciales en la causa, haciendo indispensable una investigación suplementaria, que se practicará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 369.

7) Cuando el defensor lo solicite conforme al artículo 391.

8) Si se produjere la situación prevista en el Artículo 139, segundo párrafo. En caso de suspensión, el Presidente anunciará el día y hora de la nueva audiencia, y ello valdrá como citación para los comparecientes. El debate continuará enseguida del último acto cumplido cuando se dispuso la suspensión. Si ésta excediere el término máximo antes fijado, todo el debate deberá realizarse nuevamente, bajo pena de nulidad, e iniciarse antes de los sesenta días. Durante el tiempo de suspensión, los Jueces y Fiscales podrán intervenir en otros juicios.

(Concs. Art. 374 CPP Cba.; Art. 397 CPP Mza. -parcial-)

Art. 378 - Asistencia y Representación del Imputado.

El imputado asistirá a la audiencia libre en su persona sin perjuicio de la vigilancia y cautelas necesarias que se dispongan para impedir su fuga o violencia. Si después del interrogatorio de identificación el imputado deseara alejarse de la audiencia, se procederá en lo sucesivo como si estuviere presente, será custodiado en una sala próxima y para todos los efectos será representado por el defensor. Si su presencia fuere necesaria para practicar algún acto, podrá ser compelido por la fuerza pública. Cuando el imputado se hallare en libertad, la Cámara podrá ordenar su detención para asegurar la realización del juicio.

(Concs. Art. 375 CPP Cba.; Art. 398 CPP Mza.-parcial-; Art. 336 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 379 - Postergación Extraordinaria.

En caso de fuga del imputado, la Cámara ordenará la postergación del debate, y en cuanto sea detenido, fijará nueva audiencia.

(Concs. Art. 376 CPP Cba.; Art. 400 CPP Mza. -parcial-)

Art. 380 - Poder de Policía y de Disciplina.

El Presidente ejercerá el poder de policía y disciplina de la audiencia, y podrá corregir en el acto, con multa de hasta mil pesos (cfr. Ley Nº 23.928) o arresto de hasta 30 días, las infracciones a lo dispuesto en el artículo siguiente, sin perjuicio de expulsar al infractor de la sala de audiencia.

La medida será dictada por la Cámara cuando afecte al Fiscal, a las partes o a los defensores. Si se expulsare al imputado, su defensor lo representará para todos los efectos.

(Concs. Art. 377 CPP Cba.; Art. 401 CPP Mza. -parcial-)

Art. 381 - Obligación de los Asistentes.

Los que asistan a la audiencia, deberán permanecer respetuosamente y en silencio. No podrán adoptar una conducta intimidatoria, provocativa o contraria al decoro; ni producir disturbios o manifestar de cualquier modo opiniones o sentimientos.

(Concs. Art. 378 CPP Cba.; Art. 402 CPP Mza. -parcial-; Art. 335 "in fine" CPP C.Rica -parcial-)

Art. 382 - Delito en la Audiencia.

Si en la audiencia se cometiere un delito de acción pública, el Tribunal ordenará levantar un acta y, si correspondiere, la inmediata detención del presunto culpable, el que será puesto a disposición del Fiscal de Instrucción, a quien se le remitirán las copias y los antecedentes necesarios para que proceda como corresponda.

(Concs. Art. 379 CPP Cba.)

Art. 383 - Forma de las Resoluciones.

Durante el debate las resoluciones se dictarán verbalmente, dejándose constancia de ellas en el acta.

(Concs. Art. 380 CPP Cba.)

Sección Segunda. Actos del Debate

Art. 384 - Dirección.

El Presidente dirigirá el debate, ordenará las lecturas necesarias, hará las advertencias legales, recibirá los juramentos y declaraciones, y moderará la discusión, impidiendo derivaciones impertinentes o que no conduzcan al esclarecimiento de la verdad, sin coartar por esto el ejercicio de la acusación y la libertad de la defensa.

(Concs. Art. 381 CPP Cba.; Art. 406 CPP Mza. -parcial-)

Art. 385 - Apertura.

El día y hora fijados, el Tribunal se constituirá en la sala de audiencia. Después de verificar la presencia del Fiscal, de las partes y sus defensores, y de los testigos, peritos o intérpretes que deban intervenir, el Presidente declarará abierto el debate. Advertirá al imputado que esté atento a lo que va a oír y ordenará la lectura de la acusación.

(Concs. Art. 382 CPP Cba.; Art. 405 CPP Mza. -parcial-)

Art. 386 - Cuestiones Preliminares.

Inmediatamente después de abierto por primera vez el debate, se podrá deducir, bajo pena de caducidad, las nulidades a que se refiere el inciso 2 del Artículo 201. Las cuestiones referentes a la incompetencia por razón de territorio, a la unión o separación de juicio, a la admisibilidad o incomparecencia de testigos, peritos o intérpretes y a la presentación o requerimiento de documentos, podrá plantearse en la misma oportunidad, con igual sanción, salvo que la posibilidad de proponerlas no surja sino en el curso del debate.

(Concs. Art. 383 CPP Cba.; Art. 408 CPP Mza. -parcial-)

Art. 387 - Trámite de los incidentes.

Todas las cuestiones incidentales serán tratadas en un sólo acto, a menos que el Tribunal resuelva hacerlo sucesivamente o diferir alguna, según convenga al orden del proceso.

En la discusión de las cuestiones incidentales, el Fiscal y el defensor de cada parte, hablarán solamente una vez, por el tiempo que establezca el Presidente.

(Concs. Art. 384 CPP Cba.; Art. 408 CPP Mza.-parcial-)

Art. 388 - Declaraciones del Imputado.

Después de la apertura del debate o de resueltas las cuestiones incidentales en el sentido de la prosecución del juicio, el Presidente recibirá declaración al imputado si éste lo solicitase. En caso contrario procederá a recibir las pruebas en el orden indicado en los artículos respectivos de esta sección. Si hubiera manifestado espontáneamente su voluntad de declarar y así lo hiciera e incurriera en contradicciones, las que se le harán notar, el Presidente ordenará la lectura de las declaraciones prestadas por aquél ante el Fiscal de Instrucción, los Jueces de Menores y de Paz, siempre que se hubieren observado las normas de la investigación. De igual manera se procederá si manifestare su voluntad de no declarar. Cuando hubiere declarado sobre el hecho, se le podrán formular posteriormente, en el curso del debate, preguntas destinadas a aclarar sus manifestaciones.

(Concs. Art. 385 CPP Cba.)

Art. 389 - Declaración de Varios Imputados.

Si los imputados fueren varios, el Presidente podrá alejar de la sala de audiencia a los que no declaren, pero después de todas las declaraciones deberá informarles sumariamente de lo ocurrido durante su ausencia.

(Concs. Art. 386 CPP Cba.; Art. 410 CPP Mza.-parcial-)

Art. 390 - Facultades del Imputado.

En el curso del debate, el imputado podrá hacer todas las declaraciones que considere oportunas - incluso si antes se hubiere abstenido - siempre que se refieran a su defensa. El Presidente le impedirá cualquier divagación, y si persistiere aún, podrá alejarlo de la audiencia. El imputado podrá también hablar con su defensor sin que por esto la audiencia se suspenda, pero no podrá hacerlo durante su declaración o antes de responder a preguntas que se le formulen.

(Concs. Art. 387 CPP Cba.; Art. 411 CPP Mza.-parcial-)

Art. 391 - Ampliación del Requerimiento Fiscal.

El Fiscal deberá ampliar la acusación si de la investigación o del debate resultare la continuación del delito atribuido o una circunstancia agravante no mencionada en el requerimiento fiscal. En tal caso, con relación a los nuevos hechos o circunstancias atribuidos, el Presidente procederá, bajo pena de nulidad, conforme a lo dispuesto por los artículos 271 y 274, e informará al Fiscal y al defensor del imputado que tiene derecho a pedir la suspensión del debate para ofrecer nuevas pruebas o preparar la acusación o la defensa. Cuando este derecho sea ejercicio, el Tribunal suspenderá el debate por un término que fijará prudencialmente, según la naturaleza de los hechos y la necesidad de la acusación y la defensa, sin perjuicio de lo dispuesto por el Artículo 377.

Regirá lo dispuesto por el artículo 369.

El nuevo hecho que integre el delito continuado o la circunstancia agravante sobre la que verse la ampliación, quedarán comprendidos en la imputación y el juicio.

(Concs. Art. 388 CPP Cba.; Art. 412 CPP Mza. -parcial-; Art. 347 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 392 - Hecho Diverso.

Si del debate resultare que el hecho es diverso del enunciado en la acusación, el Tribunal dispondrá, por auto, correr vista al Fiscal de Cámara para que proceda con arreglo a lo dispuesto en el artículo anterior.

Si el Fiscal discrepare con el Tribunal al respecto, la sentencia decidirá sobre el hecho contenido en la acusación.

Reiniciado el debate, el trámite continuará conforme a lo previsto en los Artículos 385, 388, 393 y 405, en cuanto corresponda. (Concs. Art. 389 CPP Cba.)

Art. 393 - Recepción de Pruebas.

El Presidente procederá a recibir la prueba en el orden indicado en los artículos siguientes, salvo que considere necesario alterarlo. Si el imputado hubiese manifestado espontáneamente su decisión de declarar, éste será el primer acto.

(Concs. Art. 390 CPP Cba.)

Art. 394 - Normas de la Investigación Penal Preparatoria.

En cuanto sean aplicables y no se disponga lo contrario, se observarán las normas de la investigación penal preparatoria relativas a la recepción de las pruebas.

(Concs. Art. 391 CPP Cba.)

Art. 395 - Dictamen Pericial.

El Presidente hará leer la parte sustancial del dictamen presentado por los peritos, y si éstos hubieran sido citados, responderán bajo juramento, salvo los peritos de control, a las preguntas que se les formularen.

El Tribunal podrá disponer que los peritos presencien los actos del debate.

(Concs. Art. 392 CPP Cba.; Art. 415 CPP Mza.; Art. 350 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 396 - Testigos.

Enseguida, el Presidente procederá al examen de los testigos en el orden que estime conveniente, comenzando por el ofendido. Después de la declaración, serán interrogados conforme a lo previsto en el artículo 399. La parte que los propuso abrirá el interrogatorio. Antes de declarar, los testigos no podrán comunicarse entre sí ni con otras personas, ni ver, oír o ser informados de lo que ocurra en la sala de audiencias. Después de hacerlo, el Presidente dispondrá si continuarán incomunicados.

(Concs. Art. 393 CPP Cba.; Art. 351 CPP C.Rica -parcial-; Art. 415 CPP Mza.)

Art. 397 - Examen en el Domicilio.

El testigo o el perito que no compareciere por legítimo impedimento podrá ser examinado, en el lugar donde se hallare, por un Vocal. Podrán asistir, además de los miembros del Tribunal, el Fiscal, las partes y los defensores. En todo caso, el acta que se labre será leída durante el debate.

(Concs. Art. 394 CPP Cba.)

Art. 398 - Elementos de Convicción.

Los elementos de convicción secuestrados se presentarán, según el caso, a las partes y testigos, a quienes se les invitará a reconocerlos según lo dispuesto por el artículo 267 y a declarar lo que fuere pertinente.

(Concs. Art. 395 CPP Cba.)

Art. 399 - Interrogatorio.

Con la venia del Presidente, el Fiscal, las partes y los defensores, podrán formular preguntas a las partes, testigos, peritos o intérpretes. Luego, el Presidente y los Vocales podrán formular las preguntas que estimen necesarias para la mejor comprensión de la declaración.

El Presidente rechazará toda pregunta inadmisibles. La resolución podrá ser recurrida sólo ante la Cámara.
(Concs. Art. 396 CPP Cba.)

Art. 400 - Lectura de Declaraciones Testificales.

Las declaraciones testificales recibidas por el Fiscal de Instrucción, el Ayudante Fiscal o el Actuario, durante la investigación penal preparatoria, podrán leerse únicamente en los siguientes casos, bajo pena de nulidad:

- 1) Cuando habiéndose tomado todos los recaudos no se hubiese logrado la concurrencia del testigo cuya citación se ordenó o hubiese acuerdo entre el Tribunal y las partes.
- 2) A pedido del Ministerio Público o de las partes, si hubiere contradicciones entre ellas y las prestadas en el debate, o fuere necesario para ayudar la memoria del testigo.
- 3) Cuando el testigo hubiera fallecido, estuviera ausente del país, se ignorase su residencia o se hallare imposibilitado por cualquier causa para declarar.
- 4) Si el testigo hubiera declarado por medio de exhorto o informe.

(Concs. Art. 397 CPP Cba.) fallo de la guarda

***Art. 401 - Lectura de Actas y Documentos.**

El Tribunal podrá ordenar, a pedido del Ministerio Público o de las partes, la lectura de:

- 1) La denuncia.
- 2) Los informes técnicos y otros documentos producidos por la Policía Judicial.
- 3) Las declaraciones efectuadas por coimputados absueltos, sobreseídos, condenados o prófugos si aparecieren como partícipes del delito que se investiga o de otro conexo.
- 4) Las actas labradas con arreglo a sus atribuciones por la Policía Judicial, el Fiscal o el Juez de Instrucción.
- 5) Las constancias de otro proceso judicial de cualquier competencia.

(Concs. Art. 398 CPP Cba.)

(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

Art. 402 - Inspección Judicial.

Si para investigar la verdad de los hechos fuere indispensable una inspección, el Tribunal podrá disponerla, aún de oficio, y la practicará de acuerdo con el artículo 397.

(Concs. Art. 399 CPP Cba.)

Art. 403 - Nuevas Pruebas.

El Tribunal podrá ordenar, a requerimiento del Ministerio Público, del querellante o del imputado, la recepción de nuevos medios de prueba, si en el curso del debate resultaren indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad sobre los extremos de la imputación delictiva.

También podrá citar a los peritos si sus dictámenes resultaren insuficientes o proceder con arreglo al artículo 254. Las operaciones periciales necesarias se practicarán acto continuo en la misma audiencia, cuando fuere posible.

(Concs. Art. 400 CPP Cba.; Art. 355 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 404 - Falsedades.

Si un testigo, perito o intérprete incurriere en falsedad, se procederá conforme al artículo 382.

(Concs. Art. 401 CPP Cba.; Art. 422 CPP Mza.)

Art. 405 - Discusión Final.

Terminada la recepción de las pruebas, el Presidente concederá sucesivamente la palabra

- al actor civil,
- al Ministerio Público,
- al querellante particular, y
- a los defensores del imputado y ju8
- del demandado civil,

para que en este orden emitan sus conclusiones. No podrán leerse memoriales, excepto el presentado por el actor civil que estuviere ausente.

El actor civil limitará su alegato a los puntos concernientes a la responsabilidad civil y conforme a lo dispuesto por el artículo 119. El demandado civil observará lo dispuesto por el artículo 165 del Código Procesal Civil. Si intervinieren dos Fiscales o dos defensores del imputado, todos podrán hablar dividiéndose sus tareas.

Sólo el Ministerio Público y el defensor del imputado podrán replicar.

Corresponderá al segundo la última palabra.

La réplica deberá limitarse a la refutación de los argumentos adversarios que antes no hubieren sido discutidos.

En caso de manifiesto abuso de la palabra, el Presidente llamará la atención al orador, y si éste persistiera, podrá limitar prudencialmente el tiempo del alegato, teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos en examen, las pruebas recibidas y las cuestiones a resolver. Vencido el término, el orador deberá emitir sus conclusiones. La omisión implicará incumplimiento de la función o abandono injustificado de la defensa.

En último término, el Presidente preguntará al imputado si tiene algo que manifestar y cerrará el debate.

A continuación se establecerá el orden en que los miembros del Tribunal emitirán sus votos.

(Concs. Art. 402 CPP Cba.; Art. 425 y Art. 78 CPP Mza. -parcial-)

CAPÍTULO 3. ACTA DEL DEBATE

Art. 406 - Contenido.

El secretario labrará un acta del debate que deberá contener, bajo pena de nulidad:

- 1) El lugar y fecha de la audiencia, con mención de la hora en que comenzó y terminó, y de las suspensiones dispuestas.
- 2) El nombre y apellido de los jueces, fiscales, querellante particular, defensores y mandatarios.
- 3) Las condiciones personales del imputado y el nombre de las otras partes.
- 4) El nombre y apellido de los testigos, peritos e intérpretes, con mención del juramento y la enunciación de los otros elementos probatorios incorporados al debate.
- 5) Las instancias y conclusiones del Ministerio Público y de las partes.

6) Otras menciones prescritas por la ley o las que el Presidente ordenare hacer y aquéllas que solicitaren el Ministerio Público o las partes.

7) Las firmas de los miembros del Tribunal, del Fiscal, defensores, mandatarios, querellante particular, si lo hubiere, y otros sujetos del proceso que hubieren intervenido, y Secretario, previa lectura.

(Concs. Art. 403 CPP Cba.; Art. 426 CPP Mza. -parcial-)

Art. 407 - Resumen o Versión.

En las causas de prueba compleja, a petición de parte o cuando la Cámara lo estimare conveniente, el Secretario resumirá al final de cada declaración o dictamen la parte sustancial que deba tenerse en cuenta.

También podrá ordenarse la grabación, video grabación o la versión taquigráfica total o parcial del debate.

(Concs. Art. 404 CPP Cba.)

CAPÍTULO 4. SENTENCIA

Art. 408 - Deliberación.

Inmediatamente después de terminado el debate, bajo pena de nulidad, los jueces pasarán a deliberar en sesión secreta, a la que solo podrá asistir el Secretario. El acto no podrá suspenderse, bajo la misma sanción, salvo caso de fuerza mayor o que alguno de los Jueces se enfermase hasta el punto de que no pueda seguir actuando. La causa de suspensión se hará constar y se informará a la Suprema Corte de Justicia. En cuanto al término de ella regirá el artículo 377.

(Concs. Art. 405 CPP Cba.; Art. 428 CPP Mza. -parcial-; Art. 360 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 409 - Normas para la Deliberación.

El Tribunal resolverá todas las cuestiones que hubieran sido objeto del juicio, fijándolas, si fuere posible, en el siguiente orden: las incidentales que hubieran sido diferidas, las relativas a la existencia del hecho delictuoso, con discriminación de las circunstancias jurídicamente relevantes; la participación del imputado, calificación legal y sanción aplicable; la restitución o indemnización demandada y costas. Las cuestiones planteadas serán resueltas sucesivamente, por mayoría de votos, valorándose los actos del debate conforme al artículo 206. Los Jueces votarán sobre cada una de ellas, cualquiera que fuere el sentido de sus votos anteriores. En caso de duda sobre las cuestiones de hecho se estará a lo más favorable al imputado.

Si en la votación sobre las sanciones que correspondan se emitieren más de dos opiniones, se aplicará el término medio.

Regirá el artículo 406. (Concs. Art. 406 CPP Cba.; Art. 361 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 410 - Reapertura del Debate.

Si el Tribunal estimare, durante la deliberación, absolutamente necesario ampliar las pruebas incorporadas, podrá disponer a ese fin la reapertura del debate. La discusión quedará limitada entonces al examen de los nuevos elementos.

(Concs. Art. 407 CPP Cba.; Art. 429 CPP Mza. -parcial-)

Art. 411 - Requisitos de la Sentencia.

La sentencia deberá contener:

1) La mención del Tribunal y fecha en que se dictare; el nombre y apellido de los Jueces, Fiscales, partes y defensores que hubieran intervenido en el debate; las condiciones personales del imputado, y la enunciación del hecho que haya sido objeto de la acusación.

2) El voto de los jueces sobre cada una de las cuestiones planteadas en la deliberación, con exposición concisa de los motivos de hecho y de derecho en que se basen, sin perjuicio de que adhieran específicamente a las consideraciones y conclusiones formuladas por el magistrado que votare en primer término.

3) La determinación precisa y circunstanciada del hecho que el Tribunal estime acreditado.

4) La parte resolutive, con mención de las disposiciones legales aplicadas.

5) La firma de los Jueces; pero si uno de los miembros del Tribunal no pudiere suscribir la sentencia por impedimento ulterior a la deliberación, ésto se hará constar y aquélla valdrá sin esa firma.

(Concs. Art. 408 CPP Cba.; Art. 431 CPP Mza. -parcial-; Art. 363 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 412 - Lectura.

Redactada la sentencia será protocolizada, bajo pena de nulidad, y se agregará copia al expediente. Acto seguido, el Presidente se constituirá en la sala de audiencia, previo convocar verbalmente al Ministerio Público, a las partes y a sus defensores y ordenará por Secretaría la lectura del documento, bajo la misma sanción, ante los que comparezcan.

Si la complejidad del asunto o lo avanzado de la hora hicieran necesario diferir la redacción de la sentencia, en dicha oportunidad se leerá tan sólo su parte dispositiva, fijándose audiencia para la lectura integral. Esta se efectuará, bajo pena de nulidad, en las condiciones previstas en el párrafo anterior y en el plazo máximo de cinco días a contar del cierre del debate. La lectura valdrá siempre como notificación para los que hubieran intervenido en el debate.

(Concs. Art. 409 CPP Cba.; Art. 432 CPP Mza. -parcial-)

Art. 413 - Sentencia y Acusación.

En la sentencia, el Tribunal podrá dar al hecho contenido en la acusación una calificación jurídica distinta, aunque deba aplicar penas más graves o medidas de seguridad, siempre que el delito no sea de competencia de un tribunal superior.

(Concs. Art. 410 CPP Cba.; Art. 433 CPP Mza. -parcial-; Art. 365 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 414 - Absolución.

La sentencia absolutoria ordenará, cuando fuere el caso, la libertad del imputado y la cesación de las restricciones impuestas provisionalmente; la aplicación de medidas de seguridad; o la restitución, indemnización o reparación demandada.

(Concs. Art. 411 CPP Cba.; Art. 434 CPP Mza. -parcial-; Art. 366 CPP C.Rica -parcial-)

***Art. 415 - Condena.**

La sentencia condenatoria fijará las penas y medidas de seguridad que correspondan y resolverá sobre el pago de las costas.

Dispondrá también, cuando la acción civil hubiere sido ejercida, la restitución del objeto material del delito, la indemnización del daño causado y la forma en que deberán ser atendidas las respectivas obligaciones.

Sin embargo, la restitución podrá ordenarse aunque la acción no hubiere sido intentada.

*Cuando la condena recaída, lo sea por los delitos comprendidos en el Título II, Título III, Capítulos II, III y IV del Código Penal, y el Tribunal determine de la prueba rendida, la probabilidad de reiteración delictiva, ordenará la inscripción de la sentencia en el RECIS, una vez firme ésta, suministrando los demás datos de filiación determinados en los artículos 1º, 2º y 3º de la presente.

(PARRAFO INCORPORADO POR LEY 7222, ART. 5)

*Toda condena dispondrá la extracción de muestras biológicas necesarias que permitan obtener la huella genética digitalizada de la persona condenada para su incorporación al Registro Provincial de Huellas Genéticas Digitalizadas y la inscripción de la sentencia en el mismo.

(PARRAFO INCORPORADO POR LEY 8916, ART. 18)

(Concs. Art. 412 CPP Cba.; Art. 435 CPP Mza. -parcial-; Art. 367 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 416 - Nulidad.

La sentencia será nula:

- 1) Si el imputado no estuviere suficientemente individualizado.
- 2) Si faltare la enunciación del hecho que fuera objeto de la acusación, o la determinación circunstanciada del que el Tribunal estimare acreditada.
- 3) Cuando se base en elementos probatorios no incorporados legalmente al debate, salvo que carezcan de valor decisivo.
- 4) Si faltare o fuere contradictoria la fundamentación de la mayoría del Tribunal, o no se hubieran observado en ella las reglas de la sana crítica, con respecto a elementos probatorios de valor decisivo.
- 5) Cuando faltare o fuere incompleta en sus elementos esenciales la parte dispositiva.
- 6) Si faltare la fecha del acto o la firma de los Jueces, salvo lo dispuesto en el inciso 5) del artículo 411.

(Concs. Art. 413 CPP Cba.; Art. 436 CPP Mza. -parcial-)

TÍTULO II. PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

***CAPÍTULO 1. PROCEDIMIENTO CORRECCIONAL**

(NOMINACION DEL CAPITULO 1 SUSTITUIDA POR LEY 8929, ART. 10)

***Art. 417 - Información Sumaria.**

El Ayudante Fiscal, bajo las directivas del Fiscal de Instrucción, practicará una información sumaria que se realizará en el término de quince (15) días, con el objeto de reunir los elementos probatorios que sirvan de base a la acusación fiscal y procederá a efectuar la imputación formal conforme las disposiciones del artículo 271.

Las partes podrán proponer diligencias las que serán producidas en la etapa de plenario, salvo que se trate de actos urgentes o definitivos e irreproducibles.

El Fiscal de Instrucción podrá disponer el archivo de las actuaciones, cuando así correspondiera (artículo 346).

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 66)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8929, ART. 11)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8263, ART. 3. LA LEY 8263 HA SIDO DEROGADA POR LEY 8515, ART. 1) (Concs. Art. 414 CPP Cba.; Art. 437 y ss. CPP Mza.- Parcial)

***Art. 417 bis - Medidas de Coerción.**

En caso que el imputado estuviere privado de su libertad el término de la Información Sumaria será de diez (10) días desde la imputación formal y se aplicarán los artículos 284 y 345, no así el artículo 348, del presente Código. (TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 67)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8929, ART. 12)

***Art. 417 ter - Información Sumaria como Investigación Fiscal.**

Vencido el término de la Información Sumaria sin que se hubiere solicitado la audiencia de acusación la causa continuará su trámite conforme las disposiciones de la Investigación Fiscal (Capítulo IV, del Título Primero, del Libro Segundo).

Cuando el acusado estuviere privado de su libertad deberá solicitarse la prisión preventiva (artículo 348) en el término fatal de un (1) día.

También, en caso de complejidad probatoria el Fiscal de Instrucción declarará inaplicable el procedimiento, continuando el trámite según las disposiciones de la Investigación Penal Preparatoria.

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 68)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8929, ART. 13)

***Art. 417 quáter - Clausura de la Información Sumaria.**

Cumplido el plazo de la información sumaria o información sumaria como Investigación Fiscal, si el Fiscal de Instrucción estima que hay elementos de convicción suficientes para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho intimado, requerirá audiencia vía electrónica al Juez Correccional o a la OGAP, clausurando la información, para sostener oralmente la acusación fiscal, debiendo contener:

- 1) Individualización de la causa.
- 2) Condiciones personales del imputado u otros datos que sirvan para identificarlo.
- 3) Condiciones personales de las partes.
- 4) Enunciación del hecho y su calificación legal.
- 5) El pedido de citación a las partes.
- 6) Fecha y firma digital o similar por medios electrónicos.

El Ministerio Público Fiscal deberá notificar vía electrónica a la defensa el pedido de audiencia de acusación. Luego, deberá remitir el legajo o las actuaciones o, en su caso, el expediente al juzgado o la OGAP

En caso de no haber reunido elementos de convicción, deberá solicitar al Juez el Sobreseimiento, conforme las disposiciones del artículo 351 y siguientes de la presente ley.

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 69)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8929, ART. 14)

***Art. 417 quinquies - Audiencia de Acusación.**

La audiencia de acusación deberá fijarse dentro del término fatal cinco (5) días.

Abierta la audiencia y formulada la acusación podrá solicitarse la aplicación de algún Criterio de Oportunidad o Juicio Abreviado. Si no existiera ningún planteo de oportunidad o este fuese rechazado, la defensa podrá solicitar el control de la detención sobre la legalidad de la misma fundada en alguno de los tres incisos del artículo 293, se continuará con el trámite de la Audiencia Preliminar según los artículos 366, 367, 368, 369 y 370 y del juicio común con arreglo a las normas allí previstas, salvo las que se establezcan en este Capítulo.

Ofrecida y aceptada la prueba, el Juez solicitará a la OGAP la fecha de audiencia de debate según el artículo 371.

El Juez tiene las atribuciones propias del Tribunal encargado del Juicio Común. Podrá dictar sentencia inmediatamente después de cerrado el debate quedando registrada su decisión y los fundamentos en el soporte digital del audio o video registración.

No se podrá condenar al imputado si el Ministerio Público Fiscal no lo requiriese, ni imponer una sanción más grave que la pedida.

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 69)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8929, ART. 15)

CAPÍTULO 2. JUICIO ABREVIADO

Art. 418 - Procedencia.

Desde la clausura de la investigación penal preparatoria, y hasta el momento previsto por el artículo 385, se podrá proponer la aplicación del procedimiento abreviado cuando:

- a) El imputado lo solicitare y admita la imputación atribuida, que es reformable, y consienta la aplicación de este procedimiento.
- b) El Ministerio Público manifieste su conformidad.

La existencia de coimputados o la conexión de causas del mismo imputado, no impide la aplicación de esta regla a algunos de ellos.

Art. 419 - Requerimiento y trámite.

Actor Civil El Ministerio Público y el imputado, conjuntamente o por separado, manifestarán su deseo de aplicar el procedimiento abreviado y acreditarán el cumplimiento de los requisitos de ley.

El Fiscal de Cámara, formulará la acusación, que es reformable, y que contendrá una descripción de la conducta atribuida y su calificación jurídica, y solicitará la pena por imponer.

Se escuchará a la víctima, pero su criterio no será vinculante. Si existiere actor civil, el mismo podrá optar por la jurisdicción de tal fuero.

Art. 420 - Resolución.

El tribunal dictará sentencia, salvo que, previamente, estime pertinente oír a las partes y la víctima, de domicilio conocido, en audiencia oral.

En tal caso la sentencia se fundará en las pruebas recogidas en la investigación penal preparatoria y no se podrá imponer al imputado una sanción más grave que la pedida por el Fiscal.

Al resolver el tribunal, puede rechazar el procedimiento abreviado y, en este caso, deberá remitir la causa al Tribunal que sigue en el turno al originario.

Si ordena el reenvío, el requerimiento anterior sobre la pena no vincula al Ministerio Público durante el juicio, ni la admisión de los hechos por parte del imputado podrá ser considerada como una confesión.

CAPÍTULO 3. JUICIO POR DELITO DE ACCIÓN PRIVADA

SECCIÓN PRIMERA. QUERELLA

Artículo 421- Derecho de querella.

Toda persona con capacidad civil o persona jurídica privada que se pretenda ofendida por un delito de acción privada, tendrá derecho a presentar querella ante el Tribunal de juicio competente y a ejercer conjuntamente la acción civil resarcitoria. Igual derecho tendrá el representante legal del incapaz, por los delitos cometidos en perjuicio de éste".

Art. 422 - Unidad de Representación.

Cuando los querellantes fueran varios, deberán actuar bajo una sola representación, la que se ordenará de oficio si ellos no se pusieran de acuerdo.

(Concs. Art. 425 CPP Cba.; Art. 452 CPP Mza. -parcial-)

Art. 423 - Acumulación de Causas.

La acumulación de causas por delitos de acción privada se registrá por las disposiciones comunes, pudiendo procederse así cuando se trate de calumnias o injurias recíprocas, pero ellas no se acumularán con las incoadas por delitos de acción pública.

(Concs. Art. 426 CPP Cba.; Art. 451 CPP Mza. -parcial-; Art. 382 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 424 - Forma y Contenido de la Querella.

La querella será presentada por escrito, con una copia para cada querellado, personalmente o por mandatario especial, y deberán expresar, bajo pena de inadmisibilidad:

1) El nombre, apellido y domicilio del querellante y, en su caso, también los del mandatario. Tratándose de personas jurídicas privadas, la denominación o razón social, domicilio y sede social del querellante,

como así también, en caso de corresponder, los datos que la identifiquen mediante su inscripción en un registro público. (Inc. 1 modificado por Ley 9237)

2) El nombre, apellido y domicilio del querellado, o si se ignorasen, cualquier descripción que sirva para identificarlo.

3) Una relación clara, precisa y circunstanciada del hecho con indicación de lugar, fecha y hora en que se ejecutó, si se supiere.

4) Si se ejerciere la acción civil, la demanda para la reparación de los daños y perjuicios ocasionados.

5) Las pruebas que se ofrezcan, acompañándose:

a) La nómina de los testigos con indicación del nombre, apellido, profesión, domicilio y hechos sobre los que deberán ser examinados;

b) Cuando la querella verse sobre calumnias o injurias, el documento que a criterio del accionante las contenga, si fuere posible presentarlo; c) La copia de la sentencia civil definitiva que declare el divorcio por adulterio, si la querella fuere por ese hecho.

6) La firma del querellante, cuando se presentare personalmente, o si no supiere firmar, la de otra persona a su ruego, quien deberá hacerlo ante el Secretario.

La querella será rechazada en los casos previstos por el artículo 346, pero si se refiere a un delito de acción pública será remitida al Fiscal de Instrucción.

(Concs. Art. 427 CPP Cba.; Art. 453 CPP Mza. -parcial-)

Art. 425 - Responsabilidad del Querellante.

El querellante quedará sometido a la jurisdicción del Tribunal en todo lo referente al juicio por él promovido y a sus consecuencias legales.

(Concs. Art. 428 CPP Cba.; Art. 456 CPP Mza. -parcial-; Art. 383 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 426 - Renuncia Expresa.

El querellante podrá renunciar en cualquier estado del juicio, pero quedará sujeto a responsabilidad por sus actos anteriores.

(Concs. Art. 429 CPP Cba.; Art. 457 CPP Mza. -parcial-)

Art. 427 - Renuncia Tácita.

Se tendrá por renunciada la acción privada:

1) Cuando el querellante o su mandatario no concurriere a la audiencia de conciliación o del debate, sin justa causa, la que deberán acreditar antes de su iniciación si fuere posible, o en caso contrario, dentro de las 48 horas de la fecha fijada para aquélla.

2) Cuando muerto o incapacitado el querellante, no compareciere ninguno de sus herederos o representantes legales a proseguir la acción, después de tres meses de ocurrida la muerte o incapacidad.

(Concs. Art. 430 CPP Cba.; Art. 459 CPP Mza. -parcial-; Art. 383 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 428 - Efectos de la Renuncia. Desestimación de la querella.

Cuando el Tribunal declare extinguida la pretensión penal por renuncia del querellante, sobreseerá en la causa y le impondrá las costas, salvo que las partes hubieran convenido a este respecto otra cosa. Asimismo el tribunal podrá disponer el archivo de las actuaciones cuando el hecho imputado no

constituyera delito. Contra tales resoluciones que desestimen la querella, será procedente el recurso de casación.

(Concs. Art. 431 CPP Cba.; Art. 460 -Art.206 CPP Mza. -parcial-)

SECCIÓN SEGUNDA. PROCEDIMIENTO

Art. 429 - Audiencia de Conciliación.

Presentada la querella, se convocará a las partes a una audiencia de conciliación, remitiendo al querellado una copia de aquélla. A la audiencia podrán asistir los defensores. Cuando no concurra el querellado, el juicio seguirá su curso.

(Concs. Art. 432 CPP Cba.; Art. 461 CPP Mza.; Art. 385 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 430 - Investigación Preliminar.

Cuando el querellante ignore el nombre, apellido o domicilio del autor del hecho, o deban agregarse al proceso documentos que no estén en su poder, se podrá ordenar una investigación preliminar para individualizar al querellado a conseguir la documentación.

(Concs. Art. 433 CPP Cba.; Art. 454 CPP Mza. -parcial-)

Art. 431 - Conciliación y Retracción.

Cuando las partes se concilien en la audiencia o en cualquier estado del juicio, se sobreseerá en la causa y las costas serán por el orden causado, salvo que aquéllas convengan otra cosa.

Si el querellado se retractare en la audiencia o al contestar la querella, la causa será sobreseída y las costas quedarán a su cargo. La retractación será publicada a petición del querellante, en la forma que el Tribunal estimare adecuada.

(Concs. Art. 434 CPP Cba; Art. 462 CPP Mza.; Art. 386 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 432 - Prisión y Embargo.

El Tribunal podrá ordenar la prisión preventiva del querellado, previo una información sumaria y su declaración, sólo cuando concurran los requisitos del artículo 293 inciso 2). Cuando el querellante ejerza la acción civil podrá pedir el embargo de los bienes del querellado, respecto de lo cual se aplicarán las disposiciones comunes.

(Concs. Art. 435 CPP Cba.)

Art. 433 - Citación a Juicio.

Si el querellado no concurriere a la audiencia de conciliación o no se produjere ésta o la retractación, será citado para que en el término de diez días comparezca a juicio y ofrezca prueba, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente.

(Concs. Art. 436 CPP Cba; Art. 463 CPP Mza. -parcial-; Art. 387 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 434 - Excepciones.

Durante el término prefijado, el querellado podrá oponer excepciones previas de conformidad al Título II, Capítulo 1, Sección Tercera del Libro Primero.

(Concs. Art. 437 CPP Cba.)

Art. 435 - Fijación de Audiencias.

Vencido el término previsto por el artículo 433 o resueltas las excepciones en el sentido de la prosecución del juicio, se fijará día y hora para el debate conforme al artículo 371 y el querellante adelantará en su caso los fondos a que se refiere el artículo 374.

(Concs. Art. 438 CPP Cba; Art. 465 CPP Mza. -parcial-)

Art. 436 - Debate.

El debate se efectuará de acuerdo con las disposiciones comunes. El querellante tendrá las facultades y obligaciones correspondientes al Ministerio Público; podrá ser interrogado, pero no se le requerirá juramento.

(Concs. Art. 439 CPP Cba; Art. 466 CPP Mza.)

Art. 437 - Incomparecencia del Querellado.

Si el querellado o su representante no compareciere al debate, se procederá en la forma dispuesta por los artículos 378 y 379.

(Concs. Art. 440 CPP Cba; Art. 467 CPP Mza.; Art. 387 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 438 - Ejecución.

La sentencia será ejecutada con arreglo a las disposiciones comunes. En el juicio por calumnias o injurias podrá ordenarse, a petición de parte, la publicación de la sentencia a costa del vencido.

(Concs. Art. 441 CPP Cba; Art. 468 CPP Mza. -parcial-)

Art. 439 - Recursos.

Con respecto a los recursos se aplicarán las normas comunes.

(Concs. Art. 442 CPP Cba; Art. 469 CPP Mza.)

***CAPÍTULO 4.*PROCEDIMIENTO DE FLAGRANCIA**

(CAPITULO INCORPORADO SEGUN LEY 7692, ART. 2)

***Art. 439 bis - Procedencia. Audiencia de Detención y Acuerdos.**

En los casos en que se procediera a la aprehensión in fraganti del prevenido conforme regulan los artículos 287 y 288 de este Código, y siempre que se trate de delitos dolosos que no superen la pena de veinte (20) años de reclusión o prisión, el Fiscal de Instrucción o el Ayudante Fiscal bajo sus directivas, formará las actuaciones en el plazo de un (1) día hábil desde aquella y presentará en audiencia al imputado con la presencia del defensor frente al Juez de Garantías en Flagrancia, Juez Correccional, Juez de Garantías o al Juez del Juzgado Penal Colegiado según la asignación de la audiencia por la OGA u OGAP, según corresponda.

Se procurará, en la medida de lo posible, mantener la vestimenta y condiciones fisonómicas del imputado hasta la realización de la audiencia. Si ello no fuere posible, se dejará debidamente registrado por medio de fotografía, o medio digital técnico indubitable, la descripción física y vestimenta que al momento del hecho tenía el o los imputados, objetos de los que se valieron para cometer el delito, individualización de

los testigos, de los objetos involucrados en el ilícito, daños y perjuicios producidos, y cuantos más datos sean considerados de interés por las partes del proceso.

En caso de complejidad probatoria el Fiscal de Instrucción declarará inaplicable el procedimiento de flagrancia continuando el trámite mediante investigación Penal Preparatoria.

Quedará habilitada la acción civil ante el fuero correspondiente. La instancia del querellante particular sólo podrá formularse hasta la finalización de la primera audiencia, y en caso de oposición se resolverá la misma en esta audiencia con vista a las partes y la resolución será irrecurrible.

Se efectuará la imputación formal (artículo 271 y conc. del Código Procesal Penal), oportunidad que podrá solicitarse la aplicación de algún Criterio de Oportunidad o Juicio Abreviado.

Si no se planteara algún criterio de oportunidad o este fuese rechazado deberá realizarse el Procedimiento Directísimo.

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 71) (HIS.: TEXTO INCORPORADO SEGUN LEY 7692, ART. 2)

***Art. 439 ter - Procedimiento Directísimo.**

En la misma audiencia, podrán plantear las nulidades y excepciones de acuerdo al artículo 366. Las partes deberán ofrecer las pruebas a rendirse en el debate que se tramitarán según el artículo 368 y fijará la Audiencia de Finalización, en el plazo de dos (2) días hábiles desde la aprehensión, salvo el caso de producción de pruebas pertinentes y útiles que demanden más tiempo, quedando notificadas en ese acto las partes.

Cuando la fecha del debate sea posterior a los días (10) días desde la imputación formal, el Ministerio Público Fiscal deberá proceder según los artículos 348 y 293, inc. 1), salvo que existiere riesgo procesal podrá solicitar la prisión preventiva, conforme el inc. 3) del mismo artículo.

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 72) (HIS.: TEXTO INCORPORADO SEGUN LEY 7692, ART. 2)

***Art. 439 quater - Audiencia de Finalización.**

Será de aplicación, en lo pertinente, lo dispuesto por el Libro Tercero, Título I. Juicio Común.

El Ministerio Público Fiscal formulará la acusación oralmente. Se concederá a continuación la palabra al imputado para que exprese si desea ratificar o rectificar conforme su declaración en audiencia anterior.

Se recibirán los testimonios y pericias, y se incorporará la prueba instrumental según los acuerdos probatorios al que previamente hubieran arribado. Luego las partes pasarán a alegar en el orden establecido en el artículo 405 de este Código.

El Ministerio Público Fiscal podrá solicitar la absolución del imputado, la aplicación de un Criterio de Oportunidad o formulará la acusación y solicitará en su caso pena. El Juez podrá dictar sentencia inmediatamente después de cerrado el debate, quedando registrado sus fundamentos en el soporte digital del audio o video registración; o en caso de complejidad proceder de acuerdo al juicio común.

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 73) (HIS.: TEXTO INCORPORADO SEGUN LEY 7692, ART. 2)

***CAPÍTULO 5. HÁBEAS CORPUS Y HÁBEAS DATA**

(NUMERACION MODIFICADA SEGUN LEY 7692, ART. 2)

Art. 440 - Procedencia.

Toda persona detenida o incomunicada en violación de los arts. 17, 19, 21 y correlativos de la Constitución de Mendoza, o que considere inminente su detención arbitraria podrá interponer hábeas corpus para obtener que cese la restricción o la amenaza.

Igual derecho tendrá cualquier otra persona para demandar por el afectado, sin necesidad de mandato.

Cuando el hábeas corpus tuviere como fundamento el reagravamiento de las condiciones de prisión impuesta por órgano judicial competente, se procederá de conformidad con la Ley Nacional Nº 23.098.

En lo pertinente el hábeas data se regirá por las disposiciones contenidas en el presente Título.

(Concs. Art. 474 CPP Mza.)

Art. 441 - Competencia

Será competente para conocer del hábeas corpus cualquier juez letrado, sin distinción de fueros o instancias, del lugar en que se haya efectuado o esté por efectuarse la detención; pero cuando se lo ignore o se dude de él, podrá demandarse ante cualquier juez letrado de la Provincia.

Sin embargo cuando la orden que se considera arbitraria emane de una autoridad judicial, el interesado podrá deducir el recurso sólo ante el tribunal superior de aquélla, dentro del término que tenga para apelar y renunciando a este derecho.

(Concs. Art. 475 CPP Mza.)

Art. 442 - Demanda. Formas.

La demanda podrá ser deducida en forma verbal o escrita, con la mención de los datos imprescindibles, aunque no se conozca el lugar en que se haga efectiva la detención.

(Concs. Art. 476 CPP Mza.)

Art. 443 - Trámite.

Interpuesta la demanda, el juez librará oficio, inmediatamente y en todo caso en el término de una hora contada desde su presentación, a la autoridad que haya ordenado la detención o incomunicación, para que dentro del término de horas que le fije, el cual nunca podrá exceder de doce, presente el detenido e informe de acuerdo con el artículo siguiente.

Cuando el juez prefiera constituirse por si mismo en el lugar de la detención, podrá emitir dicha orden verbalmente, pero de ella se dejará constancia por escrito.

(Concs. Art. 477 CPP Mza.)

Art. 444 - Informe.

En el término fijado, la autoridad requerida presentará al detenido ante el juez o, si no pudiere hacerlo sin peligro para aquel expresará la causa, y le informará:

a) Si la persona a cuyo favor se procede está detenida bajo su poder e incomunicada, o ha dictado contra ella orden de detención, con indicación precisa del lugar, día y hora de la aprehensión, o de la incomunicación, o de la referida orden;

- b) Qué motivos legales le asisten;
- c) Si ha obrado por orden escrita de autoridad competente, caso en que deberá acompañarla;
- d) Si el detenido hubiere sido puesto a disposición de otra autoridad, a quien, por qué causa y en qué oportunidad se efectuó la transferencia.

(Concs. Art. 478 CPP Mza.)

Art. 445 - Pronunciamiento.

Dentro de las cuarenta y ocho horas a contar desde la deducción del recurso, y sin perjuicio de que practique las diligencias probatorias que estime necesarias, el juez dictará resolución.

Cuando la privación de la libertad haya sido ordenada por autoridad incompetente o la comunicación haya excedido el término constitucional, dispondrá la inmediata libertad del detenido, o que dicha orden no sea cumplida, o que cese la incomunicación.

Cuando el preso haya sido conducido a otra jurisdicción, hará saber al juez de ese lugar la resolución dictada.

Cuando el hábeas corpus tuviere por objeto la protección de la libertad frente a situaciones de desaparición forzada de personas, el Juez deberá establecer las medidas protectoras que sean pertinentes, fijando la autoridad responsable de su cumplimiento y el plazo de ejecución. Si hubiere sospecha fundada de la comisión de un delito, por el hecho de la desaparición, mediante compulsas de las actuaciones promoverá la investigación por el órgano competente.

(Concs. Art. 479 CPP Mza.)

Art. 446 - Actuación de oficio.

Cuando un juez o tribunal competente tenga conocimiento, por prueba suficiente, de que alguna persona es mantenida en custodia, detención o confinamiento, y pueda temerse que sea transportada fuera del territorio de su jurisdicción o sea objeto de perjuicio irreparable antes de ser socorrida con un auto de hábeas corpus, podrá expedirlo a éste de oficio.

(Concs. Art. 480 CPP Mza.)

Art. 447 - Costas.

Las costas del recurso, en el caso de ser otorgado, serán a cargo del culpable de la detención indebida, y del Estado en forma solidaria.

(Concs. Art. 481 CPP Mza.)

Art. 448 - Recurso.

La resolución será apelable con efecto devolutivo dentro de las veinticuatro horas de su notificación, cuando no haga lugar a la demanda.

(Concs. Art. 482 CPP Mza.)

LIBRO CUARTO. RECURSOS

TÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES

Art. 449 - Reglas Generales.

Las resoluciones judiciales serán recurribles sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos. El derecho de recurrir corresponderá tan sólo a quien le sea expresamente acordado, siempre que tuviere un interés directo. Cuando la ley no distinga entre las diversas partes, aquél pertenecerá a cualquiera de ellas.

(Concs. Art. 443 CPP Cba; Art. 484 CPP Mza. -parcial-; Art. 422 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 450 - Recursos del Ministerio Público.

En los casos establecidos por la ley, el Ministerio Público podrá recurrir inclusive a favor del imputado o en virtud de la decisión del superior jerárquico, no obstante el dictamen contrario que hubiere emitido antes.

(Concs. Art. 444 CPP Cba;)

Art. 451 - Recursos del Imputado.

El imputado podrá impugnar la sentencia de sobreseimiento o la absolutoria cuando le impongan una medida de seguridad; o solamente de las disposiciones que contenga la sentencia sobre la restitución o el resarcimiento de los daños. Los recursos a favor del imputado podrán ser deducidos por él o su defensor, y si fuere menor edad, también por sus padres o tutor aunque éstos no tengan derecho a que se les notifique la resolución.

(Concs. Art. 445 CPP Cba;)

***Art. 452 - Recursos del querellante particular.**

En los casos establecidos por la ley, el querellante particular podrá recurrir las resoluciones jurisdiccionales que afecten sus intereses. (Concs. Art. 446 CPP Cba.;

(TEXTO SEGUN LEY 7116, ART. 6)

Art. 453 - Recursos del Actor Civil.

El actor civil podrá recurrir de las resoluciones jurisdiccionales sólo en lo concerniente a la acción por él interpuesta.

(Concs. Art. 447 CPP Cba;)

Art. 454 - Recursos del Demandado Civil.

El demandado civil podrá recurrir de la sentencia que declare su responsabilidad.

(Concs. Art. 448 CPP Cba.)

Art. 455 - Condiciones de Interposición.

Los recursos deberán interponerse, bajo pena de inadmisibilidad, en las condiciones de tiempo y forma que se determinan, con específica indicación de los puntos de la decisión que fueren impugnados.

(Concs. Art. 449 CPP Cba; Art. 487 CPP Mza. -parcial-)

Art. 456 - Adhesión.

El que tenga derecho a recurrir podrá adherir, dentro del término de emplazamiento, al recurso concedido a otro, siempre que exprese, bajo pena de inadmisibilidad, los motivos en que se funda.

(Concs. Art. 450 CPP Cba; Art. 488 CPP Mza. -parcial-; Art. 425 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 457 - Recursos durante el Juicio.

Durante el juicio sólo se podrá deducir reposición, la que será resuelta: en la etapa preliminar, sin trámite; en el debate, sin suspenderlo.

Los demás recursos podrán deducirse solamente junto con la impugnación de la sentencia, siempre que se hubiere hecho expresa reserva inmediatamente después del proveído. Cuando la sentencia sea irrecurrible, también lo será la resolución impugnada.

(Concs. Art. 451 CPP Cba; Art. 489 CPP Mza. -parcial-)

Art. 458 - Efecto Extensivo.

Cuando el delito que se juzgue apareciere cometido por varios coimputados, el recurso interpuesto en favor de uno de ellos favorecerá también a los demás, a menos que se base en motivos exclusivamente personales. En casos de acumulación de causas por delitos diversos, el recurso deducido por un imputado favorecerá a todos, siempre que se base en la inobservancia de normas procesales que les afecte y no en motivos exclusivamente personales. También favorecerá al Imputado el recurso del demandado civil, toda vez que éste alegue la inexistencia del hecho, niegue que aquél lo cometió o que constituya delito, sostenga que se ha extinguido la pretensión represiva o que la acción penal no pudo iniciarse o no puede proseguir.

(Concs. Art. 452 CPP Cba; Art. 485 CPP Mza. -parcial-)

Art. 459 - Efecto Suspensivo.

La resolución no será ejecutada durante el término para recurrir y mientras se tramite el recurso, salvo disposición en contrario.

(Concs. Art. 453 CPP Cba; Art. 429 CPP C.Rica)

Art. 460 - Desistimiento.

El Ministerio Público podrá desistir de sus recursos, en dictamen fundado, aún si lo hubiera interpuesto un representante de grado inferior. También podrán desistir las partes de los recursos deducidos por ellas o sus defensores, sin perjudicar a los demás recurrentes o adherentes, pero cargarán con las costas. Para desistir de un recurso, el defensor deberá tener mandato especial de su representado.

(Concs. Art. 454 CPP Cba; Art. 490 CPP Mza. -parcial-; Art. 430 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 461 - Inadmisibilidad o Rechazo.

El recurso no será concedido por el Tribunal que dictó la resolución impugnada, cuando ésta fuere irrecurrible, o aquél no fuere interpuesto en tiempo, por quien tenga derecho. Si el recurso fuere inadmisibile el Tribunal de Alzada deberá declararlo así sin pronunciarse sobre el fondo. También deberá rechazar el recurso cuando fuere evidente que es sustancialmente improcedente.

(Concs. Art. 455 CPP Cba.; Art. 491 CPP Mza. -parcial-)

Art. 462 - Competencia del Tribunal de Alzada.

El recurso atribuirá al Tribunal de Alzada el conocimiento del proceso sólo en cuanto a los puntos de la resolución a que se refieran los agravios.

Los recursos interpuestos por el Ministerio Público permitirán modificar o revocar la resolución aún a favor del imputado. Cuando hubiere sido recurrida solamente por el imputado o a su favor, la resolución no podrá ser modificada en su perjuicio, en cuanto a la especie o cantidad de la pena ni a los beneficios acordados.

(Concs. Art. 456 CPP Cba.; Art. 492 CPP Mza. -parcial-; Art. 431 CPP C.Rica)

TÍTULO II. REPOSICIÓN

Art. 463 - Objeto.

El recurso de reposición procederá contra los autos que resuelvan sin sustanciación un incidente o artículo del proceso, a fin de que quien resolvió lo revoque o modifique por contrario imperio.

(Concs. Art. 457 CPP Cba.; Art. 493 CPP Mza.; Art. 434 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 464 - Trámite.

Este recurso se interpondrá dentro del tercer día, por escrito que lo fundamente. El Juez lo resolverá por auto en el término de cinco días, previa vista a los interesados.

(Concs. Art. 458 CPP Cba.; Art. 494 CPP Mza.; Art. 435 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 465 - Efectos.

La resolución que recaiga hará ejecutoria, a menos que el recurso hubiera sido deducido junto con el de apelación en subsidio, y éste fuere procedente. Este recurso tendrá efecto suspensivo sólo cuando la resolución recurrida fuere apelable con ese efecto.

(Concs. Art. 459 CPP Cba.; Art. 495 CPP Mza.; Art. 436 CPP C.Rica -parcial-)

TÍTULO III. APELACIÓN

***Art. 466 - Resoluciones Apelables.**

El recurso de apelación procederá contra las resoluciones de los Jueces de Instrucción y de Ejecución, siempre que expresamente sean declaradas apelables o causen gravamen irreparable.

(Concs. Art. 460 CPP Cba.; Art. 496 CPP Mza.; Art. 437 CPP Costa Rica -parcial-)

(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

***Art. 467 - Interposición y procedimiento.**

Este recurso deberá interponerse por escrito o diligencia dentro del término de tres días y ante el mismo Juzgado que dictó la resolución y en las condiciones establecidas en el Artículo 455.

El Juez deberá expedirse sobre la concesión del recurso dentro del término de dos (2) días, notificando a los interesados para que en el plazo de tres (3) días puedan adherir. En las apelaciones se seguirá el procedimiento establecido en el presente Título, salvo que se haya dispuesto uno especial.

Todas las notificaciones se practicarán según el Artículo 177 (Ley N° 8.896).

(TEXTO SEGUN LEY 8934, ART. 5)

(Concs. Art. 461 CPP. Cba.; Art. 497 CPP. Mza.; Art. 438 CPP. C.Rica -parcial)

***Art. 468 - Emplazamiento.**

Concedido el recurso, el superior, recibidas las actuaciones fijará audiencia oral, en el término de tres (3) días.

(TEXTO SEGUN LEY 8934, ART. 6)

(Concs. Art. 462 CPP Cba.; Art. 498 CPP Mza.; Art. 439 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 469 - Elevación de Actuaciones.

Cuando se impugnare la sentencia de sobreseimiento, el expediente será elevado inmediatamente después de la última notificación. Si la apelación se produjere en un incidente, se elevarán sus actuaciones. En los demás casos, sólo se remitirán copias de los actos pertinentes. No obstante, el Tribunal de Alzada podrá requerir el expediente principal, por un plazo no mayor de cinco días.

(Concs. Art. 463 CPP Cba.; Art. 499 CPP Mza.)

***Art. 470 - Desistimiento.**

Las partes podrán desistir del recurso dentro del término de un día de notificado de la audiencia. (TEXTO SEGUN LEY 8934, ART. 7)

(Concs. Art. 464 CPP Cba.; Art. 500 CPP Mza.)

***Art. 471 - Incomparecencia a la audiencia.**

La incomparecencia injustificada a la audiencia implicará el desistimiento del recurso.

(TEXTO SEGUN LEY 8934, ART. 8)

(Concs. Art. 465 CPP Cba.; Art. 500 CPP Mza.)

***Art. 472 - Audiencia.**

El Tribunal declarará abierta la audiencia para que las partes e interesados informen oralmente, en cuya oportunidad no se admitirá la incorporación de memoriales o escritos. La audiencia se desarrollará en lo que fuere compatible por el procedimiento del Artículo 362.

(TEXTO SEGUN LEY 8934, ART. 9)

(Concs. Art. 466 CPP Cba.; Art. 501 CPP Mza.; Art. 442 CPP C.Rica -parcial-)

***Art. 473 - Resolución.**

El Tribunal se pronunciará durante la audiencia en forma inmediata y oral. Podrá hacer cuarto intermedio, pero la resolución deberá dictarse el mismo día. Excepcionalmente, cuando por la complejidad de la causa, o la cantidad de imputados o causas apeladas, tornare imposible hacerlo el mismo día, el Tribunal podrá diferir fundadamente el dictado de la resolución dentro del término de tres días.

(TEXTO SEGUN LEY 8934, ART. 10)

(Concs. Art. 467 CPP Cba.; Art. 502 CPP Mza.)

TÍTULO IV. CASACIÓN

CAPÍTULO 1. PROCEDENCIA

Art. 474 - Motivos.

El recurso de casación podrá ser interpuesto por los siguientes motivos:

1) Inobservancia o errónea aplicación de la Ley sustantiva. 2) Inobservancia de las normas que este Código establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad, siempre que, con excepción de los casos de nulidad absoluta, el recurrente hubiera reclamado oportunamente la subsanación del defecto, si era posible, o hubiera hecho protesta de recurrir en casación.

(Concs. Art. 468 CPP Cba.; Art. 503 CPP Mza.; Art. 443 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 475 - Resoluciones Recurribles.

Además de los casos especialmente previstos por la ley y con las limitaciones establecidas en los artículos siguientes, sólo podrá deducirse este recurso contra las sentencias definitivas o los autos que pongan fin a la acción o a la pena, o hagan imposible que continúen, o que denieguen la extinción, conmutación o suspensión de cualesquiera de ellas.

(Concs. Art. 469 CPP Cba.; Art. 504 CPP Mza.; Art. 444 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 476 - Recursos del Ministerio Público.

El Ministerio Público podrá impugnar:

- 1) Las sentencias de sobreseimiento confirmadas por la Cámara de Apelación o dictadas por el Tribunal de Juicio.
- 2) Las sentencias absolutorias, siempre que hubiere requerido la imposición de una pena.
- 3) Las sentencias condenatorias.
- 4) Los autos mencionados en el artículo 475,

(Concs. Art. 470 CPP Cba.; Art. 505 CPP Mza.)

Art. 477 - Recursos del Querellante Particular.-

El querellante particular podrá impugnar las sentencias mencionadas en los incisos 1) y 2) del artículo anterior. Deberá mantener el recurso de casación ante la Suprema Corte de Justicia.

(Concs. Art. 471 CPP Cba.)

Art. 478 - Recursos del Imputado.

El imputado podrá impugnar:

- 1) Las sentencias condenatorias aún en el aspecto civil.
- 2) La sentencia de sobreseimiento o absolutoria que le imponga una medida de seguridad o lo condene a la reparación de los daños.
- 3) Los autos que denieguen la extinción de la acción o la pena y la conmutación o suspensión de la pena.

(Concs. Art. 472 CPP Cba.)

Art. 479 - Recursos del Actor y del Demandado Civil.

El actor civil podrá impugnar la sentencia de la Cámara del Crimen o del Juez Correccional de acuerdo con el artículo 453. El demandado civil podrá recurrir en casación de acuerdo con el artículo 454 cuando pueda hacerlo el imputado.

(Concs. Art. 473 CPP Cba.)

CAPÍTULO 2. PROCEDIMIENTO

Art. 480 - Interposición.

El recurso de casación será interpuesto ante el Tribunal que dictó la resolución, en el plazo de quince días de notificada y por escrito con firma de letrado, donde se citarán concretamente las disposiciones legales que se consideren violadas o erróneamente aplicadas y se expresará cual es la aplicación que se pretende. Deberá indicarse separadamente cada motivo con sus fundamentos.

Fuera de esta oportunidad no podrá aducirse ningún otro motivo.

El recurrente deberá manifestar si informará oralmente.

(Concs. Art. 474 CPP Cba.; Art. 509 CPP Mza.; Art. 445 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 481 - Proveído.

El Tribunal proveerá lo que corresponda, en el término de tres días, de acuerdo con el artículo 461. Cuando el recurso sea concedido, se procederá conforme a los artículos 468 y 469, elevándose el expediente a la Suprema Corte de Justicia.

(Concs. Art. 475 CPP Cba.)

Art. 482 - Trámite.

En cuanto al trámite ante la Suprema Corte de Justicia se aplicarán los artículos 461 segunda parte, 470, 471 primera parte y 472, mas el término fijado por el último, será de diez días.

(Concs. Art. 476 CPP Cba.; Art. 510 CPP Mza.)

Art. 483 - Debate.

Cuando fuere el caso, el debate se efectuará el día fijado y en el momento oportuno, con asistencia de todos los miembros de la Suprema Corte de Justicia que deban dictar sentencia, y del Fiscal.

No será necesario que asistan y hablen todos los abogados de las partes.

La palabra será concedida primero al defensor del recurrente.

Cuando también hubiera recurrido el Ministerio Público, su representante hablará en primer término. No se admitirán réplicas, pero los abogados de las partes, podrán presentar, antes de la deliberación, breves notas escritas. En cuanto fueren aplicables, regirán los artículos 375, 376, 380, 381 y 384.

(Concs. Art. 477 CPP Cba.; Art. 514 CPP Mza.)

Art. 484 - Deliberación.

Después de la audiencia, los jueces se reunirán a deliberar conforme al artículo 408, y en cuanto fuere aplicable, se observará el 409. Sin embargo, por la importancia de las cuestiones a resolver o por lo avanzado de la hora, la deliberación podrá ser diferida para otra fecha. El Presidente podrá señalar el

tiempo de estudio para cada miembro del Tribunal. La sentencia se dictará dentro de un plazo de veinte días conforme, en lo pertinente, con los artículos 411 y 412, excepto la segunda parte del último.

(Concs. Art. 478 CPP Cba.; Art. 515 CPP Mza.)

Art. 485 - Casación por la Violación de la Ley.

Si la resolución impugnada hubiere violado o aplicado erróneamente la ley sustantiva, el Tribunal la casará y resolverá el caso de acuerdo con la ley y la doctrina aplicables; pero procederá de acuerdo con el artículo siguiente, aún de oficio, cuando no se hubiera observado el inciso 3 del artículo 411.

(Concs. Art. 479 CPP Cba.; Art. 516 CPP Mza.)

Art. 486 - Anulación Total o Parcial.

En el caso del artículo 474 inciso 2, el Tribunal anulará la resolución impugnada y procederá conforme a los artículos 203 y 204.

(Concs. Art. 480 CPP Cba.; Art. 517 CPP Mza.)

Art. 487 - Rectificación.

Los errores de derecho en la fundamentación de la sentencia impugnada, que no hayan influido en la parte resolutive, no la anularán, pero deberán ser corregidos.

También lo serán los errores materiales en la designación o el cómputo de las penas.

(Concs. Art. 481 CPP Cba.; Art. 518 CPP Mza.)

Art. 488 - Libertad del Imputado.

Cuando por efecto de la sentencia deba cesar la detención del imputado, la Suprema Corte de Justicia ordenará directamente la libertad.

(Concs. Art. 482 CPP Cba.; Art. 519 CPP Mza.)

TÍTULO V. INCONSTITUCIONALIDAD

Art. 489 - Procedencia.

El recurso de inconstitucionalidad podrá interponerse contra las sentencias definitivas o autos mencionados en el artículo 475, cuando se cuestione la constitucionalidad de una ley, decreto, reglamento o resolución que estatuyan sobre materia regida por la Constitución de la Provincia, y la sentencia o el auto fuere contrario a las pretensiones del recurrente. (Concs. Art. 483 CPP Cba.; Art. 520 CPP Mza.).

Art. 490 - Procedimiento.

Serán aplicables a este recurso las disposiciones del capítulo anterior relativas al procedimiento y forma de dictar sentencia.

(Concs. Art. 484 CPP Cba.; Art. 521 CPP Mza.)

TÍTULO VI. QUEJA

Art. 491 - Procedencia.

Cuando sea denegado indebidamente un recurso que procediere ante otro Tribunal, el recurrente podrá presentarse en queja ante éste, a fin de que lo declare mal denegado.

(Concs. Art. 485 CPP Cba.; Art. 523 CPP Mza.)

Art. 492 - Trámite.

La queja se interpondrá por escrito en el término de dos o cuatro días - según que los Tribunales actuantes residan o no en la misma ciudad - desde que la resolución denegatoria fue notificada. Cuando sea necesario, el Tribunal de Alzada podrá requerir el expediente, que devolverá sin tardanza.

(Concs. Art. 486 CPP Cba.; Art. 523 CPP Mza.)

Art. 493 - Resolución.

El Tribunal se pronunciará por auto en un plazo no mayor de cinco días, a contar desde la interposición o de la recepción del expediente.

(Concs. Art. 487 CPP Cba.; Art. 523 CPP Mza.)

Art. 494 - Efectos.

Si la queja fuere desechada, las actuaciones serán devueltas sin más trámite al Tribunal de origen. En caso contrario se concederá el recurso y se requerirán las actuaciones a fin de emplazar a las partes y proceder según corresponda.

(Concs. Art. 488 CPP Cba.; Art. 524 CPP Mza.)

TÍTULO VII. REVISIÓN

Art. 495 - Motivos.

El recurso de revisión procederá en todo tiempo y en favor del condenado, contra la sentencia firme:

- 1) Si los hechos establecidos como fundamento de la condena fueren inconciliables con los fijados por otra sentencia penal irrevocable.
- 2) Cuando la sentencia impugnada se hubiera fundado en prueba documental o testifical, cuya falsedad se hubiere declarado en fallo posterior irrevocable.
- 3) Si la sentencia condenatoria hubiera sido pronunciada a consecuencia de prevaricato, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta, cuya existencia se hubiese declarado en fallo posterior irrevocable.
- 4) Cuando después de la condena sobrevengan nuevos hechos o elementos de prueba, que solos o unidos a los ya examinados en el proceso, hagan evidente que el hecho no existió, que el condenado no lo cometió, o que el hecho cometido encuadra en una norma penal más favorable.
- 5) Si la sentencia se funda en una interpretación de la ley que sea más gravosa que la sostenida por la Suprema Corte de Justicia, al momento de la interposición del recurso.
- 6) Si el consentimiento exigido por los artículos 359 y 418 no hubiese sido prestado por el condenado.

(Concs. Art. 489 CPP Cba.; Art. 525 CPP Mza.)

Art. 496 - Límite.

El recurso deberá tender siempre a demostrar la inexistencia del hecho, que el condenado no lo cometió, o que falta totalmente la prueba en que se basó la condena, salvo que se funde en el inciso 4, última parte, o en el inciso 5 del artículo anterior.

(Concs. Art. 490 CPP Cba.; Art. 526 CPP Mza.)

Art. 497 - Quienes podrán deducirlo.

Podrán deducir el recurso de revisión:

1) El condenado; si fuere incapaz, sus representantes legales; si hubiera fallecido o estuviere ausente con presunción de fallecimiento, su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos.

2) El Ministerio Público.

(Concs. Art. 491 CPP Cba.)

Art. 498 - Interposición.

El recurso de revisión será interpuesto personalmente o mediante defensor, por escrito que contenga, bajo pena de inadmisibilidad, la concreta referencia de los motivos en que se basa y las disposiciones legales aplicables. En los casos que prevén los incisos 1, 2, 3 y 5 del artículo 495, bajo la misma sanción, se acompañará copia de la sentencia pertinente, pero si en el supuesto del inciso 3 la pretensión penal estuviera extinguida o la acción no pudiere proseguir, el recurrente deberá indicar las pruebas demostrativas del delito de que se trate.

(Concs. Art. 492 CPP Cba.; Art. 528 CPP Mza.)

Art. 499 - Procedimiento.

En el trámite del recurso de revisión se observarán las reglas establecidas para el de casación, en cuanto sean aplicables. El Tribunal podrá disponer todas las indagaciones y diligencias que crea útiles, y delegar su ejecución en alguno de sus miembros.

(Concs. Art. 493 CPP Cba.; Art. 529 CPP Mza.)

Art. 500 - Efecto Suspensivo.

Durante la tramitación del recurso, el Tribunal podrá suspender la ejecución de la sentencia recurrida y disponer la libertad del imputado, con caución o sin ella.

(Concs. Art. 494 CPP Cba.; Art. 530 CPP Mza.)

Art. 501 - Sentencia.

Al pronunciarse en el recurso, la Suprema Corte de Justicia podrá anular la sentencia y remitir a nuevo juicio cuando el caso lo requiera, o dictar directamente la sentencia definitiva.

(Concs. Art. 495 CPP Cba.; Art. 531 CPP Mza.)

Art. 502 - Nuevo Juicio.

Si se remitiere un hecho a nuevo juicio, en éste no intervendrá ninguno de los magistrados que conocieron del anterior. En el nuevo juicio no se podrá absolver por efecto de una nueva apreciación de los mismos hechos del primer proceso, con prescindencia de los motivos que hicieron admisible la revisión.

(Concs. Art. 496 CPP Cba.; Art. 532 CPP Mza.)

Art. 503 - Efectos Civiles.

Si la sentencia fuere absolutoria, podrá ordenarse la restitución de la suma pagada en concepto de pena y de indemnización; de esta última, sólo cuando haya sido citado el actor civil.

(Concs. Art. 497 CPP Cba.; Art. 533 CPP Mza.)

Art. 504 - Reparación.

La sentencia de la que resulte la inocencia de un condenado podrá decidir, a instancia de parte, sobre los daños y perjuicios causados por la condena. Estos serán reparados por el Estado siempre que aquél no haya contribuido con su dolo o culpa al error judicial. La reparación sólo podrá acordarse al condenado, o por su muerte, a sus herederos forzosos.

(Concs. Art. 498 CPP Cba.; Art. 534 CPP Mza.)

Art. 505 - Revisión Desestimada.

El rechazo de un recurso de revisión no perjudicará el derecho de presentar nuevos pedidos fundados en elementos diversos.

Las costas de un recurso desechado serán siempre a cargo de la parte que lo interponga.

(Concs. Art. 499 CPP Cba.; Art. 535 CPP Mza.)

LIBRO QUINTO. EJECUCIÓN

TÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES

Art. 506 - Juez de Ejecución.

Corresponderá al Juez de Ejecución, siempre que no se tratara de procesos en los que hubiere intervenido un Tribunal de Menores:

- 1) Controlar que se respeten las garantías constitucionales en el trato otorgado a los condenados y a las personas sometidas a medidas de seguridad.
- 2) Controlar el cumplimiento, por parte del imputado o condenado, de las instrucciones e imposiciones establecidas en los casos de suspensión de Juicio a prueba, libertad condicional y condena de ejecución condicional.
- 3) Controlar el cumplimiento efectivo de las sentencias de condena dictadas por los Jueces Correccionales y Cámaras del Crimen, con excepción de la ejecución civil.
- 4) Controlar la ejecución de las medidas de seguridad impuestas a inimputables mayores de edad.
- 5) Conocer en los incidentes que se susciten durante la ejecución de la pena, con excepción de los relacionados con el cómputo de las penas, de la revocación de la condena de ejecución condicional o de la libertad condicional por comisión de un nuevo delito; y de la modificación de la sentencia o de la pena impuesta por haber entrado en vigencia una Ley más benigna.
- 6) Conocer en las peticiones que presentarán los condenados a penas privativas de la libertad, con motivos de beneficios otorgados por la legislación de ejecución penitenciaria.

(Concs. Art. 35 bis. CPP Cba.).

Art. 507 - Competencia y Legislación aplicable.

Para la ejecución de la pena se aplicarán específicamente, las normas contenidas en la ley Nº 24660, a la cual adhirió la Provincia de Mendoza por la Ley Nº 6513, en lo que resulta materia de legislación local, su Decreto Reglamentario, o las que los reemplacen. Las resoluciones del Juez de Ejecución penal serán apelables por ante el Tribunal que dictó la sentencia.

(Concs. Art. 500 CPP Cba. -parcial-; Ley Nº 6513; Ley Nº 24.660)

Art. 508 - Delegación.

El Juez de Ejecución a los fines del cumplimiento de sus funciones podrá comisionar a un funcionario judicial para que practique alguna diligencia necesaria.

(Concs. Art. 501 CPP Cba.)

***Art. 509 - Incidente de Ejecución.**

El incidente deberá tramitarse en audiencia oral y pública, salvo casos de privacidad decretada por el Juez. La víctima deberá ser notificada del incidente para su intervención, quien tendrá voz en la audiencia. No obstante, podrá presentar informe escrito acerca del objeto de la audiencia, en caso de no estar presente en la misma. Siempre podrá ser asistida por un abogado de confianza. Si el Juez decidiera en contra de su opinión, deberá fundar expresamente tal negativa. Las asociaciones de defensa de las víctimas y de intereses específicos en relación con el delito cometido, tendrán el mismo derecho de participar en la audiencia.

(Concs. Art. 502 CPP Cba.)

(TEXTO SEGUN LEY 8971, ART. 32)

Art. 510 - Sentencia Absolutoria.

Cuando la sentencia sea absolutoria, el Juez o Tribunal que la dictó dispondrá inmediatamente la libertad del imputado que estuviere preso y la cesación de las restricciones cautelares impuestas, aunque aquella fuere recurrible.

(Concs. Art. 503 CPP Cba.-parcial-)

TÍTULO II. EJECUCIÓN PENAL

CAPÍTULO 1. PENAS

***Art. 511 - Cómputos.**

El Juez de Sentencia o Tribunal de Juicio practicará el cómputo de la pena, fijando la fecha de su vencimiento o su monto. Se notificará el Decreto respectivo al condenado y a su Defensor y al Ministerio Público, quienes podrán observarlo dentro de los tres (3) días. Si no se dedujera oposición en término, el cómputo será aprobado por Decreto y la sentencia se ejecutará inmediatamente, enviando los recaudos al Juez de Ejecución. En caso contrario se procederá conforme al procedimiento previsto por el Art. 509. El mismo trámite se seguirá cuando el cómputo deba ser rectificado, pudiéndose en ambos casos recurrir en Casación.

(TEXTO SEGUN LEY 7370, ART. 1)

(Concs. Art. 504 CPP Cba.)

***Art. 511 bis-**

Podrá interponerse recurso de apelación por ante la Cámara de Apelaciones de los recursos y autos emitidos por el Juez de Ejecución, relativo a la imposición de sanciones, otorgamiento de salidas transitorias, traslados de jurisdicción, denegatoria de libertad asistida, medidas alternativas a la detención, prisión discontinua o régimen de semidetención y toda otra resolución que implique una alteración sustantiva de la pena.

(TEXTO INCORPORADO POR LEY 7370, ART. 2)

***Art. 512 - Pena privativa de la libertad.**

Cuando el condenado a pena privativa de la libertad no estuviere preso, el tribunal que le impuso la condena ordenará su captura, salvo que aquélla no exceda de seis meses de prisión y no exista sospecha de fuga. En este caso, se notificará al condenado para que se constituya detenido dentro de los cinco días. Si el condenado estuviere privado de su libertad, una vez firme la sentencia condenatoria, el juez o Tribunal que la dictó, remitirá de inmediato la causa al Juez de Ejecución, quien procederá de acuerdo al Art. 511 y luego, en el plazo de veinte (20) días comunicará la sentencia remitiendo testimonio de ella y del cómputo de pena, a la autoridad administrativa competente. En el plazo de diez (10) días a partir de la recepción de la comunicación y sus recaudos, la autoridad penitenciaria correspondiente efectuará el traslado del condenado al establecimiento que ella determine para el cumplimiento de la pena, conforme al régimen de ejecución previsto por la ley penitenciaria nacional. Si el asiento del Tribunal de Sentencia,

estuviere a más de ciento cincuenta (150) kilómetros del Juez de Ejecución, el primero podrá, a pedido del imputado, realizar todos los actos señalados en este artículo. (Concs. Art. 505 CPP Cba. Parcial). (TEXTO SEGUN LEY 7116, ART. 7)

Art. 513 - Suspensión.

La ejecución de una pena privativa de la libertad podrá ser diferida en los siguientes casos:

- 1) Cuando deba cumplirla una mujer embarazada o que tenga un hijo menor de seis meses.
- 2) Si el condenado se encontrare gravemente enfermo y la inmediata ejecución pusiera en peligro su vida, según el dictamen de peritos designados de oficio.

Cuando cesen estas condiciones, la sentencia se ejecutará de inmediato.

(Concs. Art. 506 CPP Cba.)

Art. 514 - Enfermos.

Si durante la ejecución de la pena privativa de la libertad, el condenado sufre enfermedad que no pudiese ser atendida en la cárcel, el Juez de Ejecución dispondrá, previo los informes médicos necesarios, la internación del enfermo en un establecimiento adecuado, salvo que éste importare grave peligro de fuga.

(Concs. Art. 507 CPP Cba.-parcial-)

Art. 515 - Inhabilitación Accesorio.

Cuando la pena privativa de la libertad importe la accesoria que establece el artículo 12 del Código Penal, el Juez o Tribunal de Sentencia ordenará las inscripciones y anotaciones que correspondan.

(Concs. Art. 508 CPP Cba.-parcial-)

Art. 516 - Inhabilitación Absoluta.

La parte resolutive de la sentencia que condene a inhabilitación absoluta se hará publicar en el Boletín Oficial, y se cursarán las comunicaciones a la Junta Electoral y a las Reparticiones o Poderes que correspondan, según el caso.

(Concs. Art. 509 CPP Cba.)

Art. 517 - Inhabilitación Especial.

Cuando la sentencia imponga inhabilitación especial, se harán las comunicaciones pertinentes.

(Concs. Art. 510 CPP Cba.)

Artículo 518.- Pena de multa.

La multa deberá ser abonada dentro de los diez (10) días desde que la sentencia quede firme. Vencido este término, el Juez o Tribunal de Sentencia procederá con arreglo a los artículos 21° y 22° del Código Penal. La sentencia se ejecutará a iniciativa del Ministerio Público, por el procedimiento que a ese fin establece el Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de la Provincia de Mendoza.

En el caso que el Juez o tribunal de sentencia disponga el pago de la multa en forma fraccionada, en el supuesto previsto en el cuarto párrafo del artículo 8° de la Ley N° 27.401, fijarán el monto y la fecha de los pagos. En caso de incumplimiento de cualquiera de los mismos, se producirá el vencimiento de pleno derecho de la obligación respectiva a la fecha en que quede firme la sentencia" (Ley 9237 -11-08-20)

Art. 519 - Prisión Domiciliaria.

La prisión domiciliaria, se cumplirá bajo la vigilancia de la autoridad penitenciaria provincial, a la que se impartirán las órdenes necesarias. Del mismo modo se procederá en el caso del artículo 298. Si el detenido quebrantare la medida, el Juez ordenará su captura para su cumplimiento en el establecimiento que corresponda. Rige también para el presente artículo la excepción prevista en el Art. 298, bajo las mismas modalidades y requisitos.

(Concs. Art. 512 CPP Cba.)

Art. 520 - Revocación de Condena Condicional.

La revocación de la condena de ejecución condicional será dispuesta por el Juez o Tribunal que la impuso, salvo que proceda la acumulación de penas; en este caso, podrá ordenarla el que determine la pena única.

(Concs. Art. 513 CPP Cba.)

Art. 521 - Modificación de la Pena Impuesta.

Cuando deba quedar sin efecto o modificarse la pena impuesta, o las condiciones de su cumplimiento por haber entrado en vigencia una ley más benigna o en virtud de otra razón legal, el Juez o Tribunal de Sentencia aplicará dicha ley de oficio, a solicitud del interesado o del Ministerio Público. El incidente se tramitará conforme al artículo 509 aunque la cuestión fuere provocada de oficio.

(Concs. Art. 514 CPP Cba.-parcial-)

CAPÍTULO 2. LIBERTAD CONDICIONAL

Art. 522 - Solicitud.

La solicitud de libertad condicional podrá ser formulada por el condenado o por su defensor. Está será tramitada por intermedio del organismo administrativo competente a los efectos de la confección de los informes exigidos por el Art. 28 de la Ley N° 24660.

(Concs. Art. 515 CPP Cba.)

Art. 523 - Cómputo y Antecedentes.

Presentada la instancia, el Juez de Ejecución requerirá informe del Secretario sobre el tiempo de condena cumplido por el solicitante y sus antecedentes. En caso necesario se libraré oficio al Registro Nacional de Reincidencia y los exhortos pertinentes.

(Concs. Art. 516 CPP Cba.)

Art. 524 - Informe y Dictamen.

La solicitud de libertad condicional deberá ser acompañada de un informe sobre el tiempo cumplido de condena y lo previsto por el artículo 13 de Código Penal, y del dictamen sobre la calificación de concepto (artículo 101, Ley Penitenciaria Nacional), producido por el organismo administrativo competente. En caso de omisión de estos recaudos, el Juez deberá requerirlos antes de resolver respecto a la solicitud. A tal efecto fijará un plazo de hasta cinco días.

(Concs. Art. 517 CPP Cba.)

***Art. 525 - Procedimiento.**

En cuanto al trámite, resolución y recursos se procederá de conformidad al Artículo 509. Cuando la Libertad Condicional fuere acordada, en el auto se fijarán las condiciones que establece el Art. 13 del Código Penal y el liberado deberá prometer que las cumplirá fielmente, en el acto de la notificación. El Secretario le entregará una copia de la resolución, la que deberá conservar y presentar a la autoridad encargada de vigilarlo, toda vez que le sea requerida. En todos los casos de denegación o la revocación de la libertad condicional corresponderá recurso de apelación ante la Cámara de Apelaciones.

(TEXTO SEGUN LEY 7370, ART. 3)

(Concs. Art. 518 CPP Cba.)

Art. 526 - Supervisión. Patronato.

La supervisión del liberado condicional se implementará de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 29 de la Ley N° 24660. A dicho organismo se le comunicará la libertad otorgada y en su caso, la denegatoria, remitiéndole copia del auto respectivo.

(Concs. Art. 519 CPP Cba.-parcial-)

Art. 527 - Incumplimiento.

La revocatoria de la libertad condicional podrá efectuarse de oficio o a solicitud del Ministerio Público o del Patronato. En todo caso, el libertado será oído y se le admitirán pruebas, procediéndose en la forma prescrita por el artículo 509. Si el Juez lo estimare necesario, el liberado será detenido preventivamente hasta que se resuelva la incidencia.

(Concs. Art. 520 CPP Cba.)

CAPÍTULO 3. MEDIDAS DE SEGURIDAD Y TUTELARES

Art. 528 - Vigilancia.

La ejecución provisional o definitiva de una medida de seguridad será vigilada por el Juez o Tribunal de Sentencia, cuyas decisiones serán obedecidas por las autoridades del establecimiento en que la misma se cumpla.

(Concs. Art. 521 CPP Cba.)

Art. 529 - Instrucciones.

Cuando disponga la ejecución de una medida de seguridad, el Juez o Tribunal impartirá las instrucciones necesarias a la autoridad o al encargado de ejecutarla y fijará los plazos en que deberá informársele acerca del estado de la persona sometida a la medida o sobre cualquier otra circunstancia de interés. Dichas instrucciones podrán ser modificadas en el curso de la ejecución, según sea necesario, incluso a requerimiento de la autoridad administrativa. Contra estas resoluciones no habrá recurso alguno.

(Concs. Art. 522 CPP Cba.)

Art. 530 - Internación de Anormales.

El Juez ordenará especialmente la observación psiquiátrica del sujeto, cuando disponga la aplicación de la medida que prevé el artículo 34 inciso 1º del Código Penal.

(Concs. Art. 523 CPP Cba.)

Art. 531 - Colocación de Menores.

Cuando se hubiere dispuesto la colocación privada de un menor, el encargado de su cuidado o la autoridad del establecimiento en que se encuentre, tendrá la obligación de facilitar la vigilancia dispuesta por la ley 6354.

(Concs. Art. 524 CPP Cba.)

Art. 532 - Cesación.

Para ordenar la cesación de una medida de seguridad o tutelar, el Juez o Tribunal deberá oír al Ministerio Público, al interesado, o cuando éste sea incapaz, a quien ejercite su patria potestad, tutela o curatela, y en su caso, conforme a lo dispuesto por la ley 6354. Además, en los casos del artículo 34, inc. 1 del Código Penal, deberá requerirse el informe técnico oficial del establecimiento en que la medida se cumpla y el dictamen por lo menos, de dos peritos.

(Concs. Art. 525 CPP Cba.)

CAPÍTULO 4. RESTITUCIÓN Y REHABILITACIÓN

Art. 533 - Solicitud y Competencia.

Cuando se cumplan las condiciones prescritas por el artículo 20 ter del Código Penal, el condenado a inhabilitación absoluta o relativa podrá solicitar al Tribunal que la ejecutó, personalmente o mediante un abogado defensor, que se lo restituya en el uso y goce de los derechos y capacidades de que fue privado, o su rehabilitación. Con el escrito deberá presentar copia auténtica de la sentencia respectiva y ofrecer una prueba de dichas condiciones, bajo pena de inadmisibilidad.

(Concs. Art. 526 CPP Cba.)

Art. 534 - Prueba e Instrucción.

Además de ordenar la inmediata recepción de la prueba ofrecida, el Tribunal podrá ordenar la instrucción que estime oportuna. A tales fines podrá actuar un integrante de la Cámara, librarse las comunicaciones necesarias o encomendarse información a la Policía Judicial.

(Concs. Art. 527 CPP Cba.)

Art. 535 - Vista y Decisión.

Practicada la investigación y previa vista al Ministerio Público y al interesado, el Tribunal resolverá por auto. Contra éste sólo procederá el recurso de casación.

(Concs. Art. 528 CPP Cba.)

Art. 536 - Efectos.

Si la restitución de la rehabilitación fuere concedida, se harán las anotaciones y comunicaciones necesarias para dejar sin efecto la sanción.

(Concs. Art. 529 CPP Cba.)

TÍTULO III. EJECUCIÓN CIVIL

CAPÍTULO 1. CONDENAS PECUNIARIAS

Art. 537 - Competencia.

La sentencia que condene a restitución, indemnización o reparación de daños, o al pago de costas, cuando no sea inmediatamente ejecutada o no pueda serlo por simple orden del Tribunal que la dictó, se ejecutará por el interesado ante el Juez Civil que corresponda con arreglo al Código Procesal Civil.

(Concs. Art. 530 CPP Cba.; Art. 561 CPP Mza.; Art. 464 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 538 - Sanciones Disciplinarias.

El Ministerio Público ejecutará las penas pecuniarias de carácter disciplinario, a favor del Fisco, en la forma establecida por el artículo anterior.

(Concs. Art. 531 CPP Cba.; Art. 562 CPP Mza.)

CAPÍTULO 2. GARANTÍAS

Art. 539 - Embargo o Inhibición de Oficio.

El Tribunal, de oficio o a pedido del Ministerio Fiscal, podrá ordenar el embargo de bienes del imputado en cantidad suficiente para garantizar la pena pecuniaria, las costas y la indemnización civil.

Si el imputado no tuviere bienes o lo embargado fuere insuficiente, se podrá disponer la inhibición.

(Concs. Art. 532 CPP Cba.; Art. 563 CPP Mza.)

Art. 540 - Embargo a Pedido de Parte.

El actor civil podrá pedir el embargo de bienes del imputado y del demandado civil, a fin de garantizar el pago de la indemnización que pudiera ordenarse.

(Concs. Art. 533 CPP Cba.; Art. 564 CPP Mza.)

Art. 541 - Otras Medidas Cautelares.

El Tribunal, de oficio o a pedido del Ministerio Fiscal o del actor civil, podrá ordenar cualquier otra medida cautelar.

(Concs. Art. 534 CPP Cba.)

Art. 542 - Remisión.

Serán de aplicación las normas del Código Procesal Civil, en todo lo referente a embargos y otras medidas cautelares, salvo lo dispuesto en este Capítulo.

(Concs. Art. 535 CPP Cba.)

Art. 543 - Depósito.

Para la conservación, seguridad y custodia de los bienes embargados, el Tribunal designará depositario, quien los recibirá bajo inventario y firmará la diligencia de constitución del depósito; en ella se hará constar que se le hizo saber la responsabilidad que contrae.

Los fondos públicos, los títulos de crédito, el dinero y las alhajas se depositarán en un Banco Oficial.

(Concs. Art. 536 CPP Cba.; Art. 567 CPP Mza.)

Art. 544 - Administración.

Si la naturaleza de los bienes embargados lo hiciere necesario se dispondrá la forma de su administración y la intervención que en ella tendrá el embargado.

Podrá nombrarse interventor o administrador.

(Concs. Art. 537 CPP Cba.; Art. 568 CPP Mza.)

Art. 545 - Honorarios.

El depositario, el interventor y el administrador tendrán derecho a cobrar honorarios, que regulará el Tribunal.

(Concs. Art. 538 CPP Cba.; Art. 569 CPP Mza.)

Art. 546 - Variación del Embargo.

Durante el curso de proceso el embargo podrá ser levantado, reducido o ampliado.

(Concs. Art. 539 CPP Cba.; Art. 570 CPP Mza.)

Art. 547 - Actuaciones.

Las diligencias sobre embargos y fianzas se tramitarán por cuerda separada.

(Concs. Art. 540 CPP Cba.; Art. 571 CPP Mza.)

Art. 548 - Tercerías.

Las tercerías serán sustanciadas en la forma establecida por el Código Procesal Civil.

(Concs. Art. 541 CPP Cba.; Art. 572 CPP Mza.)

CAPÍTULO 3. RESTITUCIÓN Y OBJETOS SECUESTRADOS

Art. 549 - Objetos Confiscados.

Cuando la sentencia importe confiscación de algún objeto, a éste se le dará el destino que corresponda según su naturaleza.

(Concs. Art. 542 CPP Cba.)

Art. 550 - Cosas Secuestradas. Restitución y Retención.

Las cosas secuestradas que no estuvieren sujetas a confiscación, restitución o embargo serán devueltas a quien se le secuestraron.

Si hubieran sido entregadas en depósito antes de la sentencia, se notificará al depositario la entrega definitiva. Las cosas secuestradas de propiedad del condenado podrán ser retenidas en garantía de las costas del proceso y de la responsabilidad pecuniaria impuesta.

(Concs. Art. 543 CPP Cba.; Art. 466 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 551 - Controversia.

Si se suscitare controversia sobre la restitución o la forma de ella, se dispondrá que los interesados ocurran a la jurisdicción civil.

(Concs. Art. 544 CPP Cba.; Art. 467 CPP C.Rica)

Art. 552 - Objetos no Reclamados.

Cuando después de un año de concluido el proceso, nadie acreditare tener derecho a la restitución de cosas que no se secuestraron en poder de persona determinada, se procederá en la forma establecida en la Ley vigente que rija la materia.

(Concs. Art. 545 CPP Cba.)

CAPÍTULO 4. SENTENCIA DECLARATIVA DE FALSEDAD

Art. 553 - Rectificación.

Cuando una sentencia declare falso un instrumento público, el Tribunal que la dictó ordenará que el acto sea reconstituido, suprimido o reformado.

(Concs. Art. 546 CPP Cba.)

Art. 554 - Documento Archivado.

Si el instrumento hubiera sido extraído de un archivo, será restituido a él, con nota marginal en cada página, y se agregará copia de la sentencia que hubiese establecido la falsedad total o parcial.

(Concs. Art. 457 CPP Cba.)

Art. 555 - Documento Protocolizado.

Si se tratare de un documento protocolizado, la declaración hecha en la sentencia se anotará al margen de la matriz, en los testimonios que se hubieren presentado y en el registro respectivo.

(Concs. Art. 548 CPP Cba.)

TÍTULO IV. COSTAS

Art. 556 - Anticipación.

En todo proceso, el Estado anticipará los gastos con relación al imputado y a las demás partes que gozaren del beneficio de pobreza.

(Concs. Art. 549 CPP Cba.; Art. 265 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 557 - Resolución Necesaria.

Toda resolución que ponga término a la causa o a un incidente, deberá resolver sobre el pago de las costas procesales y a cargo de quien corresponden.

(Concs. Art. 550 CPP Cba.; Art. 266 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 558 - Imposición.

Las costas serán a cargo del condenado, pero el Tribunal podrá eximirlo total o parcialmente, cuando hubiera tenido razón plausible para litigar. En materia civil, las costas se regirán por lo dispuesto en el Código Procesal Civil.

(Concs. Art. 551 CPP Cba.; Art. 267 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 559 - Personas Exentas.

Los representantes del Ministerio Público, los abogados y mandatarios que intervengan en el proceso, no podrán ser condenados en costas, salvo los casos en que especialmente se disponga lo contrario y sin perjuicio de la responsabilidad penal o disciplinaria en que incurran.

(Concs. Art. 552 CPP Cba.; Art. 268 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 560 - Contenido.

Las costas consistirán en el pago de los impuestos que correspondan, de los honorarios devengados en el proceso y de los otros gastos que se hubieran originado durante su tramitación.

(Concs. Art. 553 CPP Cba.; Art. 269 CPP Costa Rica -parcial-)

***Art. 561 - Distribución de Costas.**

Cuando sean varios los condenados al pago de costas, el Tribunal fijará la parte proporcional que corresponda a cada uno, sin perjuicio de la solidaridad que establezca la ley civil. Hasta tanto entre en vigencia la totalidad de la presente Ley, el Juez de Instrucción será competente para resolver lo dispuesto por el artículo 29 y lo establecido en el Libro Primero, Título V, Capítulo 2 del presente Código. Si el Juez de Instrucción rechazara el pedido de participación del Querellante Particular, su resolución será apelable ante la Cámara del Crimen correspondiente.

(Concs. Art. 554 CPP Cba.; Art. 267 CPP C.Rica -parcial-)

(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Art. 562 - Vigencia.

Esta ley empezará a regir a los dos años de su publicación en el Boletín Oficial; a excepción de lo dispuesto en los artículos 10, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 45, 46, 103, 104, 105, 106, 107, 128, 129, 130, 297, 298, 359, 365, 418, 419, 420, 452, 477, 511, 512, 513, 514, 515, 516, 517, 518, 519, 520, 521, 522, 523, 524, 525, 526, 527, 563, 565, lo que entrará en vigencia luego de transcurridos treinta días corridos de la publicación de este Código en el Boletín Oficial de la Provincia de Mendoza. Las normas procesales vigentes en la actualidad deberán ser interpretadas en beneficio de la aplicación de las normas contenidas en los artículos señalados.

***Art. 562 bis- Facultades transitorias del Juez de Instrucción.-**

Hasta tanto entre en vigencia la totalidad de la presente Ley, el Juez de Instrucción será competente para resolver lo dispuesto por el Art. 29 y lo establecido en el Libro I, Título V, Capítulo 2, del presente Código.- Si el Juez de Instrucción rechazara el pedido de participación del Querellante Particular, su resolución será apelable ante la Cámara del Crimen correspondiente.- (SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

***Art. 562 ter- Interpretaciones.**

A los fines interpretativos de todas las disposiciones existentes y las que entrarán en vigencia de la Ley 6.730 (T.O. Ley 7.007), en razón de la convergencia de las disposiciones que se van a producir, referidas unas a la instrucción formal (procedimiento mixto) y a otras, de la investigación penal preparatoria (procedimiento acusatorio), establézcanse las siguientes equivalencias terminológicas generales y específicamente las que de inmediato se determinan: A) En los artículos 388 y 400, dónde dice «Fiscal de Instrucción», se entenderá también «Juez de Instrucción»; B) En el artículo 394, normas de investigación penal preparatoria o instrucción formal indistintamente; C) En el artículo 410, se agrega luego de «Si el

tribunal estimare durante la deliberación absolutamente necesario, ampliar las pruebas incorporadas», la expresión «con el consentimiento de las partes. (TEXTO INCORPORADO LEY 7116, ART. 9)

Art. 563 - Facultades transitorias de la Suprema Corte de Justicia.

Además de las facultades previstas en la Constitución de Mendoza, la Ley Orgánica del Poder Judicial, y leyes especiales, durante los dos primeros años de vigencia de este Código, la Suprema Corte de Justicia deberá realizar la redistribución funcional, abrir o cerrar oficinas, asignar funciones, reorganizar despachos y redistribuir la competencia territorial de los tribunales, siempre que ello resulte indispensable para la aplicación de este Código.

***Art. 564 - DEROGADO POR LEY 8929, ART. 17.**

***Art. 565 - Procesos pendientes.**

*1) Las causas ya distribuidas con motivo de la vigencia de la Ley 6.730 y las propias, que continúen con el procedimiento de la Ley 1.908, seguirán sustanciándose en los Juzgados en que se encuentren, hasta llegar a las resoluciones definitivas.

(TEXTO MODIFICADO SEGUN LEY 7933, ART. 1) 2) Los procesos que estuvieren radicados en las Fiscalías de Instrucción continuarán, sustanciándose según su estado con arreglo a las disposiciones de la presente Ley, cuando ésta entre en su plena vigencia.

3) Los juicios por delito de acción privada que se encontraran radicados en las Cámaras del Crimen, continuarán tramitándose ante ellas.

4) Las causas que estuvieren tramitando en las Fiscalías Correccionales continuarán sustanciándose en éstas hasta su conclusión.

(Concs. Art. 556 CPP Cba.)

Art. 566 - Validez de los Actos Anteriores.

Los actos cumplidos antes de la vigencia de este Código, de acuerdo con las normas del abrogado, conservarán plena validez.

(Concs. Art. 557 CPP Cba.)

Art. 567 - Derogaciones

Derogáanse las leyes, decretos-leyes; decretos o reglamentos que se opongán a lo normado por el presente Código.

Art. 568 - Comuníquese al Poder Ejecutivo.

LEY 9106. JUICIO POR JURADOS POPULARES

<http://www.saij.gob.ar/9106-local-mendoza-establecen-juicio-jurados-populares-lpm0009106-2018-10-16/123456789-0abc-defg-601-9000mvoorpyel?>

MENDOZA, 16 de Octubre de 2018

Boletín Oficial, 19 de Octubre de 2018

EL SENADO Y CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA PROVINCIA DE MENDOZA, SANCIONAN CON FUERZA DE LEY:

CAPÍTULO I

Artículo 1º- Objeto.

La presente Ley tiene por objeto establecer el Juicio por Jurados Populares en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 24 de la Constitución Nacional (**ARTÍCULO 24.-** El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos, y el establecimiento del juicio por jurados.)

Artículo 2º- Competencia. Modificado por Ley 9387

Los Juicios por Jurados Populares se realizarán sólo respecto de los delitos previstos en los Artículos 80, 124, 165 y 79 en función del Artículo 41 bis del Código Penal de la Nación cuando se hubieren consumado y los que con ellos concurren según las reglas de los Artículos 54 y 55 de este Código, siempre que deban ser juzgados simultáneamente con aquellos. La competencia se determinará con la calificación de los hechos con los que se eleva la causa a juicio.

Cuando un hecho hubiera conmocionado a una comunidad de tal modo que no pudiera razonablemente obtenerse un jurado imparcial, el Juez podrá disponer, sólo a pedido del acusado, en audiencia pública, con la intervención de todas las partes y mediante auto fundado, que se sorteen jurados de una circunscripción judicial de la Provincia distinta a aquella en que ocurrió el hecho delictivo. Esta prórroga de la jurisdicción, es independiente del lugar físico donde se realice el debate, el que será decidido por el Juez en audiencia y previo a escuchar la opinión de las partes."

[Modificaciones] VER. Ley 9387:

Artículo 3º- Dirección del proceso.

Recibido el caso por la Oficina de Gestión Administrativa Penal (OGAP) se determinará por sorteo el Juez que tendrá a cargo la tramitación de la causa en forma exclusiva, quien tendrá a su cargo la dirección del proceso, del debate y en su caso imposición de pena.

En la misma oportunidad la OGAP fijará la audiencia preliminar prevista en el Capítulo Primero "Actos preliminares" del Título I "Juicio Común" del Libro Tercero del Código Procesal Penal, en cuanto le sea aplicable.

Es inadmisibles la acción civil en el procedimiento de Juicios por Jurados Populares y la aplicación de los Principios de Oportunidad.

No es aplicable el artículo 46 del Código Procesal Penal.

Artículo 4º- Carga pública.

La función de jurado constituye una carga pública de los ciudadanos. Para a ser miembro de un jurado popular se deberán reunir las siguientes condiciones:

- a) Ser argentino nativo o naturalizado con no menos de cinco (5) años de ciudadanía. Tener una residencia permanente no inferior a cuatro (4) años en el territorio provincial y de dos (2) años en el territorio de la jurisdicción del Tribunal Colegiado competente.
- b) Tener entre 18 y 75 años de edad.
- c) Comprender el idioma nacional, saber leer y escribir.
- d) Contar con el pleno ejercicio de los derechos políticos;

Art. 5º- No podrán ser miembros del Jurado:

- a) El Gobernador, el Vicegobernador y los Intendentes.
- b) Los Ministros, Secretarios y Subsecretarios del Poder Ejecutivo Nacional o Provincial, los funcionarios con rango equivalente o superior a Director de los Municipios o Entes Públicos Autárquicos o Descentralizados. El Fiscal de Estado, Asesor de Gobierno, Contador y Tesorero de la Provincia y otros funcionarios de igual rango; el Presidente y los Vocales del Tribunal de Cuentas de la Provincia.
- c) Los integrantes de los órganos legislativos en el orden nacional, provincial o municipal.
- d) Los Magistrados, funcionarios o empleados del Poder Judicial nacional o provincial, del Ministerio Público Fiscal, del Ministerio Público de la Defensa y Pujilar y Procurador Penitenciario.
- e) Los abogados, escribanos y procuradores en ejercicio, los profesores universitarios de disciplinas jurídicas o de medicina legal y los peritos inscriptos.
- f) Los integrantes, en servicio activo o retirados, de las fuerzas armadas, de seguridad y del Servicio Penitenciario.
- g) Los Ministros de un culto.
- h) Las autoridades directivas de los partidos políticos reconocidos por la Junta Electoral de la Provincia o por la Justicia Federal con competencia electoral.
- i) Los cesanteados o exonerados de la administración pública nacional, provincial o municipal, o de las fuerzas de seguridad, defensa y/o del Servicio Penitenciario.
- j) Los fallidos por el tiempo que dure su inhabilitación por tal causa;
- k) Los imputados que se encuentren sometidos a proceso penal en trámite.
- l) Las personas condenadas por delitos dolosos a una pena privativa de libertad, hasta después de cumplido el plazo del artículo 50 del Código Penal y los condenados a pena de inhabilitación absoluta o especial para ejercer cargos públicos, mientras no sean rehabilitados.
- m) Las personas condenadas por crímenes de lesa humanidad.
- n) Quienes conforme certificación médica de efector público no tengan aptitud física y/o psíquica suficiente o presenten una disminución sensorial, que les impida el desempeño de la función.
- ñ) Los incluidos en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos.

Artículo 6º- Integración.

El Jurado Popular se integrará con doce (12) miembros titulares y cuatro (4) suplentes.

La composición del Jurado Popular debe respetar una equivalencia de cincuenta por ciento (50%) del género femenino y otro cincuenta por ciento (50%) del género masculino. El género de los candidatos será determinado por su Documento Nacional de Identidad.

Artículo 7º- Lista de jurados.

La Junta Electoral de la Provincia deberá elaborar anualmente el listado principal de los ciudadanos que cumplan los requisitos previstos en el artículo 4° y que no tengan las incompatibilidades e inhabilidades previstas en el artículo 5º, discriminados por circunscripción judicial y por sexo.

Artículo 8º- Exhibición de registros y observaciones.

La Junta Electoral de la Provincia deberá publicar el listado principal de Jurados en la página Web del Poder Judicial. Las observaciones al mismo por errores materiales, incumplimiento de alguno de los requisitos legales por parte de los ciudadanos incorporados en la nómina o por la omisión de incluir a quienes se encuentren en condiciones de ser incorporados, pueden ser presentadas, por cualquier ciudadano ante la Junta Electoral de la Provincia dentro de los diez (10) días contados a partir de la última publicación en el Boletín Oficial, quien deberá resolver en el término de diez (10) días sobre la inclusión o exclusión en el listado principal de Jurados.

Vigencia: El listado principal de Jurados tendrá una vigencia anual contado a partir de su publicación en la página Web del Poder Judicial.

CAPÍTULO II CONFORMACIÓN DE LOS JURADOS POPULARES

Artículo 9º- Sorteo.

Dentro de los quince (15) días hábiles previos al inicio del debate el Juez procederá en audiencia, con la presencia del Fiscal y los abogados de las partes, bajo pena de nulidad, al sorteo de cuarenta y ocho (48) ciudadanos, de entre el listado principal de Jurados. El sorteo deberá respetar la composición equivalente a la establecida en el artículo 6º de la presente Ley.

En la misma audiencia, inmediatamente después del sorteo y en el mismo acto, la OGAP fijará una nueva audiencia a celebrarse dentro de los cinco (5) días hábiles de la fecha estipulada para el inicio del debate, para tratar las recusaciones y excusaciones, quedando notificadas las partes en dicho acto.

La notificación que realice la OGAP a los ciudadanos que hayan resultado sorteados, respecto de la convocatoria a la nueva audiencia, deberá contener la fecha, hora y lugar exacto del inicio del juicio oral y público, la transcripción de las normas relativas a los requisitos, inhabilidades e incompatibilidades para el desempeño de la función, las causales de excusación y las sanciones previstas para el caso de inasistencia o falseamiento de la verdad.

El Fiscal, los abogados de las partes y el personal judicial deberán guardar secreto sobre la identidad de los ciudadanos sorteados para integrar el Jurado.

Artículo 10- Audiencia de selección del Jurado.

El día fijado para la audiencia de selección de los integrantes del Jurado, el Juez, con la presencia del Fiscal y los abogados de las partes, bajo pena de nulidad, deberá verificar los datos personales de los cuarenta y ocho (48) sorteados, el cumplimiento de los requisitos del artículo 4°, la inexistencia de incompatibilidades e inhabilidades contempladas en el artículo 5°, debiendo indagar sobre los inconvenientes prácticos que eventualmente pudieren tener para cumplir su función de Jurado.

Asimismo, el Juez deberá informar a los integrantes del Jurado sobre la naturaleza de la función que les ha sido asignada, quiénes son las personas interesadas a los fines de la excusación, los deberes y

responsabilidades que dicha función implica y las penalidades previstas para los delitos vinculados con tal desempeño.

Art. 11- Excusaciones y recusaciones.

Las excusaciones y recusaciones que correspondan al Jurado se registrarán por el Código Procesal Penal de la Provincia cuando le sean aplicables y por las específicas de esta Ley.

Artículo 12- Excusación.

Puede excusarse de integrar el Jurado quien alegue haber ejercido como Jurado en otra oportunidad durante el mismo año calendario o tenga algún impedimento o motivo legítimo de excusación, los cuales deben ser valorados por el Juez. La excusación debe plantearse hasta la audiencia de selección de Jurado, salvo que se produzca con posterioridad una nueva causal. En este último caso, puede formularse hasta antes del inicio del debate. El Juez debe resolver sobre la admisión o denegatoria de la excusación en el mismo acto.

Artículo 13- Recusación con causa.

Con posterioridad al planteo de excusaciones, en la misma audiencia, las personas seleccionadas como Jurados pueden ser recusadas por las partes, por las causales previstas en el artículo 12 y/o por prejuizamiento público y manifiesto. Para formular las recusaciones las partes podrán en forma previa examinar a los candidatos sobre posibles circunstancias que pudiesen afectar su imparcialidad e independencia, procurando excluir a aquellos que hubiesen manifestado preopiniones sustanciales respecto del caso o que tuviesen interés en el resultado del juicio, o sentimiento de resentimiento u odio hacia las partes o sus letrados. Para este cometido el Juez dará la palabra a cada una de las partes para que hagan los planteos que crean correspondientes.

Si se toma conocimiento de una causal de recusación con posterioridad al inicio del debate y hasta la emisión del veredicto, debe plantearse inmediatamente. Acto seguido, se suspende el curso del debate hasta que el Juez resuelva la cuestión luego de escuchar brevemente las manifestaciones de los interesados. Si se hace lugar a la recusación, el Jurado es reemplazado por el suplente que siga en orden de turno y si hubiera ocultado maliciosamente en el interrogatorio preliminar la causal de recusación que motivó su apartamiento, se deben remitir testimonios al Fiscal competente para que se investigue el hecho.

Artículo 14- Recusación sin causa.

La parte acusadora y la defensa pueden cada una, en oportunidad de la convocatoria prevista en el artículo 10, recusar sin causa hasta a cuatro (4) de los ciudadanos sorteados como Jurados. Las recusaciones se harán alternadamente comenzando por la acusación. En caso de existir varias partes acusadoras o acusados, deben actuar de mutuo acuerdo para indicar los candidatos que recusan sin alegación de causa. De no mediar acuerdo, se decide por sorteo el orden en que las partes acusadoras o acusados, pueden formular la recusación, hasta que se agote el cupo de recusables. A fin de analizar la recusación sin causa de los Jurados, las partes pueden interrogar a los candidatos a Jurados sobre sus circunstancias personales, el conocimiento que tengan del hecho, de los imputados y de las víctimas. Los integrantes de la lista prestarán juramento de decir la verdad y tendrán las mismas obligaciones que los testigos. Estos trámites

se realizan ante el Juez. Cuando un Jurado fuere recusado sin causa deberá ser excluido y no podrá actuar en el Juicio.

Art. 15. Sorteo. Modificado por Ley 9387

Resueltas las excusaciones y/o recusaciones y depurada la lista, se procederá al sorteo público de los doce (12) Jurados titulares y de los cuatro (4) suplentes, pudiendo en su caso los demás ser incorporados también como suplentes. Si el Jurado sorteado fuera apartado se debe designar sucesivamente a los restantes de la lista, según el orden del sorteo. Finalmente, se advertirá a los seleccionados de la importancia y deberes de sus cargos, que desde ese momento no deberán emitir criterios sobre la causa ni tomar contacto con las partes y se les comunicará en ese acto que quedan afectados al Juicio."

Artículo 16- Aspectos prácticos.

Una vez finalizada la audiencia de selección de los Jurados, se debe notificar a cada Jurado sobre el régimen de remuneraciones previsto en la normativa y se debe disponer las medidas necesarias para comunicar a sus respectivos empleadores sobre su condición de tales y las previsiones legales al respecto. En caso de resultar integrantes del Jurado personas con discapacidad, el Juez debe arbitrar todas las medidas necesarias para facilitar su participación en igualdad de condiciones.

Artículo 17- Deber de informar y de reserva.

Los Jurados deben comunicar al Juez los cambios de domicilio y cualquier circunstancia sobreviniente que los inhabilite para integrar el Jurado o que constituya una causal de excusación o de incompatibilidad de acuerdo con las disposiciones de esta Ley. El ciudadano que hubiera participado de la audiencia de selección de Jurados contemplada en el artículo 10 y que resulte excluido de la conformación definitiva del jurado, debe guardar reserva y no puede dar a conocer la identidad de los otros convocados.

Artículo 18- Retribución y gastos.

Las personas que se desempeñen como Jurado deberán ser retribuidos por el Estado Provincial de la siguiente manera: 1) Cuando se trate de empleados públicos o privados, mediante declaratoria en comisión con goce de haberes, de carácter obligatorio para el empleador. En este último supuesto se establecerá compensación económica al empleador. Los empleadores deben conservar a sus dependientes en sus cargos mientras estén en actividad como integrantes del Jurado y mantener sus privilegios laborales como si hubieran prestado servicios durante ese lapso. 2) En caso de trabajadores independientes, desempleados o que no trabajan podrán ser retribuidos a su pedido.

En el caso de corresponder, los gastos de transporte y manutención diaria deben ser resarcidos inmediatamente de acuerdo con los valores y procedimientos que se fijen. Cuando corresponda el Juez debe arbitrar las medidas necesarias para disponer el alojamiento de los miembros del Jurado a cargo del erario público.

Artículo 19- Previsión presupuestaria y administración de los recursos.

El Poder Ejecutivo Provincial debe establecer por vía reglamentaria el alcance de lo que debe ser abonado en concepto de retribución y viáticos. El proyecto de Ley de Presupuesto Provincial que anualmente remita el Poder Ejecutivo a la Legislatura Provincial, debe prever dentro de la Jurisdicción correspondiente al Poder Judicial, los recursos para hacer frente a los gastos derivados de la vigencia de esta Ley.

CAPÍTULO III ORGANIZACIÓN DEL DEBATE

Artículo 20- Inicio.

Constituido el Juez el día y hora indicado, los Jurados titulares y los suplentes convocados se incorporarán en la oportunidad prevista para el juicio, prestando juramento solemne ante el Juez. Los Jurados se pondrán de pie y el Juez pronunciará la siguiente fórmula: "¿Prometéis en vuestra calidad de Jurados, en nombre del Pueblo, a examinar y juzgar con imparcialidad y máxima atención la causa, dando en su caso el veredicto según vuestro leal saber y entender, de acuerdo a prueba producida y observando la Constitución de la Nación y de la Provincia de Mendoza y las Leyes vigentes?", a lo cual se responderá con un "Sí, prometo". Realizada la promesa el Juez declarará abierto el debate, advirtiendo al imputado sobre la importancia y el significado de lo que va a suceder. Los Jurados suplentes deberán estar presentes en todo el desarrollo del debate hasta el momento en que el Jurado titular se retire para las deliberaciones.

Artículo 21- Incomunicación.

Si las circunstancias del caso lo requirieran, de oficio o a pedido de parte, el Juez puede fundadamente disponer que los integrantes titulares del Jurado y los suplentes no mantengan contacto con terceros, debiendo disponer el alojamiento en lugares adecuados y los viáticos correspondientes.

Artículo 22- Inmunidades.

A partir del juramento, ningún Jurado titular o suplente puede ser molestado en el desempeño de su función, ni privado de su libertad, salvo el caso de flagrante delito o cuando exista orden emanada de Magistrado competente. Ante estos últimos supuestos, se debe proceder conforme lo previsto para el caso de recusación con causa.

Artículo 23- Facultades del Juez.

El debate deberá ser dirigido por el Juez, quien debe ejercer todas las facultades de dirección, policía y disciplina. El Juez no puede ordenar la producción o incorporación de prueba que no fuera ofrecida o solicitada por las partes, ni interrogar al acusado, a los testigos, peritos e intérpretes.

Artículo 24- Reglas para el debate.

Se aplicarán en el debate público con Jurados las reglas establecidas en la presente Ley y subsidiariamente, en cuanto sean compatibles, las normas del Código Procesal Penal. Las pruebas obtenidas durante el proceso, serán valoradas por el jurado conforme su íntima convicción. Los intervinientes se dispondrán del siguiente modo en la sala de audiencia: el Juez se ubicará en el estrado del centro; quienes depongan se sentarán al costado del Juez y de cara al público; el Jurado se ubicará en el mismo costado de los que depongan de modo que puedan ver y escuchar claramente a quienes deberán deponer; las partes se ubicarán de espaldas al público y de frente al Juez. Toda vez que las partes deseen acercarse al estrado durante el interrogatorio deberán pedir autorización al Juez. Las audiencias de debate se realizarán con estricta continuidad, en jornada completa y en días consecutivos, inclusive en los que fueran inhábiles. Asimismo se deberán evitar cualquier tipo de demora o dilación.

Artículo 25- Alegatos de apertura.

Una vez abierto el debate, las partes, comenzando por el representante del Ministerio Público Fiscal y los otros acusadores, deben presentar el caso brevemente al jurado, explicando lo que pretenden probar. Seguidamente se le requerirá al defensor que explique su defensa.

Artículo 26- Examen de testigos y peritos. Objeciones.

Los testigos, peritos e intérpretes prestarán promesa de decir verdad ante el Juez, bajo sanción de nulidad. Serán interrogados primeramente en examen directo por la parte que los propuso, quien no podrá efectuar preguntas sugestivas ni indicativas, salvo en la acreditación inicial del testigo.

Seguidamente quedarán sujetos al contraexamen de las otras partes intervinientes, quienes podrán efectuar preguntas sugestivas.

En ningún caso se admitirán preguntas engañosas, repetitivas, ambiguas o destinadas a coaccionar ilegítimamente al testigo o perito.

No se podrá autorizar un nuevo interrogatorio del contraexamen, salvo cuando fuere indispensable para considerar información novedosa que no hubiera sido consultada en el examen directo.

Las partes podrán objetar las preguntas inadmisibles indicando el motivo. El Juez hará lugar de inmediato al planteo si fuere manifiesto el exceso o decidir en el acto luego de permitir la réplica de la contraparte.

El Juez procurará que no se utilicen las objeciones para alterar la continuidad de los interrogatorios.

"Artículo 27º- Excepciones a la oralidad. Modificado por Ley 9387

Sólo pueden ser incorporados al debate por su lectura o exhibición audiovisual aquellos actos que hubiesen sido controlados por las partes que por su naturaleza y características fueran definitivos y de imposible reproducción. La lectura o la exhibición de los elementos esenciales de esta prueba en la audiencia no pueden omitirse ni siquiera con el acuerdo de las partes. Las declaraciones previas de los testigos fallecidos, sólo podrán ser introducidas al debate mediante declaración del funcionario que la tomó. Toda otra prueba que se pretenda introducir al juicio por su lectura o exhibición no tiene valor alguno, sin perjuicio de la presentación de documentos al testigo, perito o al acusado para facilitar su memoria o dar explicaciones sobre lo que allí consta, previa autorización del Juez. Solo deben valorarse los dichos vertidos en la audiencia."

Artículo 28- Prohibición.

Los integrantes del Jurado no pueden conocer las constancias recogidas fuera de la audiencia, excepto las mencionadas en el artículo 27 que el Juez autorice incorporar al debate, ni interrogar a los imputados, los testigos, peritos o intérpretes.

Artículo 29- Actuaciones fuera de la sala de audiencias.

Si fuera necesaria la realización de actos fuera de la sala de audiencias, se deben arbitrar los medios para la concurrencia de los Jurados. Si por la naturaleza del acto esto no es posible, se debe proceder a la filmación de la totalidad de lo ocurrido con el fin de su posterior exhibición a los jurados en la sala de audiencias al continuarse con el debate oral y público.

Artículo 30- Nulidad del debate.

La violación a cualquiera de las reglas previstas en los artículos 25, 27 y 28, provocará la nulidad del debate.

Artículo 31- Conclusiones.

Terminada la recepción de las pruebas, las partes deben presentar oralmente sus conclusiones frente al Jurado Popular, proponiendo su veredicto. El representante del Ministerio Público Fiscal, los otros acusadores y el defensor del imputado, pueden replicar al sólo efecto de refutar argumentos adversos a su postura que antes no hubieran sido discutidos. La última palabra siempre le corresponde al defensor del imputado.

CAPÍTULO IV VEREDICTO Y DETERMINACIÓN DE LA PENA

"Artículo 32º- Instrucciones para la deliberación y el veredicto. Modificado por Ley 9387

El Juez, una vez clausurado el debate, debe explicar al Jurado las normas que rigen la deliberación y debe informar sobre su deber de pronunciar un veredicto, en sesión secreta y continua y sobre las disposiciones legales aplicables al caso, expresando su significado y alcance en forma clara. Previamente, debe invitar a los Jurados a retirarse de la sala y debe celebrar una audiencia que será registrada en forma audiovisual, bajo pena de nulidad, con los letrados de las partes a fin de que presenten sus propuestas para la elaboración de las instrucciones. Tras ello, debe decidir en forma definitiva cuáles serán las instrucciones a impartir a los Jurados. Sin perjuicio de la videoregistración, las partes deberán especificar sus disidencias u oposiciones para el caso de interposición de recursos contra el fallo. Los letrados pueden anticipar sus propuestas de instrucción presentándolas por escrito, entregando copia al Juez y los letrados de las demás partes."

"Artículo 33º- Lectura de las instrucciones. Deliberación y veredicto. Modificado por Ley 9387

Una vez finalizada la audiencia prevista en el Artículo 32, el Juez debe hacer ingresar al Jurado a la sala de debate y le debe impartir las instrucciones, acompañándose asimismo una copia de ellas por escrito. Inmediatamente después, el jurado pasa a deliberar en sesión secreta y continua, en la que deberán estar sus doce (12) miembros, estando vedado el ingreso a cualquier otra persona, bajo pena de nulidad.

Si durante la deliberación los integrantes del Jurado tuviesen dudas sobre el alcance de las instrucciones, en cualquiera de sus aspectos, lo deben hacer saber al Juez por escrito y se repetirá el procedimiento previsto en el Artículo 32 para su posterior aclaración.

Durante la deliberación los jurados podrán requerir la exhibición de la prueba material y la reproducción de la prueba que consideren necesaria y que se haya rendido durante el debate.

Los Jurados deberán elegir un presidente por simple mayoría de votos, bajo cuya dirección analizarán los hechos y realizarán la votación, la que deberá ser secreta.

El veredicto deberá versar, respecto del hecho y en relación a cada acusado, sobre las siguientes cuestiones:

a) ¿Está probado o no el hecho que dio motivo a la acusación? b) ¿Es culpable o no es culpable el acusado?

El Jurado podrá declarar al acusado culpable de la comisión de cualquier delito menor comprendido en el hecho penal que se le imputa bajo las instrucciones impartidas por el Juez.

El Jurado admitirá una sola de las propuestas de veredicto por el voto unánime de sus doce (12) integrantes. La sesión terminará cuando se consiga un veredicto, pero en casos excepcionales, a solicitud del presidente del Colegio de Jurados el Juez puede autorizar el aplazamiento de la deliberación por un lapso breve destinado al descanso."

Artículo 34-

El Juez y las partes, procurarán acordar todas las medidas necesarias que permitan asistir al Jurado para superar el estancamiento, tales como la reapertura de ciertos puntos de prueba, nuevos argumentos o alegatos de las partes o una nueva instrucción del Juez. A ese fin, el Juez podrá preguntarle al Jurado si desean ponerle en su conocimiento, mediante breve nota escrita el o los puntos que les impiden acordar, sin revelar ningún aspecto o detalle de las deliberaciones ni del número de votos a favor de una u otra postura.

Si el Jurado no lograre un veredicto unánime en un plazo razonable, conforme las particularidades del caso, el juicio se declarará estancado y el Juez preguntará al acusador si continuará con el ejercicio de la acusación. En caso negativo el Juez absolverá inmediatamente al acusado. En caso afirmativo el Juez procederá a la disolución del Jurado y se dispondrá la realización de un nuevo juicio con otro Jurado.

Si el nuevo Jurado también se declarase estancado, el Juez absolverá al acusado.

Artículo 35- Obligación de denunciar presiones para el voto.

Los miembros del Jurado tienen la obligación de denunciar ante el Juez por escrito, sobre cualquier tipo de presiones, influencias o inducciones externas que hubiesen recibido para emitir su voto en un sentido determinado.

Artículo 36- Reserva de opinión.

Los miembros del Jurado están obligados a mantener en absoluta reserva su opinión y la forma en que han votado. Las boletas utilizadas para la votación deben ser destruidas de inmediato una vez obtenido el veredicto, cuidándose de que no tomen conocimiento de ellas personas ajenas al Jurado.

Artículo 37- Pronunciamiento del veredicto.

Cuando se haya logrado el veredicto, una vez presente la totalidad del Jurado y todas las partes en la sala de audiencia el Juez preguntará en voz alta al Presidente del Jurado si han llegado a un veredicto. En caso afirmativo le ordenará que lo lea en voz alta. De acuerdo al veredicto, se debe declarar en nombre del pueblo, culpable o no culpable al o los imputados. Con el pronunciamiento del veredicto finaliza la intervención de los jurados.

"Artículo 38º- Determinación de la pena Modificado por Ley 9387.

a) Si el veredicto fuere de culpabilidad, por un delito que tenga prevista la pena de prisión perpetua, inmediatamente después, el Juez impondrá la pena.

b) Si el veredicto fuere de culpabilidad, por un delito que no tenga prevista la pena de prisión perpetua, el Juez fijará nueva audiencia señalando día y hora en el plazo máximo de cinco (5) días. Para la determinación de la condena, las partes podrán ofrecer nuevas pruebas a los fines exclusivamente de fijar la pena, quedando notificadas todas las partes en el mismo acto. El Juez resolverá la admisión o rechazo inmediatamente.

c) El procedimiento descrito en el inciso anterior se aplicará también para los casos en que se haya decidido la no culpabilidad del acusado en razón de su inimputabilidad, y corresponda aplicar medidas de seguridad conforme al Artículo 34 del Código Penal de la Nación.

La audiencia de cesura, comenzará con la recepción de pruebas según las normas comunes.

Terminada la recepción de la prueba, el Juez escuchará los alegatos finales de las partes, los mismos se limitarán exclusivamente a fundar las consecuencias jurídicas del veredicto del Jurado; a continuación, impondrá la pena.

En caso de que las partes no ofrezcan prueba, el Juez escuchará los alegatos sobre el monto de la condena e impondrá inmediatamente la pena, para lo cual puede pasar a un breve cuarto intermedio.

d) Si el veredicto es de no culpable, será obligatorio para el Juez y hará cosa juzgada material, concluyendo definitiva e irrevocablemente el procedimiento y la persecución penal en contra del acusado

Contra el veredicto de no culpabilidad y la sentencia absolutoria correspondiente no se admite recurso alguno, salvo que el acusador demuestre fehacientemente que el veredicto de no culpabilidad fue producto de soborno.

Tampoco se admitirá recurso alguno contra la sentencia absolutoria dictada por el Juez ante un Jurado estancado, salvo que fuera producto de soborno."

Artículo 39- Sentencia.

La sentencia debe ajustarse a las reglas del Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza, pero debe contener en lugar de los fundamentos de la decisión sobre los hechos probados y la culpabilidad del imputado, la transcripción de las instrucciones dadas al Jurado sobre las disposiciones aplicables al caso y del veredicto del Jurado. Rigen supletoriamente y en la medida en que sean compatibles las causales de nulidad previstas para la sentencia en los procedimientos sin Jurados.

Artículo 40- Pedido de absolución.

Cuando por razones fundadas en el curso del debate, aún antes de la etapa de alegatos, el representante del Ministerio Público Fiscal decide solicitar la absolución, debe cesar de inmediato la función de los jurados y el Juez debe dictar sentencia absolutoria. Si el pedido de absolución no es por todos los hechos investigados o a favor de todos los imputados, se debe plantear al momento de los alegatos y vincula al Juez en la medida requerida.

Artículo 41- Recursos contra el fallo.

Son aplicables las reglas generales del recurso de casación contra las sentencias condenatorias o las que impongan medidas de seguridad que prevé el Código Procesal Penal. Sin embargo constituirán motivos específicos para su interposición: a) la inobservancia o errónea aplicación de las reglas referidas a la constitución o recusación del Jurado y a la capacidad de sus miembros; b) la arbitrariedad de la decisión que rechace o admita medidas de prueba, de modo que se hubiera cercenado el derecho de defensa en juicio y condicionado la decisión del jurado; c) cuando se hubieren cuestionado las instrucciones brindadas al jurado y se entendieran que éstas pudieron condicionar su decisión; d) cuando la sentencia condenatoria o la que impone medidas de seguridad se derive de un veredicto de culpabilidad del Jurado que sea arbitrario o se aparte manifiestamente de la prueba producida en el debate.

CAPÍTULO V DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

Artículo 42- Desobediencia.

Las personas designadas para integrar un Jurado, que se nieguen a comparecer al debate se les extraerá compulsas a fin de que se investigue la comisión del delito previsto en el artículo 239 del Código Penal.

Artículo 43- Mal desempeño.

Las personas designadas para integrar un Jurado que de cualquier modo falten a los deberes y obligaciones previstos en la presente Ley, se les extraerá compulsas a fin de que se investigue la comisión del delito previsto en el artículo 248 del Código Penal

Artículo 44- Violación de secretos.

Las personas designadas para integrar un Jurado que de cualquier modo violen los deberes de reserva establecidos en esta Ley, se les extraerá compulsas a fin de que se investigue la comisión del delito previsto en el artículo 157 del Código Penal

Artículo 45-

Todas las audiencias previstas en la presente Ley y el debate, deberán ser registradas informáticamente mediante video grabación.

CAPÍTULO VI DISPOSICIONES FINALES

Artículo 46- Difusión y capacitación.

El Poder Judicial, debe organizar en toda la Provincia cursos de capacitación para los ciudadanos, a fin de promover el conocimiento y adecuado cumplimiento de la función judicial. La asistencia a dichos cursos no constituye un requisito para ejercer la función de Jurado, pero acredita idoneidad suficiente para cumplirla. La Dirección General de Escuelas, podrá incorporar el conocimiento y capacitación sobre la presente Ley, en sus contenidos curriculares.

Artículo 47- Aplicación supletoria.

Son de aplicación supletoria a las disposiciones de la presente Ley, las disposiciones contenidas en el Código Procesal Penal de la Provincia.

Artículo 48- Reglamentación.

El Poder Ejecutivo debe reglamentar dentro del plazo de seis (6) meses, computados a partir de la entrada en vigencia de esta Ley, la implementación del Juicio por Jurados Populares.

Artículo 49-

La presente Ley, entrará en vigencia a los quince (15) días de su publicación en el Boletín Oficial y se aplicará a los procesos iniciados con posterioridad incluyendo a todas aquellas causas en trámite que no tuvieran fijada Audiencia de debate.

Artículo 50-

Se conformará una Comisión de Seguimiento, que tendrá por fin analizar y revisar la implementación en la Provincia del Juicio por Jurados y la posibilidad de ampliar la competencia respecto de otros delitos no comprendidos en la presente.

La misma, se constituirá al año de entrar en vigencia la presente Ley y deberá emitir opinión al respecto dentro de los dos (2) años posteriores a la constitución. La mencionada Comisión, estará compuesta por siete (7) miembros: uno (1) designado por la Suprema Corte de Justicia, uno (1) por el Poder Ejecutivo de

la Provincia, uno (1) por el Ministerio Público Fiscal, uno (1) por el Colegio de Abogados y Procuradores, uno (1) por la Asociación de Magistrados, y dos (2) Legisladores a propuesta de ambas Cámaras.

Artículo 51- Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Firmantes

LAURA G. MONTERO - NESTOR PARES - ANDREA JULIANA LARA - MARIA CAROLINA LETRY